Revista do

Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 17/18, Vol. 17/18, Número 17/18 - 2017/2018

Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 17/18, Vol. 17/18, Número 17/18 - 2017/2018

Organizadores
Antônio Augusto Cançado Trindade
César Barros Leal

Conselho Editorial
Antônio Augusto Cançado Trindade
César 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
Catherine Maia
Elkin Eduardo Gallego Giraldo
Emilia Segares
Emmanuel Teófilo Furtado
Gonzalo Elizondo Breedy
Juan Carlos Murillo
Juana Maria Ibáñez Rivas
Pablo Saavedra Alessandri
Philippe Couvreur
Renato Zerbini Ribeiro Leão
Ruth Villanueva Castilleja
Sílvia Maria da Silva Loureiro
Valter Moura do Carmo

Projeto Gráfico/Capa
Nilo Alves Júnior

Diagramação
Franciana Pequeno

Revisão
César Barros Leal

Homenageadas especiais

María Esther Marrtínez Quinteiro
e
María Paz Pando Ballesteros

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 3234.77.57
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.

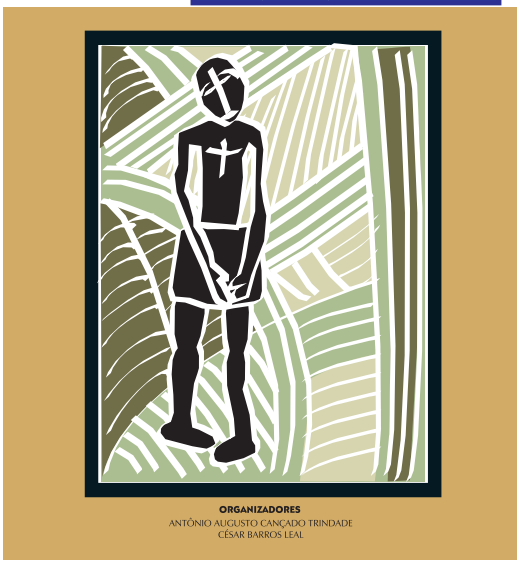
Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.
V. 17/18, N. 17/18 (2017/2018). Fortaleza, Ceará.

Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2017/2018.
Anual.

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

CDU

ISSN 1677-1419
Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos
Ano 17/18, Vol. 17/18, Número 17/18 - 2017/2018



Sumário

Ano 17/18, Vol. 17/18, Número 17/18 - 2017/2018

- **Conselho Consultivo do IBDH**..... 05
- **Apresentação**.....09

I- Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights: A Key Role (to Be) Played by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe
Andrew Drzemczewski.....11

II- Education, Universality and Humanism: The Human Person and the Mission of International Tribunals
Antônio Augusto Cançado Trindade.....21

III- A Execução Penal à Luz da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Revisitando Casos Emblemáticos
César Barros Leal......31

IV- Compliance da Opinião Consultiva Nº. 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos
Christiane de Holanda Camilo e David de Sousa Oliveira.....43

V- Valoración y Estándar de Prueba en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Casos de Violencia de Género
Daniel Lopes Cerqueira.....65

VI- The Use of Provisional/Interim Measures by International Courts in Cases of Mass Human Rights Violations: Comparative Analyses of ICJ, UNHRC, IACTHR and ECTHR Practice
Ganna Yudkivska.....81

VII- The Contribution of the European Court of Human Rights to the Interpretation of the Convention on the Law of the Sea
Indrė Isokaitė-Valužė 101

VIII- Sentido e Importancia de las Migraciones en un Mundo Líquido – El Tema de los Extranjeros en el Pensamiento de Zygmunt Bauman
Jaime Ruiz de Santiago.....113

IX- O Tribunal Penal Especial Centro-Africano: Os Desafios do Estabelecimento de uma Justiça Penal Internacionalizada na República Centro-Africana
Jean-François Akandji-Kombé e **Catherine Maia**.....129

X- La Educación de Género y la Iglesia: el Movimiento de Retroceso en lo PME (Plan Municipal de Educación) en Fortaleza
Larissa Maria de Queiroz.....147

XI- Perspectivas de Reparação no Caso Samarco: Indivisibilidade, Interdependência e Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais
Letícia Soares Peixoto Aleixo e **Sophia Pires Bastos**.....157

XII- Refugiados, Direitos Humanos, Conflitos e Violências: Dilemas da Contemporaneidade
Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza e **Micheline Ramos de Oliveira**.....175

XIII- Proof in Rendition Cases Before the European Court of Human Rights
Michael O'Boyle.....183

XIV- A Human Rights Approach to end of Life? Recent Developments at the European Court of Human Rights
Miriam Cohen e **Jasper Hortensius**.....193

XV- O Impacto do Terrorismo na Crise Migratória dos Refugiados
Paola Flores Serpa e **Ana Paula Martins Amaral**.....211

XVI- Challenges to the Rule of Law in the European Union: The Distressing Case of Poland
Paweł Filipek.....211

XVII- Protecting the Independence of the Judiciary: Possibilities and Limits of the European Convention on Human Rights
Rick Lawson.....235

XVIII- Adjudicating Trauma in International Courts: A Duty to the Victims of Crimes Against Humanity
Roberta Cerqueira Reis.....255

● **ANEXOS**.....265

XVIX- La Misión de los Tribunales Internacionales Contemporáneos en la Humanización del Derecho Internacional
Antônio Augusto Cançado Trindade.....281

XX- El Legado y la Necesaria Preservación de la Construcción Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Comunicación a la Ceremonia de Celebración del 40 Aniversário de la Corte, 18-19 de julio de 2018)
Antônio Augusto Cançado Trindade.....293

XXI- Les Archives de Nuremberg: L'Héritage du Tribunal de Nuremberg
Antônio Augusto Cançado Trindade.....301

XXII- Discurso de Abertura do VI Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos: Direitos Humanos e Meio Ambiente (28 de agosto a 08 de setembro de 2017, em Fortaleza, Ceará, Brasil)
César Barros Leal.....305

XXIII- Saudação de Encerramento do VI Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos: Direitos Humanos e Meio Ambiente (28 de agosto a 08 de setembro de 2017, em Fortaleza, Ceará, Brasil)
César Barros Leal.....307

● **Conselho Editorial**.....309

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 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; Pós-doutorando em Direitos Humanos na Universidade de Salamanca; 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 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**
Ex-Juiz e Presidente da Corte Europeia de Direitos Humanos; Juiz do Tribunal da União Europeia; Membro do Conselho de Administração do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo).

• **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.

• **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.

• **Lilly Ching**
Doutora em Direito; Diretora da Unidade de Petições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; ex-Assesora Jurídica da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

• **Linos-Alexandre Sicilianos**
Juiz e Vice-Presidente da Corte Europeia de Direitos Humanos; Membro do Conselho de Administração do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo).

- **Ludovic Hennebel**

Doutor em Direito; Professor de Direito Internacional da Universidade de Aix-en-Provence; Diretor da Clínica de Direito Internacional de Direitos Humanos da Universidade de Aix-en-Provence.

- **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.

- **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).

- **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 17º/18º número de sua *Revista*, instrumento pelo qual contribui com periodicidade anual e distribuição gratuita 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 quotidiano 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 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 novo número antecede a realização em Fortaleza do *VII Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos: O Desafio dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, no segundo semestre de 2019, uma iniciativa conjunta do IBDH e do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH), contando com a parceria e o apoio de numerosas instituições locais, nacionais e internacionais.

Este Curso, 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 acrescem 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 continua repudiando 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 rechaça 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, chegaram 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 Barros Leal

ACCESSION OF THE EUROPEAN UNION TO THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS: A KEY ROLE (TO BE) PLAYED BY THE PARLIAMENTARY ASSEMBLY OF THE COUNCIL OF EUROPE([1])

Andrew Drzemczewski
Visiting Professor, Middlesex University School of Law, London, UK; former Head of the Parliamentary Assembly's Legal Affairs and Human Rights Department, Council of Europe, Strasbourg, France.

ABSTRACT

The European Union (EU) is duty-bound to accede to the European Convention on Human Rights (ECHR): Article 6 § 2 of the Treaty on European Union (TEU) stipulates that the EU "shall" accede to the ECHR. If and when this happens, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe has a key role to play in this procedure, not only by providing an Opinion on the arrangements agreed beforehand but, more importantly, it will need to set-up an internal procedure for the election of a judge onto the European Court of Human Rights in respect of the EU. This article provides an overview of the presently suspended negotiations with the EU, with particular emphasis placed upon negotiations undertaken so far, and those which must still be envisaged upon EU accession, to ensure a 'representativity' of the European Parliament (EP) within the Assembly when the latter elects judges onto the Court in Strasbourg.

Keywords

Accession Agreement; accession of EU, ECHR, European Parliament (EP); Joint Informal Body of PACE/EP; Parliamentary Assembly; the Strasbourg Court.

A. INTRODUCTORY REMARKS

If and when the EU accedes to the European Convention on Human Rights (ECHR), the European Parliament (EP) will be able to participate in the Parliamentary Assembly's procedure in electing judges to the European Court of Human Rights (Strasbourg Court).

I will therefore work on the assumption that when the Luxembourg Court is seized, sometime in the future, to provide an Opinion on a re-vamped Accession Agreement, it will not – yet again, in an inappropriate manner – put into question arrangements made to accommodate the specificity of the EU.[2]

Also, although it is important to emphasise the Assembly's role in electing judges on to the Strasbourg Court,[3] it must not be forgotten that the Assembly will also need to provide the Committee of Ministers of the Council of Europe (the Organisation's executive organ) with an Opinion on the new revised or re-negotiated version of the Accession Agreement, a subject to which I will revert in my third & last point.

B. THE PARLIAMENTARY ASSEMBLY'S KEY ROLE

At the outset, it is important to refer to the main provisions in the Convention relating to the election of judges onto the Court. The Strasbourg Court is made up of professional judges resident in Strasbourg, operating on a full-time basis and who must be, as specified in Article 21 of the Convention *"… of high moral character and must either possess the qualifications required for appointment to high judicial office or be jurisconsults of recognized competence."* The number of judges is equal to that of High Contracting Parties. Since the entry into force of Protocol No.14 to the Convention, in 2010, judges are elected for a single term of office of nine years, and must retire when they reach the age of 70.[4] When amending Protocol No.15 enters into force, judges will, in effect, be able to stay in office until the age of 74.[5]

Article 22 of the European Convention on Human Rights specifies that judges to the Strasbourg Court *"shall be elected by the*

Parliamentary Assembly [of the Council of Europe] with respect to each High Contracting Party by a majority of votes cast from a list of three candidates nominated by the High Contracting Party." Thus, if and when the EU accedes to the Convention, the judge elected in respect of the EU will possess the same status and duties as all other judges on the Strasbourg Court and the European Parliament (EP) will be provided the right to participate in Assembly's election process.

A few words about the 'institutional framework.' The Council of Europe, based in Strasbourg, France, was founded in 1949 with the aim of creating a democratic and legal area throughout the continent, based on the fundamental values of human rights protection, pluralistic democracy and the rule of law. Founded by 10 countries, the Council presently has 47 member States, with a combined population of some 820 million persons. All of the Organisation's member states are Parties to the Convention and are subject to the compulsory jurisdiction of the Strasbourg Court.

The Assembly is assigned the function of 'deliberative organ' by the Statute of the Organisation. There exists no equivalent body within the Organisation of American States. In addition, it possessed the important role – within the Council – of electing judges of the Court, the European Commissioner for Human Rights, and the Secretary General of the Organisation. The Assembly is presently comprised of 648 nationally-elected parliamentarians (324 representatives and 324 substitutes) from the parliaments of the member states of the Council,[6] with the balance of political parties within each national delegation reflecting the proportions of the various parties in their respective national parliaments. The vast majority of members belong to one of the Assembly's six organised political groups: the Group of the European People's Party (EPP/CD), the Socialist, Democrats and Greens Group (SOC), the Alliance of Liberals and Democrats for Europe (ALDE), the European Conservatives Group (EC), and the Group of the Unified European Left (UEL) and the Free Democrats Group (FDG).

The substantive work of the Assembly, especially the preparation of reports for adoption as 'resolutions' and/or 'recommendations' addressed to the Committee of Ministers, is in most instances carried out by the Assembly's nine permanent committees. In so far as the election of judges onto the Strasbourg Court is concerned, suffice for present purposes is to note that there is a specially constituted 20-member Committee on the Election of Judges to the European Court of Human Rights – whose members are designated by political groups – mandated by the Assembly to make proposals prior to the vote in plenary, after it has studied the *curriculum vitae* and interviewed all candidates for the post of judge (the terms of reference of this Committee can be found in Appendix 1).[7]

The control mechanism of the ECHR, negotiated back in 1950 and in force since 1953, was substantially overhauled and streamlined in 1994 by Protocol No.11. Since 1998 individuals, after having exhausted all domestic remedies, can seize the Court directly with respect to alleged violations of the Convention and its protocols.[8]

As already indicated above, Article 21, paragraph 1, of the Convention stipulates that *"The judges shall be of high moral character and must either possess the qualifications required for appointment to high judicial office or be jurisconsults of recognised competence,"* and according to Article 22 of the Convention *"The judges shall be elected by the Parliamentary Assembly with respect to each High Contracting Party by a majority of votes cast from a list of three candidates nominated by the High Contracting Party."*

Paragraph 4 of Parliamentary Assembly Resolution 1646 (2009) specifies:

> [...] *the Assembly recalls that in addition to the criteria specified in Article 21 § 1 of the Convention, as well as the gender requirement[9], states should, when selecting and subsequently nominating candidates to the Court, comply with the following requirements:*
>
> 4.1. issue public and open calls for candidatures;
>
> 4.2. when submitting the names of candidates to the Assembly, describe the manner in which they had been selected;
>
> 4.3. transmit the names of candidates to the Assembly in alphabetical order;
>
> 4.4. candidates should possess an active knowledge of one and a passive knowledge of the other official language of the Council

of Europe (see model curriculum vitae appended hereto[10]), and

4.5. that, if possible, no candidate should be submitted whose election might result in the necessity to appoint an ad hoc *judge[11].*

This text consolidated and reinforced recommendations made to states in 2004 when governments were asked to ensure, *inter alia*, *"that a call for candidatures has been issued through the specialised press"* and that *"every list contains candidates of both sexes"* (paragraph 19 of Assembly Recommendation 1649 (2004)). The last two sentences in paragraph 2 of Resolution 1646 (2009) specify that *"In the absence of a real choice among the candidates submitted by a state party to the Convention, the Assembly shall reject lists submitted to it. In addition, in the absence of a fair, transparent and consistent national selection procedure, the Assembly may reject such lists."*

This Resolution is based on a report of the Committee on Legal Affairs and Human Rights (document 11767, of 2008) which emphasised the need for more fairness and transparency in national selection procedures,[12] the need for candidates to possess a number of years of relevant (judicial) work experience and a knowledge of both working languages of the Council of Europe. It is also important to underline, in this context, that the Assembly will accept single-sex lists of candidates only if the sex is under-represented (under 40 % of judges) or if exceptional circumstances exist to derogate from this rule.[13]

As to the current procedure leading up to the election of judges, the Assembly – to the extent possible – tries to provide States ample time to organise an open call for candidatures prior to the transmission of a list of suitably qualified candidates, usually well over a year in advance.

Upon receipt of the lists by the Assembly, the *curriculum vitae* of the candidates are placed on the Assembly's portal, and are accessible to all parliamentarians and, of course, to the public at large. The Assembly sets aside for itself a certain time for its own election procedure, depending on the scheduling of its plenary meetings.

In order to assist it in making its decision as to which candidate ought to be elected – from the list of three persons submitted to it – the Assembly invites its specifically constituted – by political groups – Committee on the Election of Judges to make recommendations based on personal interviews with all the candidates and assessments of their *curriculum vitae.*

Each candidate is interviewed by the Committee for a period of 30 minutes, with the first five minutes of the interview being allotted for a short self- presentation, if the candidate so wishes. The candidate is informed of the possibility of making such a presentation by the Secretariat in the letter convening him or her for interview. Members of the Committee (then) pose questions, in English or in French, and the candidate responds in either or both these languages; simultaneous interpretation is provided. The interviews are carried out in the alphabetical order of the names of candidates. After all three candidates have been interviewed, the Chairperson provides Committee members with a brief summary of his or her first impressions of the candidates, after which a general discussion ensues. A vote is then taken – by secret ballot – after which the Chairperson announces the result of the vote. This procedure is confidential.

The document containing the Committee's recommendations is then made public and is posted on the Assembly's website. The Committee's report is also formally transmitted, *via* the Bureau, to the plenary Assembly, which then proceeds to elect a judge.

On the basis of the candidatures transmitted to it, the Assembly elects the judges to the European Court of Human Rights during its part-sessions in Strasbourg.[14] The candidate having obtained an absolute majority of votes cast is declared elected a member of the Court. If no candidate obtains an absolute majority, a second ballot is held on the next day, after which the candidate who has obtained a relative majority of votes cast is declared elected. Election results are publicly announced by the President of the Assembly during the part-session.[15]

C. THE ACCESSION AGREEMENT, ARTICLE 6, & THE JOINT INFORMAL BODY OF PACE/EP

I now come to the specific topic of arrangements made, as reflected in the Accession Agreement, Article 6, and the work of the 'Joint Informal Body' set-up by the Parliamentary Assembly and the European Parliament.

According to Article 6 of the Accession Agreement, the European Parliament "*shall be entitled to participate, with the right to vote, in the sittings of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe whenever the Assembly exercises its functions related to the election of judges* […]."[16] While the text specifies that the "*number of representatives"* of the EP is to be *"the same … |*as] *the highest number of representatives to which any State is entitled under Article 26 of the Statute of the Council of Europe* [which is presently 18]," it leaves the modalities of European Parliament's participation in the Parliamentary Assembly's relevant bodies for the Assembly to determine, in cooperation with the European Parliament.[17]

Understandably, negotiations at the intergovernmental level concerning EU accession to the Convention took a considerable time. However, negotiations at Assembly-EP level were concluded with remarkable speed. This work was undertaken by a 'Joint Informal Body,'[18]consisting of representatives of both parliamentary institutions which managed, after just two one-day meetings, in Brussels on 14 March 2011, and another in Paris, in on 15 June 2011, to work out arrangements needed to ensure the European Parliament's participation in the election procedure.[19]

The drafters of the Accession Agreement took into account these arrangements in the adopted texts, as is explained in the Explanatory Report attached to the Accession Agreement. (See, in particular, paragraph 76, third sentence, in the Agreement's Explanatory Report).[20]

At the inter-governmental level, it was decided that Article 22 of the Convention does not need amendment. Instead, express mention is made, in the Accession Agreement, of the fact that a delegation of the EP will participate, with a right to vote, in the sittings of the Assembly (and its relevant bodies) whenever the Assembly exercises its functions related to the election of judges onto the European Court of Human Rights.

The procedure envisaged is this: Article 6 of the Accession Agreement, entitled 'Election of judges', reads:

> *1. A delegation of the European Parliament shall be entitled to participate, with the right to vote, in the sittings of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe whenever the Assembly exercises its functions related to the election of judges in accordance with Article 22 of the Convention. The delegation of the European Parliament shall have the same number of representatives as the delegation of the State which is entitled to the highest number of representatives under Article 26 of the Statute of the Council of Europe.*
>
> *2. The modalities of the participation of representatives of the European Parliament in the sittings of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and its relevant bodies shall be defined by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, in cooperation with the European Parliament.* [21]

In the said negotiations, it was necessary to ensure an 'equal footing' for the EP delegation with that of other national parliamentary delegations, so that the EP be given 'equivalent' voting rights. It may be recalled, in this connection, that membership of the Parliamentary Assembly is dealt with in the 1949 Statute of the Council of Europe (Articles 22 to 35), Article 25, a, of which specifies that *"The Consultative* [Parliamentary] *Assembly shall consist of representatives of each member, elected by its parliament from among the members thereof, or appointed from among the members of that parliament […]."* In addition, Article 26 indicates the number of representatives each member state of the Council of Europe is entitled to have in the Assembly. All expenses related to representation in the Assembly are borne by member states (presently 47 states; Article 38, a, of the Statute). Hence, as already explained, it was agreed that the European Parliament be provided with the same number of representatives in the Assembly as the States(s) entitled to the highest number of representatives, as specified in Article 26 of the 1949 Statute of the Council of Europe. This means that the EP delegation will consist of 18 members, as is the case at present in respect of five Council of Europe member states, namely France, Germany, Italy, the Russian Federation and the United Kingdom. The EU will also contribute, as indicated in draft Article 8 of the Accession Agreement, 34 per cent of what the other five *'grands payeurs'* contribute to the annual ordinary budget of the Council of Europe; this sum represents the expenditure taken into account which is directly related to the functioning of the Convention.[22]

The 'Joint Informal Body' also had to determine how best to ensure some form of EP 'representativity' within two other bodies of the Assembly, namely the Committee on the Election of Judges (at that time a sub-committee of the Committee on Legal Affairs and Human Rights) and the Bureau when these bodies act in the context of the Assembly's election process for judges.

As I explained in the first part of my presentation, in order to make an informed choice when voting for a candidate, the Assembly invites its 20-member Committee on the Election of Judges to the European Court of Human Rights (AS/Cdh)[23] to make recommendations based on personal interviews with all candidates and assessments of their *curriculum vitae*. This Committee has been specifically constituted for this purpose and its members must possess appropriate knowledge or practical experience in the legal field.[24] Its members are designated by the Assembly's six political groups.[25]

The Joint Informal Body thus had to find a formula to ensure EP 'representativity' within the Committee on the Election of Judges. This was quite problematic. Why? Because the composition of the Committee is determined, on a yearly basis, by the six political groups within the Assembly, with apportionment being determined mainly but not exclusively by recourse to the so-called 'D'Hondt principle.'[26] But how could the European Parliament, which itself possesses seven political groups, fit into this schema? Any possible negotiations, on a yearly basis, relating to EP involvement in the Assembly's internal political group arrangements – six political groups in the Assembly and seven in the EP! – would result in a horribly time consuming and complicated procedure, be it between or within each of these parliamentary bodies.

Fortunately, the Joint Informal Body came up with a pragmatic solution: it was agreed that the EP would designate one member (and one alternate) to 'represent' the European Parliament – with the right to vote – within the (at the time Sub-) Committee when the latter interviews candidates. Although this solution appears to provide a 'privileged status' to the EU, as a (new) Contracting Party within the Committee whose composition is determined to reflect (a duly weighted) 'political group representativity,' this was the price to pay in order to find a simple, easy solution, in what might otherwise have necessitated the putting into place of an extremely complex designation procedure.

As already indicated, the Committee's recommendation(s), prepared by its Chairperson, are transmitted to the Bureau of the Assembly and are also posted on the Assembly's portal in the form of an Addendum to a Bureau Progress Report, in good time before voting in plenary commences. However, if the Committee proposes the rejection of a list (which has occurred in the past, e.g., when the gender requirement had not been complied with, or where national selection procedures had not been fair and transparent, or where there existed no real choice among candidates submitted), this must be discussed in the Bureau and brought to the attention of the plenary Assembly in that such a proposal – to reject a list – must be ratified, i.e., endorsed, by the Assembly.[27]

The Joint Informal Body therefore also agreed to the proposal for the need of an *ex officio* participation of a member of the EP in the Assembly's Bureau, when the subject of the election of judges is discussed by the Bureau. The EP will therefore designate one representative to the Assembly's Bureau – with the right to vote – when the Bureau deals with the Committee's reports.

This is a quite a complex internal procedure, which can be summarized as follows:

> Firstly: When the plenary Assembly elects judges to the Strasbourg Court, 18 members of the EP will be entitled to take part in such elections
>
> Secondly: Whenever the Bureau of the Assembly has the subject of the election of judges on its agenda, one representative of the EP, with a right to vote, will be entitled to take part in the Bureau's meetings
>
> And thirdly: One member of the EP (with an alternate) will (also) be entitled to sit, with the right to vote, as an *ex officio* member of the Assembly's Committee on the Election of Judges to the Strasbourg Court. He or she will therefore be able to take part in the confidential hearings with candidates … and by so doing will be directly implicated in providing recommendations to the plenary Assembly to enable the Parliamentary Assembly to make an informed choice when it elects judges.

D. ASSUMPTION: SUCCESSFUL CONCLUSIONS OF NEGOTIATIONS

We must, for the purpose of this presentation, work on the assumption – the hypothesis – that upon the successful completion of a new set of negotiations, the Luxembourg Court will provide a positive Opinion.

Here, it is important to see what exactly the Assembly would need to do prior to the opening of the Accession Agreement for signature and ratification, where necessary, by the 47 member States of the Council of Europe and the EU.[28]

Once the revamped Accession Agreement has been formally adopted, and assuming that the Luxembourg Court does not find any of its provisions incompatible with EU law, I can envisage the following scenario for the Assembly:

- Firstly, there would probably have to be another meeting of the Joint Informal Body to confirm arrangements made back in 2011 and 2012, especially as, in the meantime, changes have been made in the election procedure put into place by the Parliamentary Assembly.
- Also, and more importantly, arrangements reached between the Assembly and the European Parliament would actually need to be implemented (with any possible changes). I quote from the synopsis of the meeting of political leaders of both parliamentary bodies on 15 June 2011: [arrangements agreed] *"must [now] be approved by the Parliamentary Assembly and the European Parliament in accordance with their respective procedures."*[29]
- In so far as the Parliamentary Assembly is concerned, this can probably be implemented by means of a Resolution, in which the Assembly would have to specify which of its Rules of Procedure need amendment, so as to put into place the procedure agreed with the European Parliament.[30]
- And last but not least, and independently of the above (inter-)parliamentary procedures, it cannot be forgotten that the Accession Agreement would still need to be adopted by the Committee of Ministers, after it had received the (formal) Opinions on the agreed text(s) from both the Strasbourg Court and the Parliamentary Assembly. [31]

E. PERSPECTIVES

I'd like to conclude my presentation with an anecdote. During my presentation I mentioned the fact that negotiations between the political leaders of the Assembly and European Parliament had been completed in record time: in effect, in two one-day meetings.

The 2nd meeting of the Joint Informal Body, held in Paris on 15 June 2011, was co-chaired by Mr. Carlo Cassini, the Italian Chairperson of the EP's Committee on Constitutional Affairs, and Mr. Christos Pourgourides, the Cypriot Chairperson of the Assembly's Committee on Legal Affairs and Human Rights.

On 15 June 2011, at the end of the meeting of the Joint Informal Body in Paris, Mr. Pourgourides, a Cypriot parliamentarian who, co-chaired the meeting in his capacity as Chair of the Assembly's Legal Affairs and Human Rights Committee, made appropriately positive optimistic concluding remarks, underlining the remarkable efficiency with which agreement had been reached (indeed, the co-chairmen even issued a joint press statement to this effect). Then, just as the meeting had come to a close – I was sitting next to Mr. Pourgourides – he scribbled-down, on a piece of paper, a message which he passed onto me.

I'd like to finish my presentation by citing, *verbatim*, the content of this message, which Mr. Pourgourides gave me. It reads: *"Accession [of the EU to the ECHR] will not take place during my lifetime, although I intend to live over 105 years."*

If my calculations are correct, this means that accession will not take place, according to this astute lawyer and Cypriot Statesman, before 2051!

APPENDIX 1: TERMS OF REFERENCE OF THE PARLIAMENTARY ASSEMBLY'S COMMITTEE ON THE ELECTION OF JUDGES TO THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (AS/CDH) [32]

Terms of reference:

1. In the framework of the procedure for the election of judges to the European Court of Human Rights, in accordance with Article 22 of the European Convention on Human Rights,

the committee shall examine the candidatures and make recommendations to the Assembly.

2. The committee shall:

i. study the curricula vitae and interview all candidates for posts of judge of the European Court of Human Rights, before their election by the Assembly;

ii. under the authority of its chairperson, prepare a report to the Assembly on the election of each judge to the European Court of Human Rights, which shall include its recommendations. Whenever possible, the reasons for its recommendations and ranking of candidates shall be indicated in the report;

iii. review, when necessary, the standard curriculum vitae sent to candidates for the post of judge of the European Court of Human Rights;

iv. seek to ensure that the national procedure for the nomination of candidates complies with the criteria which the Assembly has drawn up for the establishment of lists, and in particular the presence of candidates of both sexes.

3. The committee may report to the Assembly on any question related to the procedure for the selection of candidates and the procedure for the election of judges to the European Court of Human Rights.

4. In addition to the general regulations or as an exception thereto, the committee shall apply the following rules:

i. the committee shall vote by a majority of the votes cast; however, a decision to reject a list of candidates or a decision to consider a single-sex list of candidates requires a two-thirds majority of the votes cast. The committee shall proceed to vote on candidates by secret ballot. Only members who have attended in full the interview procedure for a post of judge may vote. For any other decision, voting shall take place by a show of hands. However, voting by secret ballot may be requested by at least one third of the members present. The chairperson is entitled to vote;

ii. when rejection of a list of candidates is recommended to the Assembly, the reason(s) must be specified.

5. In order to be able to evaluate the qualifications and skills of candidates, committee members shall have appropriate knowledge or practical experience in the legal field.

APPENDIX 2. EXTRACT FROM THE EXPLANATORY REPORT TO THE ACCESSION AGREEMENT (PARAGRAPHS 75 TO 77)

Article 6 – Election of judges

75. It is agreed that a delegation of the European Parliament should be entitled to participate, with the right to vote, in the sittings of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (and its relevant bodies) whenever it exercises its functions related to the election of judges under Article 22 of the Convention. It was considered appropriate that the European Parliament should be entitled to the same number of representatives in the Parliamentary Assembly as the States entitled to the highest number of representatives under Article 26 of the Statute of the Council of Europe.

76. Modalities for the participation of the European Parliament in the work of the Parliamentary Assembly and its relevant bodies will be defined by the Parliamentary Assembly in co-operation with the European Parliament. These modalities will be reflected in the Parliamentary Assembly's internal rules. Discussions between the Parliamentary Assembly and the European Parliament to that effect already took place during the drafting of the Accession Agreement. It is also understood that internal EU rules will define the modalities for the selection of the list of candidates in respect of the EU to be submitted to the Parliamentary Assembly.

77. It is not necessary to amend the Convention in order to allow for the election of a judge in respect of the EU since Article 22 provides that a judge shall be elected with respect to each High Contracting Party. As laid down in Article 21, paragraphs 2 and 3, of the Convention, the judges of the Court are independent and act in their individual capacity. The judge elected in respect of the EU shall participate equally with the other judges in the work of the Court and have the same status and duties."

NOTAS

1. This text is a slightly revised and updated version of a presentation made at a conference entitled "The Inter-relationship between the European Convention on Human Rights and European Union Law", held on 17-18 March 2017 at the School of Law, University of Nicosia, Cyprus. Parts of this text are based on the author's contribution in a book published by the Oxford University Press in 2014 (*The EU Accession to the ECHR*, edited by V.Kosta, N.Skoutaris & V.P. Tzevelekos).
2. See J.Polakiewicz "Accession to the European Convention on Human Rights (ECHR) – an Insider's Views Addressing One by One the CJEU's Objections in Opinion 2/13" in Vol. 36 Human Rights Law Journal (2016), pp.10-22.
3. For a historical overview, see A.Drzemczewski "Election of Judges (European Court of Human Rights)" in on-line *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (Oxford University Press, as of mid-2018).
4. Article 23, paragraphs 1 to 3, of the Convention stipulates:

   "*1. The judges shall be elected for a period of nine years. They may not be re-elected.*

   2. The terms of office of judges shall expire when they reach the age of 70.

   3. The judges shall hold office until replaced. They shall, however, continue to deal with such cases as they already have under consideration."
5. Ratified by 41, signed but not yet ratified by 5 and neither signed nor ratified by one of the 47 States Parties to the Convention: see http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213/signatures?p_auth=7YJMHRHz.
6. At present, there is no Russian delegation at the Assembly. For an explanation see, e.g., N.P. Engel "Russland testet das Rückgrad des Europarates" ["Russia is testing the backbone of the Council of Europe"] in vol. 44 Europäische Grundrechte Zeitschrift (2017) pp.720-722 and L.R.Glas "The Assembly's row with Russia and its repercussions for the [ECHR] Convention system," in 'Strasbourg Observers' blog of 31 October 2017, available at https://strasbourgobservers.com/2017/10/30/the-assemblys-row-with-russia-and-its-repercussions-for-the-convention-system/. The number of members allocated to each national delegation is proposed by the Assembly when giving its opinion on the accession of the state to the Council, with the main criteria being population size: see Article 26 of the Statute of the Organisation (which has undergone successive modifications as additional states have become members of the Council), found at http://assembly.coe.int/RulesofProcedure/Statute/Statut_CE_2008.pdf.
7. See footnote 2 above. An overview of work undertaken by this Committee (AS/Cdh) can be found on the Assembly's portal: http://website-pace.net/en_GB/web/as-cdh/main.
8. See A. Drzemczewski "A major overhaul of the ECHR control mechanism: Protocol No.11" in *Collected Courses of the Academy of European Law 1995* Vol. IV Book 2, Martinus Nijhoff, 1997, pp. 121-244.
9. For more details consult "Procedure for electing judges to the European Court of Human Rights", document AS/Cdh/Inf (2018) 01 rev 2, of 18 February 2018 at http://website-pace.net/documents/1653355/1653736/ProcedureElectionJudges-EN.pdf/e4472144-64bc-4926-928c-47ae9c1ea45e (this document is regularly updated). See also "Le mandat et le travail de la Commission de l'Assemblée Parlementaire sur l'élection des juges à la Cour européennne des droits de l'homme du Conseil de l'Europe: un aperçu" in vol 15 of this *Revista* (2015), pp. 37-50.

   As the rules governing the Assembly's procedure for the election of judges are scattered over a number of Assembly resolutions and recommendations, the AS/Cdh has recently proposed that they be consolidated into one single Assembly resolution: see A.Drzemczewski "Human Rights in Europe: an insider's views" in vol. 16 of this *Revista* (2016), pp. 343-356, at p. 350.
10. The text of the model curriculum can be accessed at: Resolution 1646 (2009). It is also available on the Assembly's website: http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2009/ModelCVEN.doc.
11. The issue of *ad hoc* judges is not broached in this presentation, although it is (also) relevant in the context of the EU's need to provide a list of such judges to the Court: see Article 26, paragraph 4, of the Convention, and Assembly document 12827 issued in 2011, entitled "*Ad hoc* judges

at the European Court of Human Rights." http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=13035&Language=EN. It is understood that procedures for the designation of a list of three to five *ad hoc* judges, as indicated in the Strasbourg Court's Rules (Rule 29), has been foreseen in the internal EU Council rules prepared by the FREMP (Working Party on Fundamental Rights, Citizens Rights and Free Movement of Persons).

12. Reinforced by Guidelines of the Committee of Ministers on the selection of candidates for the post of judge at the European Court of Human Rights, adopted on 28 March 2012, as amended on 26 November 2014.

    In 2010, the Committee of Ministers also set up an advisory panel of experts on candidates for election as judges to the Court. Their function is to advise States Parties to the Convention – before the latter transmit lists of candidates to the Assembly – whether candidates for election meet the criteria stipulated in Article 21, paragraph 1, of the Convention (see Resolution CM/Res (2010)26, as amended, on the establishment of an Advisory Panel of Experts on Candidates for Election as Judge to the European Court of Human Rights). The panel is composed of seven personalities: see Committee of Ministers decision of 8 December 2010). The role of this advisory panel must not be confused, as it sometimes is, with the panel set up by virtue of Article 255 of the Treaty on the Functioning of the European Union, as explained in § 11 of the AS/Jur's report on this subject (Assembly document 12391, of 7 October 2010, http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=12764&Language=EN which led to the adoption of Resolution Assembly Resolution 1764 (2010)). See also the advisory panel's website: http://www.coe.int/en/web/dlapil/advisory-panel.

13. See Assembly Resolution 1366 (2004), as modified by Resolutions 1426 (2005), 1627 (2008), 1841 (2011) and 2002 (2014), paragraphs 3 and 4. In paragraph 4 it is specified that such "*exceptional circumstances*" exist "*where a Contracting Party has taken all the necessary and appropriate steps to ensure that the list contains candidates of both sexes meeting the requirements of Article 21 § 1 of the European Convention on Human Rights*." Such exceptional circumstances must be duly so determined by a two-thirds majority of the Committee on the Election of Judges, whose position subsequently needs to be endorsed by the Assembly in the framework of a Progress Report of the Assembly's Bureau.

14. Modalities for the election procedure can be found in the Appendix to Assembly Resolution 1432 (2005), reproduced in Rules of Procedure of the Assembly, Strasbourg, January 2018, at p. 172.

15. See paragraph 8 of Assembly Resolution 1726 (2010), adopted on 29 April 2010, which specifies when judges' terms of office commence. This paragraph reads: *"[the Assembly…] confirms its position that the nine-year term of office of a judge elected by the Assembly to the Court shall commence from the date of taking up of his/her duties, and in any event no later than three months after his/her election. However, if the election takes place more than three months before the seat of the outgoing judge becomes vacant, the term of office shall commence the day the seat becomes vacant. If the election takes place less than three months before the seat of the outgoing judge becomes vacant, the elected judge shall take up his/her duties as soon as possible after the seat becomes vacant and the term of office shall commence as from then and in any event no later than three months after his/her election*."

16. Full title: Draft Revised Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR), appended to the 'Final report to the CDDH' (Steering Committee for Human Rights: Fifth negotiation meeting between the CDDH ad hoc Negotiation Group and the European Commission on the Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, Council of Europe document 47+1 (2013)008rev2, of 10 June 2013, Appendix I, Art. 6, paragraph 1, available at: http://www.coe.int/en/web/cahdi/46th-meeting?p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=2213476&_101_type=content.

17. See Article 6, paragraphs 1 & 2 (and paragraphs 75 to 77 of the Explanatory Report appended thereto: see Appendix 2). Emphasis added.

18. This Joint Informal Body was established upon the initiative of the EP "*in order to coordinate information sharing*" (see § 34 of EP Resolution, of 19 May 2010, on the institutional aspects

of the accession to the EU to the ECHR, (2009/2241 (INI)).

19. See, in particular, the synopses of the second meeting, of 15 June 2011, available on the Assembly's website at http://www.assembly.coe.int/committee/BUR/2011/BURJointInformalBodyE.pdf. The Joint Informal Body held a third meeting in Paris on 19 June 2012 (see synopsis at http://www.assembly.coe.int/committee/BUR/2012/BURJointInformalBodyE.pdf) at which note was taken of the change in internal procedures within the Assembly whereby its Committee on Legal Affairs and Human Rights would no longer, in the future, take part in the election process (see § 6 in Assembly document AS/Cdh/Inf (2018)01 rev 2, cited above in footnote 8).
20. An extract from the Explanatory Report can be found in Appendix 2, below.
21. All documents pertaining to the negotiations are accessible on-line at http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/default_EN.asp (Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Council of Europe).
22. For a detailed explanation, consult Article 8 of the Accession Agreement and paragraphs 93-99 of the draft Explanatory Report to the Accession Agreement.
23. The Chairpersons of the Committee on Legal Affairs & Human Rights (AS/Jur) and the Committee on Equality & Non-Discrimination (AS/Ega) are *ex officio* members of the Committee (or, in their absence, a vice-chairperson): see Rule 44.1 (point 9) of the Assembly's Rules of Procedure.
24. See Terms of reference of the Committee, § 5 (in Appendix 1).
25. I.e., the 20 members and alternates but not *ex officio* members: see Rule 44.3.a of the Assembly's Rules of Procedure.
26. This is a mathematical formula, named after a Belgian mathematician, which ensures that representation is fairly distributed in proportion to the number of seats held in the Assembly as a whole. It requires the number of seats for each political group to be divided successively by a series of divisors (1,2,3,4), with seats on committees allocated successively to political groups to secure the highest resulting quotient or average.
27. For recent examples of lists being rejected, see A. Drzemczewski "Human Rights in Europe: an insider's views," footnote 8, above, at p. 350.
28. I will not, in the context of the Assembly's role in the 'accession negotiations', describe the procedures envisaged on the EU side, as provided by Article 218 (6) (a) (ii) and (8) of the TFEU, namely the need to obtain consent of the EP and unanimous agreement of the Council, before approval by EU member States "in accordance with their constitutional requirements,' not to mention the need, in addition, to find agreement on the internal rules necessary to implement the Accession Agreement at EU level (the Council, *via* FREMP – see footnote 10 above – is likely to be tasked with this).
29. Taken from Synopsis of the 2nd meeting held in Paris (last paragraph): see footnote 18, above.
30. And possibly also the adoption/provision of one or more 'complementary texts,' as would be indicated in the said Resolution (Rule 41.c of the Assembly's Rules of Procedure specifies that the majority required "*for the adoption of a draft resolution and for any other decision*" is *"a majority of the votes cast…"*. This could, I suppose, also be done afterwards, but logic suggests that such a text ought to be adopted by the Assembly prior to the opening of the Accession Agreement for signature and ratification by the Committee of Ministers.
31. Opinions to the Committee of Ministers necessitate a two-thirds majority of the votes cast: see Rule 41.a of the Assembly's Rules of Procedure.
32. Appendix 1 is taken from an article published in vol. 35 of the *Human Rights Law Journal* (2015), entitled "The Parliamentary Assembly's Committee on the Election of Judges to the European Court of Human Rights, Council of Europe," pp. 269-274, at p.272, a French version of which was published in vol.15 of this *Revista,* in 2015, pp. 37-50 at p. 43.

EDUCATION, UNIVERSALITY AND HUMANISM: THE HUMAN PERSON AND THE MISSION OF INTERNATIONAL TRIBUNALS[1]

Antônio Augusto Cançado Trindade
Judge of the International Court of Justice; Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Emeritus Professor of International Law of the University of Brasilia, Brazil; Member of the *Curatorium* of The Hague Academy of International Law, and of the *Institut de Droit International*.

ABSTRACT

The birth and historical evolution of Universities around the world have been attached to the universal cultivation of the humanities. Universitas and humanitas go together, with humanists always attentive to the centrality of fundamental human values. Universities have a spiritual dimension. The cycle of U.N. World Conferences focused on living conditions of the population everywhere. There is need of a people-centred outlook in contemporary international law. Contemporary international tribunals have acknowledged the relevance of general principles of law. Such principles are a manifestation of the universal juridical conscience, the ultimate material source of all law. An objective law is thus conformed, on solid foundations (and well beyond the "will" of individual States), in the line of jusnaturalist thinking.

Keywords

Universitas and humanitas; humanist thinking; values, centrality of general principles of law; universal juridical conscience; objective law; jusnaturalist thinking.

I. UNIVERSITAS AND HUMANITAS

It is a great honour to me to come to India for this ceremony: I feel indeed touched by this highly significant initiative of Kiit University of Bhubaneswar towards me, coming, as I do, from another part of the world, Latin America. This initiative of awarding me the Doctorate *honoris causa*, in the present ceremony, in its School of Law, on this Sunday morning, 26 November 2017, is a sign of the universality, proper to the *Universitas*.

In the historical evolution of Universities around the world, a trend of thinking – the humanities – has consistently concentrated on the "transcendental humanity" of human beings. Humanism is also proper to *Universitas*. And *Universitas* and *humanitas* go together: this memorable ceremony bears witness of that. Contrary to the view – of compartmentalized or "specialized" knowledge – that truth could only be reached by empirical investigation. humanists, in their cultivation of general knowledge, continued to insist on the centrality of the *values*.

In the present age of so-called mass "globalization", or "globalized" massification, attention to cultural identity, in the framework of the universality of the human kind, continues to be regarded as necessary, so that we can live in harmony in the cosmos, respecting the differences which conform that universality, and defend ourselves against the chaos and the irrationality that surround us.

It is necessary today to keep on insisting on the central role of humanities, – encompassing literature, philosophy, history, law, language and education – within the *Universitas*. Cultural legacy, within the framework of universalism, will never be replaced by the simple preparation for professional exercise. University teaching is to remain attentive to *education*, surrounded by human values.

The effectiveness of the right to education is of fundamental importance, in the light of the basic principle of equality and non-discrimination. True education, well beyond professionalization, awakens in the youth of the new generations their *vocation* to an integral life, from the start not limited by the vicissitudes of the entry in careers of specialized knowledge.

The search for knowledge and understanding cannot be limited by the self-sufficiency of "professionalization courses". The youth hopes to acquire knowledge so as to understand the surrounding world and one´s own existence, and to live with lucidity in one´s own time. We live nowadays, in any country of the world, amidst the imprevisibility and the chaos, more or less institutionalized, and amidst violence, in distinct degrees.

Never, as throughout the XXth century and beginning of the XXIst century, so much progress was achieved in science and technology tragically accompanied by so much destruction and cruelty, exemplified by successive acts of genocide, atrocities and massive and grave violations of human rights and international humanitarian law. Lessons from the past appear to have been forgotten.

The XXth century rested marked by its tragic contradictions, by its oscillations between advances and steps backwards, by the divorce between wisdom and specialized knowledge, by the antinomy between the domain of sciences and the lack of control of human impulses. The great thinkers of the XXth century were unanimous in pointing out these contradictions, as I have been pointing out, in recent years, in my writings and in several of my Individual Opinions, presented successively in the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)[2], and in the International Court of Justice (ICJ)[3].

II. KNOWLEDGE AND HUMANENESS

Professions, multiplied in modern times, have led to specializations, which respond and correspond to the needs of the social *milieu*. Even if it today there prevails, in the majority of the Universities, an unsatisfactory search of "specialized" or "professionalizing" knowledge (rationalized in function of "social needs" which do not take care of the personal needs of each human being), there are also those – perhaps a minority, today as in the recent past – which have not lost sight of the fact that the meaning of existence cannot be acquired by means of a simple search of satisfaction of material needs; the cultivation of culture is part of the search for spiritual development, so as to be able to interpret the past, to understand the present, and to give a meaning to one´s own life[4].

Earlier this morning of 26.11.2017, shortly before the present ceremony here at the School of Law of Kiit University of Bhubaneswar, I have had the occasion to visit the Kalinga Institute of Social Sciences (KISS), and to address briefly its 27,000 thousand students[5]. May I here ponder – in tribute to the honorable Founder Professor Achyuta Samanta, present here, – that the Kiss Institute is an example to the world, having flourished here in India, always attentive to learning, in its longstanding and venerable history in the domain of education; nowadays as well as in ancient times, India has remained home to Universities, including some of the oldest in the world.

Nowhere else can the intergenerational dialogue be cultivated in a more gratifying way as in the Universities, anywhere. This is an attribute which belongs to them by an intrinsic requirement: that of the encounter between generations, living harmoniously each one within its own time, with the due understanding, and the difficult but necessary acceptance, of the ineluctable passing of time. As to the present, Universities, which have also a spiritual dimension, have to influence public affairs, given the need to convey the humanist mentality advanced herein also to scientists and specialists.

Cultural expression, in its highest form, is, after all, spiritual. And Universities can count only on critical reflection and the right reason (*recta ratio*) to reassert their true vocation as centres of universal learning, and formation of cultured persons, competent professionals who understand the world wherein they live, and well disposed to contribute to the improvement of the human condition. Some degree of transdisciplinary or multidisciplinary instruction serves the concern as to the need to convey to the new generations a necessarily humanist perspective, that may enable them to understand the world and to preserve basic values to be transmitted to their fellow human beings and their descendants.

Hope is to be kept and nourished. We should never forget that, it is in moments of crisis of values (such as the one we currently witness in the international scenario) that

advances have been achieved. Thus, in one of the rare glimpses of lucidity along the XXth century, in the aftermath of the II World War, the General Assembly adopted the U.N. Universal Declaration of Human Rights, on 10 December 1948.

In this respect, may it here be recalled that, seven decades ago, in mid-1947, while the old Commission of Human Rights of the United Nations was preparing the draft of the Universal Declaration of Human Rights, UNESCO consulted the main thinkers of that time all over the world on the main issues to be addressed in its elaboration. May I here single out – as I have done in my *Treatise on the International Law of Human Rights* (vols. I-III)[6] published in Brazil, – some of the responses to the questionnaire then circulated by UNESCO, which appear to be endowed with topicality nowadays, seven decades later.

While Teilhard de Chardin insisted on the guarantee of the freedom of the individual in face of the forces of collectivity, Jacques Maritain defended the jusnaturalist foundation of the rights to be proclaimed[7]. Mahatma Gandhi stressed the relations between rights and duties, while Chung-Shu Lo underlined the importance of the rights to life and to the "expression of oneself"; for his part, S.V. Puntambekar stressed the relevance of essential individual freedoms and virtues as fundamental values of human life and conduct[8].

Looking at the forthcoming steps then to be taken, Levi Carneiro stressed the need of the Universal Declaration, – after the conclusion of its drafting by the U.N. Commission of Human Rights and its adoption by the U.N. General Assembly, – being furthermore accompanied by a binding international convention[9]. At the end of the UNESCO meetings in Paris (from 26 June to 02 July 1947, its Commission on Philosophical Principles of Human Rights joined its conclusions in a document titled "Bases of an International Declaration of Human Rights"[10]. Universality and humaneness marked presence therein.

In 1948, the same year of the U.N. adoption of the Universal Declaration of Human Rights, in approaching the end of his life, Mahatma Gandhi, father of this nation, had his autobiography written and published. In it, he gave expression, *inter alia*, to his own views on education. True education in ideal conditions, – he wrote, – can be imparted "only by the parents", the family itself; it should do "full justice to the young people", giving "the first place to the culture of the heart or the building of character"[11]. It requires "literary training", with attention to distinct cultures, so as to foster understanding. This amounts to the training of the spirit, – he added, – in early preparation for life, helping the young to "learn to discriminate between good and evil"[12].

The 1948 U.N. Universal Declaration of Human Rights irradiated itself, paving the way for the adoption of successive and numerous human rights conventions and instruments (complementary at global and regional levels), and the historical process of *generalization* of protection of the rights inherent to the human person, projecting itself at both international and national levels[13]. All these developments, that occurred along the last decades (from 1948 to date), are examined in detail in my aforementioned *Treatise*, including the legacy of the two U.N. World Conferences of Human Rights (Teheran, 1968; and Vienna, 1993)[14], among others, in the framework of the more recent cycle of U.N. World Conferences, which I shall now turn attention to.

III. THE LEGACY OF U.N. WORLD CONFERENCES

The evolution of the *corpus juris gentium* of the protection of the rights of the human person has undergone two global assessments. In historical perspective, the I World Conference on Human Rights (1968) much contributed with the global vision of the indivisibility and interrelatedness of all human rights, thus overcoming the compartmentalized view that used to prevail in the bipolarity characteristic of the cold war period.

The II World Conference on Human Rights (1993), for its part, focused on the application of the instruments of that *corpus juris gentium* (the indivisibility of human rights in practice), with special attention to discriminated or disadvantaged persons, to vulnerable groups, to the poor and the socially marginalized and excluded, – to all those, in sum, in greater need of protection. Between the I and II World Conferences, 25 years lapsed. Ever since the II World Conference until now (end of 2017), 24 more years have lapsed, but in our days no initiative has been taken to date to convene a III

World Conference of the kind, in my perception much needed.

In a wide framework, the remarkable transformations, in the last decades, in the contemporary world scenario have disclosed the considerable density of our times, which are of profound reflection on the very bases of international society, and indeed of the gradual formation of the international agenda of the United Nations. The cycle of World Conferences convened by the United Nations, initiated in 1992[15], has disclosed a concern, also with the precarious living conditions, in distinct circumstances, dramatically affecting greater segments of the population in many parts of the world nowadays.

There has been, ever since, a growing call for the pursuance of social justice *among* and *within* nations. These recent years are being marked by an over-all reassessment of many concepts in the light of the consideration of global issues (human rights, social justice, social development, environment, population, human settlements, human security and peace), affecting the whole of humankind[16]. This process has generated a universal dialogue and concertation, as clearly disclosed by their final documents (declarations and programmes of action).

Those U.N. World Conferences have disclosed, as their common denominator, the recognition of the legitimacy of the concern of the international community as a whole with the conditions of living of all human beings. Those World Conferences have indeed been particularly attentive to the *conditions of life* and special needs of protection in particular of vulnerable groups and the poorer segments of the population. This is reflected in various passages of their lengthy final documents, which place human beings at the centre of their concerns. In focusing on vulnerable groups (such as, among others, those formed by the poorest segments of society), the immediate concern has been with meeting basic human needs, and, from there, fostering people´s empowerment[17].

In effect, in recent years I have been drawing attention to the legacy of those World Conferences, in successive Individual Opinions, earlier in the IACtHR, and more recently in the ICJ. Earlier this year, for example, in my Separate Opinion in the case of the *Application of the ICSFT Convention and of the CERD Convention* (Ukraine *versus* Russian Federation, ICJ`s Order of 19.04.2017), I pondered that the aforementioned cycle of U.N. World Conferences (along the nineties and beginning of the last decade)

> came significantly to disclose a common denominator, giving cohesion to the final documents they adopted, namely, the recognition of the legitimacy of the concern of the international community as a whole with the *conditions of living* of the population everywhere. The U.N. World Conference of Vienna (1993), in particular, added an important element to this common denominator, namely, the special attention devoted to the *vulnerable segments* of the population everywhere. The protection of the vulnerable constitutes the great legacy of the II World Conference of Human Rights (Vienna, 1993)[18]: more than any other of the World Conferences of that cycle, it presented, given its wide theme, a systemic vision of all segments of the population affected by vulnerability or extreme adversity. The Declaration and Programme of Action of Vienna, final document adopted by the 1993 Vienna Conference, sought to concentrate special attention on persons suffering from discrimination and vulnerable groups, on the socially excluded, in greater need of protection[19]. The aforementioned document much contributed to the recognition of the *centrality* of victims in the present domain of protection, with special attention to their living conditions amidst vulnerability. In its legacy, such centrality of the victims is projected until current times, and underlined in cases of systematic violation of their fundamental rights, amidst particularly *aggravating* circumstances[20] (paras. 53-55).

Furthermore, the aforementioned recent cycle of U.N. World Conferences has sought to elevate human rights related issues to a central place on the agenda of contemporary international relations, on the basis of the understanding that human rights do in fact permeate all areas of human activity. The recognition of this reality corresponds to a new *ethos* of our times. It is the privilege of contemporary international lawyers, faithful to the historical origins of our discipline, to contribute to recover and to reestablish the central position of human beings in the universe of the law of nations (*droit des gens*).

IV. INTERNATIONAL JUDICIAL RECOGNITION OF THE RIGHT TO EDUCATION

In the international adjudication of human rights cases, it so happens that the right to education marks its presence in legal reasoning even when the rights at stake are other protected rights under human rights Conventions, – such as the fundamental rights to life and to personal integrity. This has been so, for example, in respect of the *reparations* due to those victimized. May I briefly refer, in this respect, among others[21], to my two Separate Opinions in the cases adjudicated by the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) of *Gómez Palomino versus Peru* (Judgment of 22.11.2005), and of *Blanco Romero and Others versus Venezuela* (Judgment of 28.11.2005), where I recalled that educational measures had been ordered by the IACtHR as exemplary forms of reparation, meant to provide *satisfaction* to the victims.

Furthermore, in both Separate Opinions I deemed it fit to point out that educational measures in human rights go beyond means of *reparations* (such as satisfaction), as they also pertain to the *prevention* of human rights violations, disclosing the *temporal dimension* of the safeguard of those rights. In my Separate Opinion in the aforementioned case of *Blanco Romero and Others*, in particular, I singled out that the IACtHR had ordered, as one of the measures of reparation, as a form of *satisfaction* and *guarantee of non-repetition* of the harmful acts, that the respondent State was to implement a programme of formation in human rights (for members of its forces) (paras. 16-17).

And in my Separate Opinion in the aforementioned *Gómez Palomino* case, I then concluded that

> Educational measures in human rights thus have a wider dimension than that of reparations, as they are also preventive measures, to combat violence and abuses against the human person. They assume a special relevance nowadays (…): one cannot lose sight of the fact that education is a public good (in search of the common good), and not a simple commodity abandoned to the "logic" (or rather, the lack of logic) of the market (…), and that, in the mid- and long-run, many of the challenges of the protection of human rights can only be effectively faced through education (para. 13).

Moreover, in my Separate Opinion in the case of the "*Street Children*" (*Villagrán Morales and Others) versus Guatemala* (reparations, IACtHR´s Judgment of 26.05.2001), I warned that the suffering of the marginalized or excluded ones "is ineluctably projected into the whole social *corpus*. The supreme injustice of the state of poverty inflicted upon the unfortunate ones contaminates the whole social *milieu*" (para. 22). An educational centre was designated with a name referring to the young victims in the *cas d´espèce* (para. 31), who, before having been "cruelly and arbitrarily deprived of their lives", had already been "deprived of creating and developing a project of life (and of seeking a meaning for their existence)" (para. 33).

Subsequently, in the case of the *Institute of Reeducation of Minors versus Paraguay* (Judgment of 02.09.2004), the IACtHR related education to the right to life in its wide dimension, comprising the living conditions with dignity[22]. The fact that the adolescents concerned had not counted on an educational programme (to which the respondent State was bound) was aggravated by the social marginalization wherein they found themselves; the lack of access to education reduced further their possibilities of reinsertion into their social *milieu*, and of development of their project of life.

In my Separate Opinion, I stressed that the IACtHR´s Judgment in the present case of the *Institute of Reeducation of Minors* aptly retook its outlook of the right to life encompassing dignified conditions of living[23], with the acknowledgment that all human beings, even in the utmost defencelessness, – like the adolescents in the *cas d´espèce*, who had been socially marginalized and deprived of education for rehabilitation, – were subjects (*titulaires*) of rights and not simple objects of protection[24].

Likewise, within the ICJ, on successive occasions I have drawn attention to the need of a people-centred outlook in contemporary international law, with increasing attention to the centrality of the sufferings of peoples (e.g., my Separate Opinion in the ICJ´s Advisory Opinion on the *Declaration of Independence of Kosovo*, of 22.07.2010), to the fundamental principle of humanity, in the protection of those in utmost vulnerability and even defencelessness (e.g., my Dissenting Opinion in the case of the *Convention*

against Genocide, Croatia *versus* Serbia, Judgment of 03.02.2015; my Dissenting Opinion in the case of the *Jurisdictional Immunities of States*, Germany *versus* Italy, Greece intervening, Judgment of 03.02.2012; my Dissenting Opinion in the case of the *Application of the CERD Convention*, Georgia *versus* Russian Federation, Judgment of 01.04.2011)[25].

More recently, in my Separate Opinion in the aforementioned case of the *Application of the ICSFT Convention and of the CERD Convention* (ICJ`s Order of 19.04.2017), I addressed the matter at length, pondering *inter alia* that

> It is significant that, in our times, cases pertaining to situations of extreme adversity or vulnerability of human beings have been brought to the attention of the ICJ as well as other international tribunals. This is, in my perception, a sign of the new paradigm of the *humanized* international law, the new *jus gentium*[26] of our times, sensitive and attentive to the needs of protection of the human person in any circumstances of vulnerability. The case-law of international human rights tribunals is particularly illustrative in this respect (para. 17).

On 23 March 2011, the U.N. Human Rights Council adopted the *United Nations Declaration on Human Rights Education and Training*, shortly afterwards adopted by the U.N. General Assembly itself, on 19 December 2011. The 2011 Declaration observes that human rights education and training are to embrace "the diversity of civilizations, religions, cultures and traditions of different countries, as it is reflected in the universality of human rights" (Article 5(3)).

The 2011 Declaration is in line with the 1948 Universal Declaration of Human Rights; this latter, in asserting (in its holistic vision), in Article 26(1), that "[E]veryone has the right to education", which is to be "free, at least in the elementary and fundamental stages", adds that "[E]ducation shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms" (Article 26(2)).

In my own view, the new *jus gentium* of our times is centred on the human person[27]. The International Law of Human Rights has much contributed to rescue the centrality of the human person in the present-day *corpus juris gentium*. The right to education, and the rights in education, are enshrined herein, to the benefit of the ultimate addressees of legal norms, the human beings. States ought to proceed accordingly, reassuming their responsibility as to the human right to education.

V. CONTEMPORARY INTERNATIONAL TRIBUNALS IN THEIR COMMON MISSION OF REALIZATION OF JUSTICE

Nowadays, the international community fortunately counts on a wide range of international tribunals, adjudicating cases that take place not only at *inter-State* level, but also at *intra-State* level. This invites us to approach their work from the correct perspective of the *justiciables* themselves and their needs of protection, bringing us closer to their common mission of securing the realization of international justice, either at *inter*-State or at *intra*-State level.

From this standpoint, each international tribunal has its own importance, in a wider framework encompassing the most distinct situations to be adjudicated, in each respective domain of operation. They contribute to the historical recovery of the position of the human person as subject of the law of nations (*droit des gens*), which constitutes, in my understanding, the most important legacy of the international legal thinking of the last six and a half decades[28].

International human rights tribunals have drawn attention to the position of *centrality* of the victims, the *justiciables*, giving testimony, together with international criminal tribunals, of the expansion of international jurisdiction, of international responsibility, and of international personality and capacity. This is a notable feature of our times, in the present era of international tribunals. Access to justice has much enlarged, in distinct latitudes and circumstances.

Due to their work, the international community no longer accepts impunity for international crimes, for *grave* violations of human rights and of international humanitarian law. Their work has also a preventive dimension. There is nowadays the configuration of a true right to the Law (*droit au Droit*), of the persons victimized in any circumstances, including amidst the most complete adversity[29].

International tribunals, in bringing justice to those victimized, even in situations of

systematic and generalized violence, and mass atrocities, furthermore contribute decisively to the primacy of the *rule of law* at national and international levels, demonstrating that no one is above the law, – neither the rulers, nor the ruled, nor the States themselves. International law applies directly to States, to international organizations, and to individuals.

Moreover, international tribunals have ascribed great importance to general principles of law, reaffirmed time and time again, and retaining full validity in our days[30]. Legal positivism has always attempted, in vain, to minimize their role, but the truth is that, without those principles, there is no legal system at all, be it national or international. They give expression to the idea of an *objective justice*, paving the way to the application of the *universal* international law.

In my own conception, general principles of international law inform and conform the norms and rules of international law, being a manifestation of the universal juridical conscience, the ultimate *material* source of all Law; in the evolving *jus gentium* of our times, basic considerations of humanity play a role of the utmost importance[31]. The assertion of an *objective* law, beyond the will of individual States, is a revival of jusnaturalist thinking. After all, the basic foundations of international law emanate ultimately from the human conscience, from the universal juridical conscience, and not from the "will" of individual States.

Last but not least, the reassuring co-existence of multiple international tribunals has considerably enlarged the number of *justiciables*, in all parts of the world, even in situations of great adversity or vulnerability, if not defencelessness. The operation of international tribunals, in a harmonious and co-ordinated way, is essential to the gradual realization of the old ideal of international justice, as well as to the constant renewal of faith and hope in the construction of a world with prevailing justice. May I thank all of you for the kind attention with which you have distinguished me in this memorable ceremony at Kiit University of Bhubaneswar, here in India.

ANNEX: THE IMPORTANCE OF EDUCATION[32]

Antônio Augusto Cançado Trindade

I am very pleased and gratified to visit your Kalinga Institute of Social Sciences (KISS), and to meet all of you here in Bhubaneswar today, in this early morning of 26 November 2017, in your place of **s**tudies and formation. Your Kiss Institute is a unique example to the whole world. You have here a special opportunity in education, very important to your lives, so as to seek to understand the world surrounding us, the world wherein we live.

This goal, of understanding the world, has been pursued by successive generations, along the centuries, since the antiquity. After all, human life is brief, and it is thus necessary to try to understand it, in time and space. It is necessary to learn to live well along the passing of time, to learn to live well in the space of the world wherein we stand.

The passing of time is the greatest enigma of our existence. We can only get used to living with it with peace of mind, if we pursue in our path seeking knowledge and understanding. We all have always much to learn, not only in order to work, but first of all in order to understand. *Ars longa, vita brevis*: this calls upon us to educate ourselves promptly and constantly.

This is an ineluctable duty we have towards ourselves, so as to render our existence meaningful. This is also an ineluctable duty we have towards those we love and those we live and work with, in harmony. May I extend to all of you my very best wishes in your studies and formation, now and in the years to come. I shall never forget this memorable meeting with all of you here at Kiss Institute in Bhubaneswar today. Thank you all for your kind attention.

Bhubaneswar, India,
26 November 2017.

NOTAS

1. Address delivered by the Author at the ceremony of Doctorate *Honoris Causa*, in the auditorium of the School of Law of Kiit University, in Bhubaneswar, Odisha, India, on 26 November 2017.

2. Assembled *in*: A.A. Cançado Trindade, *Esencia y Transcendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2008)*, vols. I-III, 2nd. rev. ed., Mexico D.F., Ed. Cámara de Diputados, 2015, vol. I, pp. 3-687; vol. II, pp. 3-439; vol. III, pp. 3-421.

3. Assembled *in*: *Judge A.A. Cançado Trindade – The Construction of a Humanized International Law – A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, vol. I (IACtHR), Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 9-852; vol. II (ICJ), Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 853-1876; vol. III (ICJ), Leiden, Brill/Nijhoff, 2017, pp. 9-764.

4. Cf., in this sense, Hermann Hesse, *Uma Biblioteca da Literatura Universal* [*circa* 1945], Lisbon, Edit. Cavalo de Ferro, 2010, pp. 9-10 and 105.

5. Text reproduced in the Annex, *infra*.

6. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2nd. ed, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 55-57.

7. *Los Derechos del Hombre – Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal Reunidos por la UNESCO*, Mexico/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1949, pp. 97-98 (Teilhard de Chardin), pp. 14-22 and 69-74 (Jacques Maritain).

8. *Ibid*., p. 23 (M.K. Gandhi), pp. 169-172 (Chung-Shu Lo), and pp. 177-180 (S.V. Puntambekar).

9. *Ibid*., pp. 160-164 (Levi Carneiro).

10. *Ibid*., appendix II, pp. 233-246, esp. p. 235.

11. M. Gandhi, *Autobiography – The Story of My Experiments with Truth* [1948], N.Y., Dover Publs., 1983, p. 298.

12. *Ibid*., pp. 299-302 and 304.

13. Cf. A.A. Cançado Trindade, "The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century", 3 *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* (1999), Castellón/Spain, Ed. Aranzadi, 2000, pp. 145-221; A.A. Cançado Trindade, "Values and Significance of the Universal Declaration of Human Rights at the World and Regional Levels", *in Recueil des Cours – Textes et Sommaires – XXIX Session d´Enseignement (1998)*, Strasbourg, IIDH, 1998, pp. 101-115.

14. A.A. Cançado Trindade, *Tratado...*, *op. cit. supra* n. (5), pp. 77-338.

15. Namely, World Conferences on Environment and Development, Rio de Janeiro, 1992; on Human Rights, Vienna, 1993; on Population and Development, Cairo, 1994; on Social Development, Copenhagen, 1995; on Rights of Women, Beijing, 1995; on Human Settlements – Habitat-II, Istanbul, 1996; and World Conference against Racism, Durban/South Africa, 2001.

16. A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Living as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", *in Japan and International Law – Past, Present and Future* (ed. Nisuke Ando), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 295 and 307-309.

17. A.A. Cançado Trindade, *Tratado...*, *op. cit. supra* n. (5), pp. 77-338; A.A. Cançado Trindade, "Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)", 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994), pp. 9-57.

18. Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*, Fortaleza/Brazil, IBDH/IIDH/SLADI, 2014, pp. 13-363.

19. 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.

20. 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, ch. 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.

21. For example, educational measures had been ordered by the IACtHR as exemplary forms of reparation. For example, in the case of *Aloeboetoe et alii*, *versus Suriname* (Judgment of 10.09.1993), the IACtHR ordered the reopening of a school and the creation of a foundation to assist the beneficiaries; in the case of the "*Street Children*" (*Villagrán Morales and Others) versus Guatemala* (Judgment of 26.05.2001), the IACtHR determined the designation of an educational centre allusive to the victims in the *cas d´espèce*; likewise, in the case of *Trujillo Oroza*, pertaining to Bolivia (Judgment of 27.02.2002), the IACtHR again ordered the designation of an educational centre with the name of the victim. There were cases in which reparations of the kind were meant to provide *satisfaction* to the victims. Thus, in the case of *Cantoral Benavides*, concerning Peru (Judgment of 03.12.2001), for example, the IACtHR ordered the State to provide a scholarship of University studies to the victim; and in the case of *Barrios Altos* (Judgment of 30.11.2001), pertaining to the same respondent State, the IACtHR determined the provision of educational grants, in addition to health services.

22. An outlook inaugurated by the IACtHR in the aforementioned case of the "*Street Children*" (merits, 1999).

23. As it originally propounded in the paradigmatic case of the "*Street Children*" (*Villagrán Morales and Others versus Guatemala*, 1999-2001).

24. For a study, cf. A.A. Cançado Trindade, "*Universitas* and *Humanitas*: A Plea for Greater Awareness of Current Challenges", *in International Journal for Education Law and Policy* – Brussels/Antwerp (2013 – Special Issue: Dignity in Education [Proceedings of the II World Conference on the Right to Education]), pp. 7-16.

25. Cf. also, in the same sense, my Separate Opinion in the case of *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium *versus* Senegal, merits, Judgment of 20.07.2012), and my Separate Opinion in the case of *A.S. Diallo* (Guinea *versus* D.R. Congo, merits, Judgment of 30.11.2010).

26. Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 1ª. ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409; 2nd. rev. ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2015, pp. 3-782; A.A. Cançado Trindade, *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*, México, Edit. Porrúa/IMDPC, 2013, 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.

27. Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*, Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2010, pp. 1-726; A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368.

28. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens – L´accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368.

29. A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 196-198, and cf., pp. 132-191.

30. A.A. Cançado Trindade, "Foundations of International Law: The Role and Importance of Its Basic Principles", *in XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* – OAS (2003), pp. 359-415.

31. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind – Towards a New Jus Gentium*, 2nd. rev. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff, 2013, pp. 1-726.

32. Brief address pronounced by the Author to the 27,000 students of the Kalinga Institute of Social Sciences (Kiss), in Bhubaneswar, Odisha, India, on 26 November 2017.

A EXECUÇÃO PENAL À LUZ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: REVISITANDO CASOS EMBLEMÁTICOS

César Barros Leal
Doutor em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México; Pós-doutor em Estudos Latino-americanos (Faculdade de Ciências Políticas e Sociais da UNAM); Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Pós-doutorando em Direitos Humanos na Universidade de Salamanca; Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC); Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

RESUMO

O texto refere diversas prisões localizadas no Brasil, na Argentina e na Venezuela, que foram objeto de medidas provisórias emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em San José, na Costa Rica. São casos emblemáticos, a exemplo da Penitenciária José Maria Alves, conhecida como *Urso Branco* (no estado de Rondônia) e das Penitenciárias de Mendoza (na Argentina), que retratam as condições deploráveis da maioria das prisões na América Latina e que exigiram/exigem a intervenção do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, por sua extrema gravidade e urgência e com vistas a evitar prejuízos irreparáveis às pessoas. O autor esclarece que a Corte pode determinar medidas provisórias mesmo que o caso ainda não lhe tenha sido submetido, sendo necessário, entretanto, que o procedimento seja intermediado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com sede em Washington.

Palavras chave

América Latina; prisões; sistema interamericano de direitos humanos; medidas provisórias.

ABSTRACT

The text refers to several prisons located in Brazil, Argentina and Venezuela, which were subject of provisional measures issued by the Inter-American Court of Human Rights in San José, Costa Rica. They are emblematic cases, such as the José Maria Alves Penitentiary, known as White Bear (in the Brazilian state of Rondônia) and the penitentiaries in Mendoza (Argentina), which portray the deplorable conditions of most prisons in Latin America and which demanded/demand intervention of the inter-American system for the protection of human rights, on account of their extreme gravity and urgency and in order to avoid irreparable damages to people. The author clarifies that the Court may order provisional measures even though the case has not yet been submitted to it, but asserts that the procedure must be intermediated by the Inter-American Commission on Human Rights, based in Washington.

Keywords

Latin America; prisons; inter-american system of human rights; provisional measures.

1. INTRODUÇÃO

O que lhes trago, neste artigo (redigido a partir de anotações feitas para a exposição, sob o mesmo título, ministrada no *Seminário Internacional XI Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional,* promovido pelo Diálogo ACI Unifor, em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Porto, em Porto, no dia 7 de novembro de 2017), deita raízes em minha experiência como membro da Comissão Especial (de Acompanhamento) do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, encarregada de elaborar relatórios que subsidiavam a União (sobre a qual recai a responsabilidade pelo cumprimento da Convenção, ainda que a violação tenha sido perpetrada por um Estado-membro, consoante seu artigo 28), em seu informe periódico à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual estabelecera, a pedido da Comissão

Interamericana de Direitos Humanos, Medidas Provisórias no Caso Urso Branco, em 2002.

O que significa Urso Branco? Respondo em seguida: era assim que se conhecia a Casa de Detenção José Maria Alves, em Porto Velho, capital do estado de Rondônia, denunciada ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelo Centro de Justiça Global e pela Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho, por violações reiteradas aos direitos humanos de sua população cativa e pelo massacre de 27 presos em janeiro de 2002. Eram, então, mais de 1.000 homens, imersos numa execrável ociosidade e amontoados em celas interconectadas, sem cadeados.

Em nossas visitas a cada dois meses ao Urso Branco, em cujo interior as reuniões tinham lugar, com a presença de representantes da União (Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Secretaria Especial de Direitos Humanos, Advocacia-Geral da União e Ministério das Relações Exteriores), de instituições estaduais (Poder Executivo, Poder Judiciário e Ministério Público de Rondônia) e da sociedade civil (Seccional de Rondônia da Ordem dos Advogados do Brasil, Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho e Centro de Justiça Global), pudemos comprovar (enquanto monitorávamos, coordenávamos e supervisionávamos o cumprimento das medidas provisórias) que aquela unidade era o retrato fiel das mazelas do sistema carcerário em nosso território, simbolizando o enorme descaso com que sempre se encarou esta questão não só no Brasil, mas em quase toda a América Latina.

A par dos níveis de superpovoamento, das deficiências da estrutura física e das condições lastimosas de cumprimento diuturno da pena, a omissão do estado também se percebia na insuficiência numérica (em desrespeito aos parâmetros definidos pelas Nações Unidas) e na má qualificação dos agentes prisionais, contaminados em boa parte pela desumanidade, pela violência (em seu paroxismo e múltiplas faces) e pela corrupção generalizada.

Os motins se multiplicavam e cerca de cem detentos foram assassinados em dois anos; a imagem da cabeça de um deles sendo usada como bola de futebol foi estampada em muitos jornais do mundo. Noutra ponta desse teatro de horrores e iniquidades, surpreendeu-me que num *locus* onde quase nenhuma atividade laboral se exercia (o artesanato só era viável quando a família fornecia o material), centenas de presidiários desfrutavam do direito à remissão pelo trabalho.

2. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Impõe-se, para melhor compreensão do tema abordado, um rápido olhar sobre o sistema interamericano de proteção de direitos humanos, composto, de acordo com o art. 33 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de dois órgãos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (com sede em Washington) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (com sede em San José, Costa Rica), ambos regidos também por regulamentos internos, que foram modificados e estão vigentes desde outubro de 2006 (Comissão) e janeiro de 2009 (Corte).

2.1. Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão é um órgão da Organização dos Estados Americanos, criado em 1959 e integrado por sete membros, expertos de reconhecida autoridade moral, versados em direitos humanos e eleitos pela Assembleia Geral da OEA a partir de um elenco de candidatos propostos pelos governos dos Estados membros. Os comissionados, que não são representantes dos Estados nem dos governos, têm um mandato de quatro

No sistema de petições do SIPDH, impende à Comissão Interamericana de Direitos Humanos processar as demandas e optar pelo envio ou não do caso à Corte. É este o modelo de acesso indireto das supostas vítimas ao tribunal regional.

O objetivo da Comissão é promover a observância e defesa dos direitos humanos, servindo como órgão de consulta. Ela tem competência sobre todos os membros da OEA, não importa que tenham ou não ratificado a Convenção. Um requisito básico que se exige para a admissibilidade das denúncias que lhe são encaminhadas é o esgotamento dos recursos internos, exceto quando se verifique demora injustificada ou ineficácia desses recursos.

Alberto Santos Silva nos dá conta dos procedimentos que se adotam após a admissibilidade:

> A Comissão tem uma função preventiva e conciliatória, com procedimentos disciplinados do art. 49 a 51 da Convenção, o que acaba por constituir uma etapa de acesso à Jurisdição da Corte Interamericana, dada a condição estabelecida para esta, que deve somente analisar o caso na hipótese de ter sido previamente submetido à Comissão. Deste modo, na fase Conciliatória haverá um sistema de produção de relatórios pela Comissão, em caso de conciliação; em caso de insucesso, a Comissão redigirá um relatório, que poderá conter proposições e recomendações aos Estados interessados, os quais poderão se adequar a ele, sob pena do assunto ser submetido à Corte Interamericana, caso o Estado interessado tenha aceitado a jurisdição da Corte, nos termos do art. 51 da Convenção, o qual confere três meses ao Estado interessado para que tome providências cabíveis, caso não tenham sido atendidas as recomendações, a Comissão confere novo prazo ao Estado para tanto e, ao final, decidirá a Comissão, por maioria absoluta de voto de seus membros, se as medidas foram devidamente implementadas pelo Estado. [1]

Está expresso, em sua página *web*, que a Comissão temas seguintes atribuições (veja-se igualmente o art. 41 do Pacto de San José da Costa Rica):

a) receber, analisar e investigar petições individuais que alegam violações dos direitos humanos, segundo o disposto nos artigos 44 a 51 da Convenção;

b) observar o cumprimento geral dos direitos humanos nos Estados membros e, quando o considere conveniente, publicar as informações especiais sobre a situação em um estado específico;

c) realizar visitas *in loco* aos países para aprofundar a observação geral da situação, e/ou para investigar uma situação particular. Geralmente, essas visitas resultam na preparação de um relatório respectivo, que é publicado e enviado à Assembleia Geral.

d) estimular a consciência dos direitos humanos nos países da America. Além disso, realizar e publicar estudos sobre temas específicos como, por exemplo: medidas para assegurar maior independência do poder judiciário; atividades de grupos armados irregulares; a situação dos direitos humanos dos menores, das mulheres e dos povos indígenas.

e) realizar e participar de conferências e reuniões com diversos tipos de representantes de governo, universitários, organizações não governamentais, etc., para difundir e analisar temas relacionados com o sistema interamericano de direitos humanos.

f) fazer recomendações aos Estados membros da OEA acerca da adoção de medidas para contribuir com a promoção e garantia dos direitos humanos.

g) requerer aos Estados membros que adotem "medidas cautelares" específicas para evitar danos graves e irreparáveis aos direitos humanos em casos urgentes. Pode também solicitar que a Corte Interamericana requeira "medidas provisionais" dos Governos em casos urgentes de grave perigo às pessoas, mesmo quando o caso não tenha sido submetido à Corte.

h) remeter os casos à jurisdição da Corte Interamericana e atuar frente à Corte em determinados litígios.

i) solicitar "Opiniões Consultivas" à Corte Interamericana sobre aspectos de interpretação da Convenção Americana.

2.2. Corte Interamericana de Direitos Humanos

Trata-se de órgão jurisdicional autônomo do sistema interamericano de proteção, criado em 1969 e integrado por sete juízes naturais de Estados membros da OEA, eleitos a título pessoal entre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida autoridade em matéria de direitos humanos, que preencham as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais de conformidade com a lei do país do qual sejam nacionais ou do Estado que proponha seus nomes como candidatos, sendo o mandato de seis anos, prorrogável por uma única vez, não podendo, por força do art. 52 da Convenção, haver dois juízes da mesma nacionalidade.

A competência da Corte pode ser consultiva ou contenciosa:

a) competência consultiva (de interpretação das disposições da Convenção Americana e de tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos).

A pedido de um Estado membro da Organização das Nações Unidas (que não seja necessariamente Parte na Convenção, uma vez

que esta se estende a todos os Estados membros da OEA), a Corte *poderá emitir opiniões sobre a compatibilidade entre qualquer uma de suas leis internas e os instrumentos internacionais.*

Ao longo de sua história, a Corte emitiu numerosas opiniões consultivas, as quais são uma fonte jurisprudencial importantíssima para a evolução do direito internacional dos direitos humanos, bem como de seus mecanismos de proteção no continente americano. E é certo que a própria Corte tem recorrido a seus pareceres consultivos a fim de decidir casos contenciosos.

b) competência contenciosa (de natureza jurisdicional, concernente à solução de controvérsias acerca da interpretação ou aplicação da Convenção; o Brasil reconheceu essa competência em 10 de dezembro de 1988).

A função contenciosa da Corte se traduz no conhecimento de casos a ela levados em geral pela Comissão. Ex vi do artigo 62 da CADH, esta competência só pode ser exercida se o Estado tiver reconhecido a jurisdição do tribunal como obrigatória em todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção. A Corte determina, pela via contenciosa, naqueles casos submetidos à sua jurisdição, se um Estado incorreu ou não em responsabilidade internacional pela violação de direito reconhecido na Convenção Americana ou em outros tratados de direitos humanos que possam aplicar-se ao sistema interamericano. Se assim for, disporá as medidas necessárias para reparar as consequências resultantes da violação de direitos.

O certo é que particulares não podem acionar de modo direto o tribunal, uma vez que dependem integralmente da convicção jurídica da Comissão a respeito do caso. Nesse sentido, inicialmente, leva-se o caso à CIDH, à qual cumpre processá-lo em duas etapas, a saber: admissibilidade e mérito.

Sendo o caso admitido, abre-se prazo para que as partes se pronunciem em contraditório quanto ao mérito e ao interesse numa solução amistosa da demanda. Frustrando-se a tentativa de solução amistosa, a CIDH deliberará votar quanto ao mérito e emitirá um relatório preliminar – que não se publica – com as recomendações que julgue pertinentes, e isso se transmitirá ao Estado demandado.

Na hipótese de o Estado aceitar a jurisdição obrigatória da Corte e a CIDH considerar que o Estado não cumpriu com as recomendações contidas no relatório preliminar de mérito, o caso poderá ser encaminhado à Corte.

Confirmada uma violação da Convenção, poderá a Corte determinar a adoção de medidas necessárias à restauração do direito violado e condenar o Estado a pagar uma justa compensação às vítimas. A decisão tem força vinculante e obrigatória, cabendo ao Estado dar-lhe cumprimento de imediato; se for fixada uma compensação à vítima, esta terá valor de título executivo.

Estado-parte na Convenção Americana, o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte. Os estados Unidos, por sua vez, não ratificaram a Convenção, mas reconhecem a Comissão.

Agregue-se quanto às vítimas, que essas e seus representantes, por força das reformas regulamentares mais recentes, sejam da Corte, sejam da Comissão Interamericana, têm adquirido um protagonismo cada vez maior, em consonância com o desenvolvimento do sistema europeu de direitos humanos (SEPDH). Afinal tem-se defendido que, no plano nacional e internacional, o reconhecimento de direito deve-se fazer acompanhar da capacidade processual de reivindica-los e por igual de exercê-los.

3. A CORTE E O SISTEMA PENITENCIÁRIO

No decorrer dos anos, a Corte examinou uma pletora de processos atinentes a prisões latino-americanas e a seus habitantes. Mediante sua jurisprudência se torna possível conhecer casos individuais e situações gerais que confirmam o cumprimento irregular da execução penal na região.

A interpretação das normas de direitos humanos, na esfera penitenciária, comparece, ademais, em algumas de suas sentenças e em sua função consultiva e na emissão de medidas provisórias.

Em vários casos contenciosos, a Corte menciona, tal como referimos alhures:

a) a obrigação dos Estados de oferecer segurança e tranquilidade nos centros penitenciários onde centenas de pessoas estão sob sua responsabilidade (a discussão gira sobre o equilíbrio que se há de conservar entre as medidas impostas e o respeito e a salvaguarda dos direitos fundamentais);

b) a proibição, o repúdio aos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, assim como à tortura (que se distingue dos primeiros pela gravidade do dano e pela intensidade da dor);

c) a obrigação dos Estados de investigar de ofício as denúncias de tortura nos cárceres;

d) a garantia de um tratamento compatível com a dignidade pessoal e de uma vida minimamente decorosa das pessoas reclusas em ambientes adversos, onde muitas vezes prevalece o descontrole e o autogoverno;

e) as condições sanitárias e a assistência à saúde das pessoas privadas de liberdade, associadas ao direito a um tratamento médico adequado, a revistas periódicas e à escolha, eventualmente, de médicos ou assistentes paramédicos;

f) a incomunicação e o isolamento prolongado de presos, registrando a Corte sua excepcionalidade (porque podem causar danos morais e psíquicos e favorecem a prática de atos atentatórios à integridade física e mental como arbitrariedades, agressões e torturas); isso se dá, por exemplo, para garantir a segurança do próprio preso ou de outras pessoas recluídas e proteger os visitantes de doenças contagiosas;

g) a hiperpopulação, o amontoamento carcerário, a ausência de individualização científica da pena e de separação de condenados e provisórios, a violência (também entre os apenados) e o ingresso de armas e drogas.

Em seu voto no Caso Tibi (Equador), Sentença de 7 de setembro de 2004 (Corte Interamericana de Direitos Humanos), aduz o juiz Sergio García Ramírez, que também foi Procurador-Geral da República Mexicana:

> Em várias resoluções da Corte Interamericana – tanto medidas provisórias quanto sentenças de fundo e reparações – pôs-se de manifesto o estado real dos cárceres, os maus-tratos absolutos contra os reclusos, a irracionalidade dos castigos que se infligem muros adentro, a falta de preparação e sevícia dos custódios, a impunidade dos culpados. Isto se prova. Expedem-se as condenações. E nada ocorre, ou ocorre muito pouco. Esta situação não somente vem de encontro aos compromissos contraídos pela subscrição dos instrumentos internacionais correspondentes e às obrigações de suprimir obstáculos e adotar medidas de Direito interno – normativas, sim, porém também práticas e efetivas em consonância com aquelas –, nos termos dos artigos 1º.1 e 2º da Convenção Americana, senão constitui, ademais, uma fonte de problemas muito graves. As prisões constituem, como se disse, 'bombas de tempo' que podem explodir a qualquer momento. Essas explosões são cada vez mais frequentes ou mais visíveis.[2]

4. MEDIDAS PROVISÓRIAS E CASOS EMBLEMÁTICOS NO ÂMBITO PENITENCIÁRIO

Consoante a Convenção, em casos de extrema gravidade e urgência, e quando seja necessário evitar prejuízos irreparáveis às pessoas, a Corte poderá, *ex officio* ou a instâncias de qualquer das partes, ordenar medidas provisórias que entenda pertinentes.

Tenha-se em conta o essencial: são três as condições, que devem coexistir para adoção de medidas provisórias: extrema gravidade (nível mais intenso ou elevado); urgência (iminente o risco ou ameaça); que se trate de evitar danos insanáveis às pessoas (o que significa dizer: não se cogita de bens ou interesses que eventualmente possam ser reparados).

Diego García-Sayán (ex-Ministro da Justiça no Peru e Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2004 a 2015, tendo sido seu Presidente de 2010 a 2013), em seu Voto Concordante à Resolução de 22 de novembro de 2004, Corte IDH, no caso das Penitenciárias de Mendoza, explica detidamente essas três condições:

> A *"extrema gravidade"* é uma qualificação que se refere, obviamente, não só à gravidade da ameaça senão ao caráter extremo da mesma. Não pode ser, pois, qualquer perigo senão que este tem que ser grave e extremo e a ele não se pode fazer frente com as ferramentas normais que proporciona o aparato do Estado. A condição particular de um centro penitenciário o faz proclive, como resulta óbvio, não às características normais de qualidade de vida às quais podem e devem aspirar as pessoas que não se encontram privadas de liberdade, senão a uma situação na qual uma de suas peculiaridades básicas é a privação de direitos, especialmente os da liberdade pessoal, a liberdade de circulação e restrições à liberdade de comunicação.

> Nesse contexto de privação de alguns direitos, vigem, por certo, outros que a população penitenciária deve conservar e que o Estado está obrigado a garantir. A gravidade da ameaça aos mesmos e seu caráter *"grave"* se deve avaliar em cada caso em função do contexto específico, mas resulta evidente que se direitos fundamentais como a vida e a integridade física se encontram sujeitos a esse tipo de ameaça estamos, em princípio, ante um contexto que merece considerar medidas provisórias.
>
> A *"urgência"* dá um caráter especialmente imperioso à tal extrema gravidade, aludindo a situações especiais e excepcionais que requerem e merecem uma ação e resposta imediatas orientadas a conjurar a ameaça. Por certo não teria que se tratar, necessariamente, de ameaças ou citações *"novas"* senão de circunstâncias que por sua própria natureza supõem um risco iminente, para o qual se tem que partir de um conjunto de fatos de contexto e de precedentes que permitam chegar a esta conclusão. Deriva do caráter "urgente" da ameaça a natureza da resposta para remediá-la. Isto deve supor, antes de tudo, um caráter imediato da mesma e, em princípio, temporário para fazer frente a tal situação de urgência já que uma falta de resposta implicaria *per se* um perigo.
>
> O propósito de *"evitar danos irreparáveis"* costuma ter relação com a natureza e conteúdo dos direitos ameaçados. Como é evidente, flui naturalmente o caráter irreparável de uma ameaça extremamente grave e urgente a direitos como os da vida ou a integridade física. Pode ser eventualmente urgente, por certo, conjurar ameaças a outro tipo de direitos ameaçados com *"extrema gravidade"*. Deve contemplar-se e analisar-se em cada caso se o eventual dano pode ter o caráter irremediável ao qual se refere o conceito *"irreparável"* mencionado no artigo 63.2 já que ante qualquer direito ameaçado ou afetado não necessariamente se está ante tal situação…

É de sabença notória que tais medidas, por não prejulgarem a responsabilidade estatal pelos fatos informados, têm, no marco do direito internacional dos direitos humanos, natureza cautelar (uma vez que preservam uma situação jurídica) e tutelar (porquanto amparam direitos humanos com vistas a evitar, como vimos, que as pessoas sofram danos irremediáveis, representando, assim, uma garantia jurisdicional de cunho preventivo).

A verdade é que a Corte pode determinar medidas provisórias mesmo que o caso ainda não lhe haja sido submetido, sendo imperioso, porém, que o procedimento seja intermediado pela Comissão.

A duração das medidas pode, aliás, ser prorrogada enquanto perdurarem as circunstâncias que lhe deram ensejo. Por outra parte, são adotadas sem prejuízo de decisões ulteriores relativamente ao mérito desses casos.

Ex-membro da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no período 2004-2007, tendo sido seu Relator para as Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, o salvadorenho Florentín Meléndez Padilla afirmou há anos, em palestra proferida no Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM:

> …os temas relacionados com as condições carcerárias e os direitos das pessoas privadas de liberdade têm sido desenvolvidos pela Corte Interamericana nas medidas provisórias que adotou para proteger especialmente as pessoas privadas de liberdade em situações de alto nível de amontoamento e violência carcerária.
>
> Cabe mencionar, a modo de exemplo, as medidas provisórias decretadas a respeito dos cárceres de Urso Branco; Mendoza (Argentina); o centro de menores privados de liberdade, Tataupé, em São Paulo; e a Pica (Venezuela). Estes são alguns dos exemplos de medidas provisórias que a Corte decretou conforme a Convenção Americana e seu próprio regulamento, medidas que não necessariamente se referem a casos individuais senão a condições coletivas de detenção, amontoamento, não separação de categorias, execuções coletivas entre internos, denúncias de prática de tortura, ingresso de armas nas prisões e violência indiscriminada.[3]

Aos exemplos citados acima – de centros penais objeto de medidas provisórias –, agregamos outros, com uma síntese dos fatos que fundamentaram, em cada qual, sua solicitação, com a finalidade de proteger eficazmente a vida e a integridade (física, psíquica e moral) dos reclusos e, ao mesmo tempo, investigar os fatos ensejadores das denúncias e a imposição das respectivas sanções. Vejamos, numa síntese apertada:

4.1. Urso Branco

Construída no final dos anos 90, a Penitenciária José Maria Alves, o *Urso Branco*, era a maior da região norte. No início, albergava unicamente aqueles à espera de julgamento, mas depois passou a acolher também sentenciados.

Muitos, nomeadamente aqueles mantidos em celas especiais, o *seguro* (diferentemente de outros, privilegiados, os *celas livres*, que desfrutavam de liberdade de movimento), eram ameaçados por grupos rivais, o que resultou nos óbitos sucedidos de janeiro a junho de 2002.

Espancamentos, choques elétricos, torturas, mortes: um rol de atrocidades se associava a problemas de toda ordem, que faziam do Urso Branco um dos exemplos mais expressivos da banda podre do sistema penitenciário nacional.

Assinale-se que o Urso Branco inaugurou a aplicação de medidas provisórias pela Corte em prisões de nosso país.

4.2. Penitenciárias de Mendoza, na Argentina

Eram três os reclusórios: a Penitenciária Provincial (localizada na rua Boulogne Sur Mer, conhecida como Casa de Pedra, donde a afirmação que "o inferno tem muros de pedra"), para provisórios e condenados; o Cárcere de San Rafael, também para os que esperavam julgamento ou haviam sido condenados definitivamente; e a colônia penal Gustavo André, de Lavalle, para sentenciados na última fase de cumprimento da pena.

Nos idos de 2004, sem separação de internos por categorias, sem oferta de trabalho e com sérios problemas ocasionados pelo número elevado de detentos, ditos centros, com forte presença de gangues, foram cenário de atos de extrema violência, de pura barbárie, em que presos eram eviscerados, castrados e depois esquartejados. Constam relatos de agentes que ingressavam no cárcere encapuzados, em companhia de cachorros.

As condições de saúde e asseio eram precaríssimas. Inexistia acesso aos banheiros e as necessidades fisiológicas eram satisfeitas com o depósito de excrementos e de urina em bolsas de nylon ou em garrafas de plástico, retiradas somente uma vez por dia; o lixo de um modo geral se acumulava e por isso se dizia que o "mau cheiro era sólido como a violência". A Corte Suprema de Justiça de Mendoza qualificou as prisões como "chiqueiros humanos".

4.3. Centro Penitenciário Região Capital El Rodeo I e El Rodeo II, na Venezuela

O Cárcere de Rodeo, no Município Zamora, Paróquia Guatire, Estado Miranda, foi erigido em duas etapas: Rodeo I (inaugurada em 1983) e Rodeo II (em 1996). Dominado, em 2006 e particularmente em 2007, por quadrilhas (Bairro Chinês e a Corte Negra), nele eram constantes os incidentes de violência, os amotinamentos, com o registro de feridos e mortos.

O pessoal de vigilância, despreparado e numericamente insuficiente (na época 20 custódios eram responsáveis pela vigilância de mais de 2.000 presos), não tinha acesso a todas as dependências; era comum pedir o apoio da Guarda Nacional. Apesar disso, era acusado de cumplicidade no ingresso e tráfico de armas de fogo.

Agravando as irregularidades, a área administrativa era controlada por reclusos, um fenômeno que não era restrito ao Cárcere de Rodeo.

4.4. Internato Judicial de Monaguas (Pica), na Venezuela

Situado na cidade de Maturin, superlotado (cada cela coletiva acolhendo cerca de quinze homens) e abrigando reclusos sob julgamento e condenados, nele se registraram, em 2005, mais de 10% das mortes violentas ocorridas nos calabouços venezuelanos.

Conflito entre grupos de presos, greves de fome (em protesto pela falta de segurança e pelas condições infra-humanas de detenção), alegações de tortura, lesões e homicídios se somavam ao domínio do internato por parte de líderes de quadrilhas.

Além da presença de drogas e de armas em poder dos internos, e o sistema deficiente de vigilância, ficou confirmado o conluio de funcionários nas situações recorrentes de violência.

4.5. Centro Penitenciário Região Capital Yare I e Yare II, na Venezuela

O Cárcere de Yare, dividido em duas seções (Yare I e Yare II) se situa no município Simón Bolívar, no Estado Miranda. Nos anos de 2005 e 2006, assistiu a um sem-número de motins, greves de fome, afora enforcamentos e decapitações. Pesava sobre funcionários a acusação de maus tratos e castigos físicos contra os detidos, além de envolvimento no tráfico de armas *indoors*.

As revistas periódicas confirmavam a existência de armas brancas e de fogo, munições, granadas, psicotrópicos e substâncias estupefacientes. A atenção médica precária era objeto de reclamações constantes.

Tudo isso era agravado pela falta de separação entre processados e sentenciados, controle de pavilhões por presidiários, e outras mazelas que configuravam condições inaceitáveis, sendo declarada então uma *emergência carcerária*.

4.6. Centro Penitenciário da Região Centro Ocidental (Cárcere de Uribana), na Venezuela

Localiza-se em Barquisimeto, Estado Lara. Superlotado, distribuído em áreas de mínima, média e máxima segurança, ali conviviam processados e condenados, havendo uma separação inadequada entre homens e mulheres. Era um universo de violência contínua, com emprego de toda espécie de armas.

Nos anos de 2006 e 2007, a insegurança imperante era agravada pelo diminuto número e pela falta de capacitação dos custódios, aos quais se imputava o uso exorbitante da força, de maus tratos.

Amiudavam-se as rebeliões e as greves de fome (contra as péssimas condições do aprisionamento, a aglomeração, os maus tratos e a demora nos processos). Na época, visitantes chegaram a ser tomados como reféns e 500 familiares se auto-sequestraram intramuros em solidariedade às reivindicações dos presos.

4.6. Penitenciária "Dr. Sebastião Martins Silveira", em Araraquara, em São Paulo

Araraquara, no Estado de São Paulo, albergava em 2006 um número de aprisionados superior à sua capacidade de ocupação. Eram frequentes os motins; depois de um deles, 1600 detidos foram postos no pátio aberto de outra seção do Centro de Detenção Provisória da mesma penitenciária, permanecendo isolados (as portas haviam sido soldadas), sem seus pertences, sem roupas apropriadas, colchões e cobertores (por vezes sob temperaturas muito baixas), produtos de higiene, remédios e até mesmo eletricidade.

Desprovidos de comunicação com o mundo exterior, sequer podiam ter contato com seus familiares. Dormiam no cimento do pátio e, pelo fato de inexistir espaço para que todos pudessem deitar-se, alguns dormiam sentados ou de pé. Alimentação lhes era jogada por cima dos muros da prisão, em dois momentos diferentes no curso do dia. A mistura era total: havia tuberculosos, aidéticos, deficientes físicos em cadeira de roda, doentes de hepatite etc, sem qualquer separação entre jovens e adultos, processados e sentenciados, e sem assistência médica. Foi noticiado que um helicóptero teria sobrevoado o pátio e feito disparos que feriram alguns presos.

Na data da apresentação do pedido das medidas provisórias, eram 1330 encarcerados, distribuídos em duas seções, capazes de acolher apenas 360.

4.7. Complexo Penitenciário de Pedrinhas, no Maranhão

O Complexo Penitenciário de Pedrinhas está em São Luis, capital do Estado do Maranhão. A Comissão, segundo consta na Resolução da Corte de 14 de novembro de 2014, adotou medidas cautelares sobre este tema aos 16 de dezembro de 2013, depois de receber informação sobre morte violentas e dezenas de lesionados, em virtude de insurreições e conflitos entre facções criminosas rivais.

As informações colacionadas incluíam, além de lesões e trucidamentos: agressões e tortura contra os confinados por parte dos servidores encarregados da segurança; espancamento durante revistas; uso de balas de borracha e bombas de gás lacrimogêneo contra os detentos, afora projéteis de armas de fogo com impacto letal; falta de atendimento médico, inclusive para feridos por disparos, portadores de tuberculose, HIV/AIDS e lepra; escassez de alimentos, falta de água potável e material de higiene. Este quadro se exacerbava com o excedente de presidiários do complexo, que

visitei como membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

4.8. Complexo Penitenciário de Curado, em Pernambuco

Este complexo (antigo Presídio Aníbal Bruno, onde estive mais de uma vez, em visitas de inspeção ou participando de audiência pública), edificado na zona oeste de Recife, capital de Pernambuco, é formado por três unidades: Marcelo Francisco, Frei Damião de Bozano e Juiz Antônio Luiz Lins de Barros. Sem margem a dúvidas é um dos piores complexos do Brasil.

Em 2014, ano da denúncia, o registro era de superpovoamento, condições degradantes, ausência de tratamento médico, rebeliões, assassinatos, castigos físicos extremos, torturas, agressões físicas entre internos, violência sexual contra eles, posse de armas de fogo, presença de "chaveiros" (os que possuem as chaves das celas e exercem funções de controle e vigilância) e até um plano (frustrado) de atentado contra a vida e a integridade física de uma representante.

A população continuou (e continua) a crescer, ocasionando déficits preocupantes, mercê de uma política de encarceramento massivo, e a violência persistiu na vigência das medidas provisórias, uma constatação aplicável aos demais centros mencionados, sujeitos (que foram ou estão) ao acompanhamento da Corte.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se que o fundamento das medidas provisórias foi quase sempre o mesmo: denúncia de excesso populacional, ausência de separação, reduzida ou nenhuma oferta de trabalho, mortes violentas, motins, maus tratos, torturas, utilização de armas, precariedade das instalações. E muito mais. Foi dito que essas medidas não tratavam, a não ser excepcionalmente, de casos individuais, mas sim de condições gerais, tendo sido fixadas pela Corte ante o que se considerou situações inaceitáveis (que produziram e agravaram tensões), o que se procedeu em conformidade com a Convenção Americana e seu regulamento.

Nesses casos emblemáticos, a maioria da Venezuela, cobrou-se o ajustamento dos presídios às normas internacionais de proteção dos direitos humanos, solicitando-se, via de regra, medidas para diminuir a massa recluída (o fantasma da lotação em demasia), oferecer-lhes trabalho e serviços de saúde, afiançar a segurança dos presos e, se preciso for, proceder à retirada de armas e coibir o ingresso e a fabricação de novas armas, sem esquecer de investigar os fatos denunciados visando a punir os responsáveis e evitar que ditos fatos se repitam.

Dando sequência a seu comentário anterior sobre as medidas provisórias, aduziu Florentín Meléndez Padilla:

> A Corte tem realizado audiências públicas sobre as medidas provisórias relacionadas com as condições carcerárias, nas quais se analisou o avanço de cumprimento de tais medidas e se ampliaram as mesmas com um catálogo de medidas específicas para prevenir e superar especialmente a situação de violência carcerária, a fim de garantir a vida e a integridade física dos internos.
>
> Como exemplo das medidas específicas decretadas em relação a centros penitenciários com alto nível de violência, podem ser citadas: medidas relacionadas com a separação de categorias; medidas para evitar o ingresso de armas; a revisão do regime disciplinar; medidas progressivas para melhorar as condições carcerárias e a prestação de serviços básicos de subsistência; medidas relacionadas com o pessoal penitenciário; ativação do sistema judicial a fim de desbloquear o amontoamento e a superpopulação das prisões com medidas substitutivas da prisão; aplicação restritiva, necessária e razoável da prisão preventiva; aplicação oportuna de benefícios e direitos, como a liberdade condicional ou a remição condicional da pena; estabelecimento de Comissões de investigação *ad hoc* das mortes violentas sucedidas no interior das prisões; e de Comissões de Acompanhamento das medidas provisórias.[4]

Todos os casos aqui revisitados (Urso Branco, Mendoza, Cárceles del Rodeo, Internato Judicial de Monagas [Pica], Centro Penitenciário Região Capital Yare I e Yare I, Centro Penitenciário da Região Centro Ocidental [Cárcere de Uribana], Penitenciária "Dr. Sebastião Martins Silveira" (Araraquara), Complexo Penitenciário de Pedrinhas e Complexo Penitenciário de Curado, mostram e realçam, enfim, a intervenção da Corte com o objetivo de propiciar um mínimo de dignidade aos habitantes desses lugares insalubres, saturados, onde os celulares e a droga se usam escancaradamente, onde se criminaliza

a pobreza, onde a decência é uma palavra vazia de conteúdo e uma violência inominada predomina (e que cresce, nos dias atuais, com a consolidação gradual das facções – nacionais e locais – como o Primeiro Comando da Capital – PCC, o Comando Vermelho, a Família do Norte, o Sindicato do Crime do RN, a Amigos dos Amigos, a Okaida, o Bonde dos 40, entre outras, que se confrontam a toda hora, em permanente disputa interna), a isso se somando cuidados mínimos de saúde e higiene, com a consequente proliferação de epidemias e o contágio de doenças de toda ordem.

Procurou-se – além de corrigir distorções e sancionar os responsáveis pelos fatos denunciados – promover avanços institucionais, incentivando boas práticas e oferecendo novas perspectivas na atenção aos encarcerados.

Aos leitores convido a se debruçarem sobre o percurso que tomaram as medidas da Corte (sua prorrogação, embora possa contribuir para avivar o compromisso dos estados perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, descaracteriza a provisoriedade e debilita, por outro lado, o próprio instituto, pela incapacidade, amiúde confirmada, de causar mudanças no nível que se espera), de modo particular os mais recentes. Quanto ao Urso Branco: foram dez medidas provisórias emitidas de 18 de junho de 2002 a 25 de agosto de 2001, quando se deu o caso por encerrado pela Corte. A esse propósito, sugiro a leitura dos autos "Assuntos da Unidade de Internação Socioeducativa, do Complexo Penitenciário de Curado, do Complexo Penitenciário de Pedrinhas e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho", o que se convencionou chamar de "supercaso", em que a Corte, em 2017, de forma inédita e por alegadas razões de economia processual, reuniu quatro casos (correspondentes aos estados do Espírito Santo, Pernambuco, Maranhão e Rio de Janeiro, respectivamente) que já eram objeto de medidas provisórias e assinalou que o problema era estrutural e transcendia aqueles recintos, sendo de abrangência nacional. Neste contexto, formulou 52 questionamentos que deveriam ser respondidos pelo governo brasileiro sobre os problemas mais severos desta área (superlotação, insegurança/violência, insalubridade), ao mesmo tempo em que determinou 11 medidas concretas para superá-los. Eventual inação dos governos pode gerar multas e outras sanções.

A análise desses casos nos levou, de mais a mais, à tese do Estado de Coisas Inconstitucional, aplicada nas decisões da Corte Constitucional da Colômbia[5] e que foi recepcionada pela primeira vez pelo Supremo Tribunal Federal, tal como nos fez ver Bleine Caúla Queiroz em sua tese de doutorado, defendida em novembro de 2017, na Universidade Rovira i Virgili, em Tarragona, Espanha), ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF, deferindo parcialmente o requerimento de medidas cautelares na citada ADPF, proposta em virtude de graves e rotineiras violações de direitos fundamentais nas prisões brasileiras.

Leia-se o que escreveu a ilustre professora:

> Um dos mecanismos jurídicos que pode corrigir o retrocesso e uma equivocada interpretação da reserva do possível contrários à prevenção das políticas públicas ambientais é o Estado de Coisas Inconstitucional – ECI576, aplicado nas decisões da Corte Constitucional Colombiana – CCC, cuja finalidade, segundo Dirley da Cunha Jr. (2015), é "a construção de 'soluções estruturais' voltadas à superação desse lamentável quadro de violação massiva de direitos das populações vulneráveis em face das omissões do poder público". Dirley da Cunha Júnior, ao se pronunciar sobre a aplicação do ECI no direito brasileiro, afirma: "o Supremo Tribunal Federal, ao deferir parcialmente o pedido de medidas cautelares formulado na ADPF nº 347/DF, proposta em face da crise do sistema carcerário brasileiro, reconheceu expressamente a existência do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, ante as graves, generalizadas e sistemáticas violações de direitos fundamentais da população carcerária". No deferimento da liminar, o STF proibiu o Poder Executivo de contingenciar os valores disponíveis no Fundo Penitenciário Nacional e determinou que sejam realizadas as audiências de custódia num prazo de até 24h do momento da prisão. A ADPF nº 347/DF ainda terá julgamento final.
>
> O reconhecimento do ECI exige que estejam presentes as seguintes condições: a) vulneração massiva e generalizada de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas; b) prolongada omissão das autoridades no cumprimento de suas obrigações para garantia e promoção dos direitos; c) a superação das violações

> de direitos pressupõe a adoção de medidas complexas por uma pluralidade de órgãos, envolvendo mudanças estruturais, que podem depender da alocação de recursos públicos, correção das políticas públicas existentes ou formulação de novas políticas, dentre outras medidas; d) potencialidade de congestionamento da justiça, se todos os que tiverem os seus direitos violados acorrerem individualmente ao Poder Judiciário.[6]

É doloroso atestar que, não obstante todo esforço no sentido de superar as dores do cárcere, a realidade aponta, porém, para um panorama que se agrava progressivamente, ante a falta de vontade política para encontrar respostas articuladas, objetivas e práticas. Outros centros penitenciários têm sido também palco de violência, como o Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj, em Manaus; a Penitenciária agrícola de Monte Cristo, em Roraima; e Alcaçuz, no Rio Grande do Norte. Anos de abandono, de indiferença, fizeram da omissão anteriormente referida uma porta aberta para o caos, o inferno, que se instalou em centenas de prisões, onde hoje as facções emitem ordens ante as quais as autoridades, assustadas, reféns do medo e de sua própria inépcia e impotência, se curvam vergonhosamente, avigorando o poder de seus líderes e alimentando o ciclo de absurdos e perversidades que hoje caracterizam nosso anárquico sistema presidial.

Triste percepção ante o reconhecimento de que o Estado é o fiador dos direitos humanos daqueles que, detrás das grades, se encontram sob sua tutela. Este é o recado de Antônio Augusto Cançado Trindade, ex-Presidente da Corte Interamericana, hoje juiz da Corte Internacional de Justiça, no qual deixa claro que o princípio basilar do respeito à dignidade da pessoa humana alcança a todos, incluindo os cativos, considerando-se que o Estado, como responsável pelas unidades penais, é efetivamente garante dos direitos daqueles que estão sob sua custódia:

> A meu juízo, é inquestionável que o princípio fundamental do respeito à dignidade da pessoa humana alcança todos os seres humanos, em quaisquer circunstâncias, inclusive os que se encontrem privados de liberdade. Neste sentido se orienta a jurisprudência internacional em matéria de proteção dos direitos humanos. Com efeito, em sua *jurisprudence constante*, a Corte Interamericana tem recordado que o Estado, como responsável pelos estabelecimentos de detenção, é o garante dos direitos dos detentos, que se encontram sujeitos à sua custódia. E acrescenta, no parágrafo seguinte:
>
> A Corte Interamericana advertiu, ao respeito, que "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.[7]

Uma tarefa difícil se apresenta, por conseguinte, nestes tempos nebulosos: defender e difundir ideias de reforma e humanização num âmbito (América Latina) onde a pena privativa de liberdade, nos termos em que se executa na contemporaneidade, vem a ser, no mais das vezes, o desaguadouro natural das águas servidas de uma justiça criminal e de um sistema de segurança em crise, a refletirem uma sociedade sem rumo, que se perdeu em suas inaptidões, fraquezas e ambivalências. É preciso, nestas circunstâncias, exercer o direito de sonhar, de acreditar na superação de obstáculos, aparentemente intransponíveis, inda que sejamos apontados como visionários. Não estamos sozinhos, porém.

NOTAS

1. SANTOS, Alberto Silva. A Internacionalização dos Direitos Humanos e o Sistema Interamericano de Proteção. Belo Horizonte: Arraes Editores, p. 115. Apud ALVES, Cinthia Cerqueira de e MISI, Márcia Costa. *Sistema Carcerário Brasileiro e Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: A Análise do Caso Urso Branco sob o Prisma do Direito à Saúde*. Disponível na Internet.
2. Em BARROS LEAL, César, *A Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos: Viagem pelos Caminhos da Dor*, Curitiba: Juruá, 2009, pp. 370-373.
3. PADILLA, Florentín Meléndez. *Los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Comentarios sobre la Jurisprudencia y Doctrina del Sistema Interamericano*. Fragmento de exposição feita no Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autônoma do México – UNAM, 2006.
4. PADILLA, Florentín Mélendez. Idem.
5. Em relação a isso: "No ano de 1988, a Corte Constitucional Colombiana, em uma de suas mais importantes decisões, reconheceu o ECI em relação à superlotação dos presídios do país (Sentencia T-153, de 28 de abril de 1988). Naquela oportunidade a Corte discutiu o problema da superlotação, bem como das condições subumanas existentes nas penitenciárias nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín.

   O Tribunal, apoiado em estudos e dados empíricos, constatou a existência de um quadro generalizado de violação de direitos fundamentais na Colômbia, acusando a violação massiva dos direitos dos presos à dignidade humana e a um amplo conjunto de direitos fundamentais, o que chamou de 'tragédia diária dos cárceres', presente não apenas nos presídios acima mencionados, mas em outras instituições carcerárias daquele país. Como uma decorrência, os juízes constitucionais concluíram enfaticamente que a superlotação e o império da violência no sistema carcerário eram problemas nacionais, de responsabilidade de um conjunto de autoridades." (Em PEREIRA, Luciano Meneguetti, *O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro*, disponível na Internet).
6. QUEIROZ, Bleine Caúla. *A Aplicabilidade das Normas Constitucionais Ambientais à Luz dos Ordenamentos Brasileiro e Português*. Texto original: versão apresentada na defesa de sua tese, de cuja banca fui presidente, pp. 177-178. Em nota de rodapé, na página 178, a autora acrescentou: A ação foi ajuizada em maio de 2015 pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL pelo advogado Daniel Samento e outros. "A situação do sistema prisional brasileiro foi trazida à apreciação do Supremo Tribunal Federal (STF) em vários processos durante o ano passado. Em um deles, a Corte resolveu o mérito da questão de forma a assegurar direitos fundamentais dos detentos. Houve também o deferimento de liminar em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) determinando a adoção de diversas providências. Dois outros processos sobre a matéria também tiveram a análise iniciada em 2015 e o julgamento está suspenso por pedidos de vista. No tema 220 da repercussão geral, representado pelo Recurso Extraordinário (RE) 592581, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, discutiu-se a possibilidade de o Poder Judiciário determinar a realização de obras em estabelecimentos prisionais para assegurar os direitos fundamentais dos reclusos. Por unanimidade, o Tribunal estabeleceu como tese ser lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer-se consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos Poderes. O julgamento ocorreu em 13 de agosto de 2015". Disponível em: <http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=308038>. Acesso: 22 jan. 2016.
7. CtIADH, caso *Castillo Petruzzi e Outros versus Peru*, Sentença de 30.05.1999, Série C, n. 52, párr. 195.

COMPLIANCE DA OPINIÃO CONSULTIVA Nº. 24/2017 DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Christiane de Holanda Camilo
Doutora em Sociologia (UFG), Mestre em Direitos Humanos (UFG), Especialista em Direito Público. Professora Pesquisadora na Universidade Estadual do Tocantins e Universidade Federal de Goiás em Direito Internacional, Direito Constitucional e Direitos Humanos; Pesquisadora do NECRIVI – Núcleo de Estudos sobre Criminalidade e Violência- UFG.

David de Sousa Oliveira
Advogado, Bacharel em Direito.

RESUMO

Esta pesquisa delineia a realidade de insegurança jurídica sofrida pelas pessoas trans no Brasil que se revela principalmente no momento da retificação do registro civil frente aos órgãos da administração pública brasileira, justamente pela ausência de regulamentação objetiva para o caso. As pessoas transexuais e transgêneros são indivíduos que possuem uma identidade de gênero diversa do seu sexo biológico, o que pode levá-las a modificar seus corpos de forma que corresponda à necessidade e ao direito civil de alteração de nome e sexo de acordo com os critérios atuais de registro civil no país. O objetivo deste artigo é discutir a segurança jurídica do processo administrativo e judicial para a retificação do nome e gênero de pessoas transexuais e transgêneros sob a perspectiva atual da insegurança jurídica e os possíveis reflexos que a Opinião Consultiva n.24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) poderá reverberar para a garantira da segurança jurídica das pessoas trans no Brasil. Para tanto foi realizada uma pesquisa qualitativa, bibliográfica e jurisprudencial nacional e internacional sobre o tema. O texto está dividido em três capítulos: o primeiro trará conceitos como o de identidade de gênero; o segundo demonstrará a atual forma de proteção jurídica das pessoas trans no ordenamento jurídico brasileiro, e, especificamente a retificação de nome e gênero; por fim, no terceiro capítulo, abordará os possíveis impactos no Brasil da OC-24/2017 da Corte IDH.

Palavras chave

Transgênero; retificação de registro civil; insegurança jurídica; opinião consultiva 24/17; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This research delineates the reality of legal uncertainty suffered by people trans in Brazil that is revealed mainly at the moment of rectification of the civil registry before the organs of the Brazilian public administration, precisely because of the lack of objective regulation for the case. Transgender and transgender people are individuals who have a gender identity that is different from their biological sex, which may lead them to modify their bodies in a way that matches the need and civil law of name and gender change according to current criteria of civil registration in the country. The objective of this article is to discuss the legal certainty of the administrative and judicial process for the rectification of the name and gender of transsexual and transgender people under the current perspective of legal uncertainty and the possible reflections that Advisory Opinion n.24/17 of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) may reverberate to ensure the legal security of trans persons in Brazil. For that, a qualitative, bibliographical and national and international jurisprudential research on the subject was carried out. The text is divided into three chapters; the first will include concepts such as gender identity; the second will demonstrate the current form of legal protection

of trans people in the Brazilian legal system, and specifically the rectification of name and gender, and, at the last chapter, it will address the possible impacts in Brazil of the IACHR's OC-24/2017.

Keywords

Transgender; rectification of civil registry; juridical insecurity; advisory opinion 24/2017; Inter-American Court of Human Rights.

INTRODUÇÃO

Os direitos das pessoas trans no Brasil têm sido negligenciado pelos legisladores, por ser um tema considerado polêmico no país; essas pessoas ficam expostas à insegurança jurídica causada pela falta de regulação administrativa e jurídica que verse sobre o tema, de modo que dependam exclusivamente de jurisprudências.

Há um número crescente no Brasil de pessoas trans que estão rompendo com os preconceitos sociais e saindo da invisibilidade; todavia, parte importante desse processo é o seu reconhecimento cidadão frente à própria sociedade, bem como perante os órgãos administrativos e judiciais que regulam o exercício dos direitos civis e sociais de toda a população brasileira.

Este artigo é fruto de uma construção jurídica e científica na Universidade Estadual do Tocantins, em sede do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos, Violência, Estado e Sociedade e do Escritório Modelo da Faculdade de Direito desta instituição desde 2016. A relevância do estudo se alicerça na extensa pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, nacional e internacional comparada e um estudo de caso junto a esse Estado, que revelaram o panorama de insegurança jurídica e administrativa para as pessoas trans no Brasil, fazendo reverberar essa mesma insegurança perante outros profissionais da área da saúde que ficam completamente sem um referencial que oriente sua conduta profissional ao atender as pessoas trans. Assim, este artigo será também de grande proveito para ONGs, transexuais e transgênero que lutam pela conquista do direito de retificação da identidade civil, principalmente no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana e princípio da isonomia. Para a Administração Pública e para o Poder Judiciário, a importância está na busca da aplicação dos princípios da eficiência, celeridade processual, dignidade da pessoa humana e igualdade.

A pergunta essencial que se delineou ao longo da pesquisa é: Há realmente a necessidade de movimentar toda a máquina judiciária com um processo de retificação de nome e gênero? Atualmente, a falta de informação e a ausência de legislação vigente que trate da regulamentação do direito de retificação do registro civil de transexuais e transgêneros no Brasil foram identificadas como o principal problema. É dever do Estado e do Poder Judiciário acompanhar as necessidades sociais, evoluindo e adequando-se aos costumes da sociedade. O despreparo do Judiciário para receber este tipo de demanda se demonstrou evidente haja vista a divergência de condutas e a interferência de terceiros da área da saúde no tema, reforçando a patologização social. Nesse sentido, a Opinião Consultiva nº. 24/17 (OEA, 2017) supre boa parte das arguições e se coaduna com os resultados e proposições da pesquisa no sentido de um direcionamento mais célere e eficiente para a resolução dessa questão no Brasil e, finalmente, para garantir mais segurança jurídica às pessoas e instituições brasileiras ao se depararem com o tema.

A presente pesquisa é qualitativa visto que o objetivo é trazer a identificação da natureza e alcance do tema, bem como descritivo-dedutiva, quanto aos dados jurisprudenciais e de direito comparado e legislação vigente.

Na primeira parte, foram abordadas características importantes para a compreensão da transexualidade, travestilidade e outras questões de gênero, orientação sexual, e procedimentos médicos utilizados pelas pessoas trans. Na segunda parte, ampliou-se a discussão aos olhos da "proteção" do ordenamento jurídico brasileiro e no Direito Comparado, bem como abordados os princípios basilares que fundamentam o pedido de retificação de registro civil das pessoas trans no Brasil, visto que já existe, embionariamente no ordenamento, o Projeto de Lei João Nery que pode garantir um avanço nesta questão. Por fim, serão analisadas as contribuições que a Opinião Consultiva nº. 24/17 pode trazer ao Brasil visto o peso que as Opiniões Consultivas da Corte Interamericana historicamente possuem nos países da OEA que se submeteram à jurisdição da Corte IDH.

Por último, são apresentadas considerações finais, em que foi possível visualizar a importância da simplificação do procedimento de retificação

dos documentos das pessoas trans, para que se possa garantir uma vida digna a essas pessoas, coadunando-se com diferentes dispositivos presentes na OC-24/17 da Corte IDH, como forma de respeito à dignidade, manutenção da igualdade e visualização da desnecessidade de judicialização desses processos.

1. DAS PESSOAS TRANS

O transexual possui uma identidade de gênero diferente do seu corpo biológico; no desenvolver de sua identidade, passa a rejeitar cada vez mais o seu sexo biológico, causando um conflito psicológico muito desgastante. A sensação de se vestir da forma em que a sociedade impõe como adequada ao seu sexo biológico chega a ser constrangedora, causando ao transexual sentimento de revolta e de aversão ao seu corpo (ARAÚJO, 2000, p. 55).

As pessoas que nasceram com sexo biológico masculino, mas se identificam com o gênero feminino, são identificadas como MTF (sigla em inglês para *Male to Female*) e são conhecidas como femininas (não se deve chamar de afeminadas). Já as que nasceram com sexo biológico feminino, mas têm identidade de gênero masculina, são chamadas apenas de masculinos e utilizam a sigla FTM (em inglês, *Female to Male*) (VIEIRA, 2012, p. 157).

É preciso compreender que a identidade de gênero não está obrigatoriamente ligada aos órgãos sexuais, nem aos hormônios e tampouco à forma do corpo da pessoa. A identidade de gênero possui características conscientes e inconscientes e vai além das características físicas da pessoa (SILVA, 1997, p. 80).

Segundo o médico Drauzio Varella (2017), transexuais começam a demonstrar sinais desde a infância em 66% dos casos, e o restante na adolescência e na fase adulta. Quanto mais demorar para que a transição do sexo ocorra, mais dolorosa ela será.

Quantos aos denominados "transgêneros", também acreditam possuir uma identidade de gênero diferente do seu corpo biológico, tendo necessidade de se expressar conforme seu sexo psíquico, mas não almejam fazer intervenção cirúrgica para modificar a genitália, ou seja, essas pessoas fazem diversas modificações em seu corpo como a administração de hormônios e uso de próteses de silicone, mas não pretendem a modificação de seu órgão genital.

Entretanto não é de interesse desse trabalho diferenciar transexuais de transgêneros, pois independentemente de a pessoa querer ou não se submeter a uma cirurgia de transgenitalização, deverá ser tutelada pelo Estado, tendo direito à retificação do documento civil.

A matriz de toda discussão de gênero é fundada essencialmente na divisão social de gênero, ou melhor, na divisão binária clássica, segundo papéis binários de gênero que afirmam que só existem dois papéis de gênero possíveis na sociedade: de um lado, o masculino, homens definidos em nascimento de acordo com o sexo biológico ou genitália atribuída ao homem; e, de outro, a mulher, por ter nascido com a genitália atribuída às mulheres e ao dito gênero feminino, e que seguirá, por toda a sua vida, sendo socialmente educada de acordo com essa atribuição.

A demonstração acima sobre a conformação tradicional binária de papéis de gênero ignora e até social e juridicamente discrimina qualquer manifestação de gênero "descolada" da tradicional, vista como um padrão de "naturalizado" de "normalidade" na sociedade. Observe que a escolha dos termos é bem oportuna já que esta visão tradicional binária de gênero "adere" sexo biológico + gênero + comportamentos sociais característicos a um determinado "sexo"/papéis de gênero e "estranha" quaisquer manifestações em que essa regra de adesão total desde o nascimento não esteja inteiramente manifesta, pois qualquer comportamento divergente do gênero/sexo biológico por muito tempo foi e ainda é recriminado e serve como fonte de maus tratos, patologizações e agressões.

Nessa visão binária tradicional ocorre a adesão total da pessoa ao sexo biológico do nascimento como se fosse o padrão de gênero que a pessoa deveria manifestar durante toda a sua vida social/civil, expressando a "normalidade" por uma cláusula tácita de adesão ao contrato social de gênero definido pelo sexo biológico sem ainda nem possuir, juridicamente, a capacidade civil para ser definido como tal.

Sob o aspecto jurídico no Brasil, ao nascer, a criança é representada por seus pais na realização do registro civil (BRASIL, 2002, Artigos 3º, 4º e 5º**;** BRASIL**,** *1973*, Artigos 50, 52, 54.) e, geralmente a regra seguida para o registro é a distinção tradicional binária de registrar a pessoa

de acordo com o sexo biológico mesmo em casos de hermafroditismo, quando são novamente os pais (juntamente com o aconselhamento médico) que escolhem qual genitália será retirada e qual permanecerá.

A Lei de Registros Públicos no Brasil (BRASIL, 1973)[1], que versa sobre o registro do nascimento, é datada originalmente de 1973; desde então, passou por quatorze alterações, inclusive a última data do ano de 2017, porém em nenhuma delas se encontra amparo ao registro de pessoas trans.

Observa-se que estes fatos representam a tradição do registro civil no Brasil, adotado na quase totalidade dos documentos de registro de pessoas, ou seja, um registro atribuído por terceiros, não auto-atribuído pela pessoa detentora da personalidade civil e do direito de registro.

2. A PROTEÇÃO E INSEGURANÇA JURÍDICA DAS PESSOAS TRANS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O nome faz parte dos direitos da personalidade e integra o gênero do direito à integridade moral. O registro civil de nascimento, ou certidão de nascimento, é o primeiro documento com valor jurídico de uma pessoa, formalizando sua identidade pessoal (AMARAL, 2008, p. 308). No seu conteúdo deverá conter nome e prenome, sexo e cor, dia, mês, ano e local do nascimento, nome dos pais, naturalidade, pessoa que declarou o nascimento perante o cartório e testemunhas presentes, ordem de filiação de irmãos que tenham tido o mesmo prenome, profissão dos pais e lugar onde se casaram, idade da mãe, endereço residencial dos pais, nomes dos avós e a declaração de que o nascimento foi ou não de gêmeos (BRASIL, 1973. Artigo 55)

Pode-se dizer que o registro civil é o documento que garante a capacidade da pessoa e sua existência. Sem ele não há como garantir os direitos de um indivíduo perante a sociedade e o Estado.

A manutenção e a sustentabilidade da vida tendem a ser a primeira preocupação do ser humano, para posteriormente pensar nos encargos de um cidadão e membro participativo da comunidade. Nessa perspectiva, verifica-se que o registro civil legitima a personalidade jurídica da pessoa, transformando-a em sujeito de direitos e obrigações. A falta do registro civil impossibilita o indivíduo de provar ao Estado sua existência jurídica (MALUF, 2006). Consequentemente, portar um nome é uma obrigação que o Estado impõe, pois por meio dele o cidadão se integra à sociedade, gozando de direitos e obrigações.

A regulamentação do nome está na Lei nº. 6015/73 (BRASIL, 1973). A "característica" pública do nome advém do Estado em que as pessoas sejam perfeitas e corretamente identificadas na sociedade pelo nome. A regra geral é de que não se permite a alteração do nome, em razão do princípio da imutabilidade de que trata o art. 58 da referida lei. São, porém, permitidas as exceções descritas a seguir (GONÇALVES, 2010, p. 149).

O nome é um sinal de identidade da pessoa: já a alteração do sexo é considerada alteração na própria identidade da pessoa, pois se refere ao estado natural do indivíduo. Neste caso, o estado é o modo de existir de cada indivíduo, seja do ponto de vista físico, familiar ou político. O estado físico refere-se à forma com que a pessoa se sente quanto ao sexo (feminino ou masculino), idade (mais velha ou mais nova) e aspectos da saúde tanto mental quanto física (BEVILÁQUA, 2012, p. 243).

A retificação de nome e sexo no registro civil de transexuais e transgêneros não possui regulamentação específica, o que abre margem para diversas posições nos tribunais; entretanto, conflita com a imutabilidade das qualidades que constam no registro civil.

Também não consta em lei dispositivo que proíba pessoas trans de alterarem o prenome e o sexo no registro civil, restando o Judiciário como única forma de garantir a efetiva alteração do registro civil e, por conseguinte, garantir o direito à cidadania das pessoas trans (FUSSEK, 2012, p. 143).

A Constituição da República Federativa Brasileira (1988), por meio de seus princípios, assegura os direitos à igualdade, integridade física e moral, personalidade, intimidade, privacidade e outros. Além de garantir a não discriminação, traz ainda o princípio da dignidade da pessoa humana como direito fundamental, devendo prevalecer em relação ao princípio da imutabilidade do nome (FUSEK, 2012, p. 143).

Utilizando-se desses argumentos as pessoas trans enfrentam processos judiciais, tendo que providenciarem uma extensa lista de provas não só periciais, pois precisam provar que seu objetivo não é causar dano a terceiro trocando de identidade.

A prova pericial nessa ação judicial tem se tornado irrefletidamente a base de toda a fundamentação, visto que o Judiciário a tem exigido quase que em todos os casos, como se fosse um pré-requisito ao direito à identidade, principalmente pela visão patologizadora que se encontra entranhada na mentalidade dos magistrados. Todavia, o que esta pesquisa vem a inquirir é se existe realmente a necessidade de laudo médico para comprovar a condição de transexual ou transgênero?

Apesar de a maioria dos magistrados entenderem que é necessário, será que existe alguém melhor do que a própria pessoa para dizer quem ela realmente é? O que deve ser utilizado pelo juiz nesses casos é o princípio do livre convencimento motivado, cabendo ao juíz valorar as provas conforme seus argumentos. A exigência de prova pericial no processo de mudança de nome e sexo contraria tal princípio.

Mas o que deverá conter o documento retificado? Maria Helena Diniz expõe três correntes a respeito da retificação do registro civil. Na primeira só se faz alteração no prenome não permitindo alteração do sexo, e ainda se exige que deva constar no campo destinado ao sexo a expressão "transexual", visto que para esta corrente, ao fazer a retificação no sexo, poderia induzir terceiros a erro, como no caso do casamento (DINIZ, 2012).

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf (MALUF, 2006) é adepta dessa primeira corrente; entretanto, afirma que deverá constar o sexo competente "masculino ou feminino", mas também constar o termo "transexual" no registro civil, para proteger eventual cônjuge. O mesmo entendimento é compartilhado por Elimar Szaniawski, ao defender que o registro deverá informar que seu portador possui "status sexual redesignado" (CUNHA, 2017, p. 206).

Tal situação não mudaria o constrangimento sofrido por pessoas trans, visto que a legislação prevê apenas sexo feminino e masculino. Dessa forma esse posicionamento ofende o princípio da dignidade da pessoa humana. A segunda corrente, defendida por Rosa Maria de Andrade Nery, é contra a mudança de sexo, mas alega que quando ocorrer há uma alternativa mais aceitável que a anterior; sugere que se faça uma averbação sigilosa no registro, podendo o cônjuge no momento do casamento solicitar na justiça o acesso à certidão "de inteiro teor", onde consta "sigilo" (DINIZ, 2012, p. 236; CUNHA, 2014, p. 205).

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz entende que no registro deverá constar o novo sexo, masculino ou feminino, sem nenhuma averbação que indique a natureza da retificação, devendo constar apenas que foi modificado por sentença judicial em ação de retificação de registro civil que pode ser acessada mediante autorização judicial, em analogia ao que ocorre na doação, sendo essa a posição considerada mais adequada, segundo Leandro Reinaldo da Cunha (CUNHA, 2014, p. 205-206).

Considerando que a segunda corrente violaria o direito à intimidade, a terceira corrente Defendida por Antônio Chaves sugere que nos documentos não deve constar qualquer menção, mesmo que sigilosa, a fim de vedar qualquer tipo de discriminação; dessa forma garante à pessoa trans o direito ao esquecimento (DINIZ, 2012, p. 236; CUNHA, 2014, p. 205).

A insegurança cerca os direitos dessas pessoas que precisam ser compreendidas pelo direito. A discriminação sofrida no cotidiano de transexuais e transgêneros é transportada para dentro do Judiciário, ao se encontrarem os aplicadores do direito totalmente despreparados para recebê-los adequadamente. Como se já não bastassem os demais entraves do acesso à justiça por motivos econômicos, culturais, estruturais e por falta de informação, levar ao Judiciário uma questão tão intima e dar a um juiz o poder de decidir sobre sua identidade não é tarefa tão simples, principalmente quando se faz parte de um grupo vulnerável em praticamente todas as esferas da sociedade. Deixando um último questionamento: será que sobrecarregar o Judiciário com esse tipo de demanda é a melhor forma de lidar com a necessidade de retificação do registro de transexuais e transgêneros?

No direito comparado é cada vez mais comum a produção legislativa que reconhece os direitos das pessoas trans. O que, segundo Leandro Reinaldo da Cunha, não é novidade em alguns países que autorizam as intervenções cirúrgico-hormonais e retificação de documentos desde a primeira metade do século XX, demonstrando o quanto a legislação brasileira

está atrasada na proteção dos direitos das pessoas trans (CUNHA, 2014, p. 144).

No Brasil, tramita o projeto de Lei nº.5.002/2013 conhecido como Lei João W. Nery, inspirado na Lei nº. 26.743/2012 da argentina, e proposto pelos deputados Jean Wyllys e Erika Kokay, que será apresentado no discorrer do próximo tópico. Como visto até aqui, a legislação brasileira está bastante atrasada em relação aos ordenamentos jurídicos estrangeiros que já reconhecem os direitos das pessoas trans (BRASIL, 2013).

2.1. Da proteção aos direitos das pessoas trans

Como dito anteriormente, não há legislação específica que verse sobre direitos e deveres das pessoas trans. Entretanto, cabe aos aplicadores do direito interpretar a lei além do que está expresso, a fim de perceber o que está omisso.

Para isso, deve-se levar em consideração os princípios do sistema jurídico brasileiro, que tem sido verdadeiras bases à proteção dos direitos de transexuais e transgêneros.

Além desses princípios, vislumbra-se uma "luz no fim do túnel" para as pessoas trans. Um projeto de lei que poderá se tornar a resolução de boa parte dos problemas que são enfrentados por pessoas trans, conforme visto a seguir.

O princípio da dignidade da pessoa humana está materializado no artigo 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e deve ser assegurado, pois atrai todos os direitos fundamentais que uma pessoa precisa para ter uma vida de qualidade (BRASIL, 1988).

Sem a garantia dos direitos sociais aos quais a dignidade da pessoa humana está entrelaçada, seria quase impossível a vida em sociedade. Desta forma se pode visualizar o quão relevante é este princípio, citado, inclusive, em outros artigos da CRFB, como na garantia à vida digna (BRASIL, 1988, Artigo 170).

A palavra "dignidade" vem do latim "*dignus*", e significa aquele que possui honra ou importância. Segundo a visão de Kant, todos os seres humanos possuem dignidade, pois não são substituíveis. Aquilo que é possível identificar algo equivalente possui preço e não honra (RAMOS, 2017, p. 75). Assim, cada ser humano é único e possui uma personalidade diferente, e se utiliza de sua capacidade para alcançar seus objetivos pessoais; assim não é possível definir "dignidade" de uma forma igual para todos, pois cada um tem seu conceito do necessário para uma vida digna. E isso deve ser respeitado de forma recíproca entre todos os indivíduos.

O ordenamento jurídico deve respeitar a vida humana, pois se trata de um bem anterior à legislação. Dessa forma, o direito à vida deveria se chamar "direito ao respeito à vida", pois se trata de concessão jurídica-estatal. Assim, os direitos de personalidade que emanam de toda pessoa correspondem também ao direito de exigir dos outros um comportamento que não ofenda sua dignidade (DINIZ, 2012, p. 134-135).

Percebe-se que o direito à personalidade e à vida exalam da dignidade da pessoa humana, e que estes são essenciais à vida em sociedade. Por isso é tão importante preencher as lacunas deixadas pela legislação ao omitir os direitos de pessoas trans.

Já o princípio da igualdade está positivado no art. 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil, e também em leis esparsas. O princípio da isonomia objetiva a igualdade entre as pessoas perante a lei, sem que haja distinções de qualquer natureza.

A igualdade prevista no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 pode ser apresentada de três diferentes ângulos. Primeiramente como igualdade formal, ou seja, a que está expressa em lei e garante a todos os cidadãos um tratamento igualitário, sem que haja privilégios que antes eram trazidos nas normas. A segunda vertente é a igualdade material que está entrelaçada à justiça social e tem cunho socioeconômico. E a terceira vertente seria a igualdade material justamente ao ideal de justiça como reconhecimento de identidades, como reconhecimento e tratamento igualitário, independente do gênero, raça, orientação sexual, etnia (CUNHA, 2014, p. 76).

O que se pretende garantir com o princípio da isonomia é que não haja desequiparações fortuitas ou sem justificativa. Assim, o ordenamento jurídico exige a igualdade, de forma que as normas e atos jurídicos impactem a todos; assim, só serão aceitas distinções por uma razão indispensável, pois uma discriminação não justificada pode ser considerada uma tirania (MELLO, 2000, p. 10).

É possível dizer, então, que o princípio da igualdade não apenas propõe a aceitação

das pessoas trans na sociedade, mas assegura também direitos e deveres iguais aos demais cidadãos. Para que isso se concretize é necessário principalmente haver a retificação do registro civil.

O ordenamento jurídico não poderá criar formas de tratamento diferenciadas para determinado grupo, nem mais vantajosas ou desvantajosas, sendo recomendável que haja uma adequação harmoniosa para igualar as pessoas que estão em desvantagem em relação às outras (MELLO, 2000, p. 21).

Nesse contexto, transexuais e transgêneros estariam sendo tratados de forma desvantajosa, ao terem que utilizar documentos como nome e sexo que não condizem com suas características físicas e psicológicas, devendo haver uma adequação para que sejam vistos e tratados como todos os demais cidadãos.

Quanto ao princípio da razoabilidade é utilizado como um parâmetro de equilíbrio entre as normas e a realidade fática. Por meio dele se justificam restrições de direitos e até mesmo concessões de privilégios, que são pautadas por ideais de justiça, bom senso, adequação, justa medida, moderação, prudência (LARENZ, *apud*. LENZA, 2016, p. 182).

Existem duas correntes quanto ao conceito de razoabilidade. Alguns doutrinadores e o Supremo Tribunal Federal compartilham o entendimento de que proporcionalidade e razoabilidade são isomorfas. Outros autores afirmam que existem diferenças entre proporcionalidade e razoabilidade, pois acreditam que a razoabilidade é um elemento integrante da proporcionalidade que é um conceito mais amplo (RAMOS, 2017, p. 131.).

Neste sentido, ao invocar o princípio da razoabilidade, as pessoas trans utilizariam a adequação das normas à sua realidade fática. Vale ressaltar que tal adequação, como no caso das alterações do registro civil, não é um privilégio e sim uma necessidade da pessoa trans de ter uma vida digna.

Dados os fundamentos, vamos ao Projeto de Lei João Nery (PL 5002/2013), que, em seu artigo 1º, assegura à pessoa trans o reconhecimento da identidade de gênero, bem como o reconhecimento desta e o direito de ser identificada de acordo com o que acredita ser sua identidade, vindo a refletir em seus documentos de acordo com o sexo e prenome em que se almeja (BRASIL, 2013).

A identidade de gênero funciona como uma auto percepção, na qual apenas o indivíduo é capaz de demonstrar se ele se sente homem ou mulher ou até mesmo nenhum, ou ambos ao mesmo tempo, independentemente de sua orientação sexual.

O artigo 3º faculta à pessoa com identidade de gênero diversa do registro a requerer a retificação do sexo, mudança de prenome e da imagem nos documentos pessoais a fim de adequá-los à identidade de gênero auto percebida (BRASIL, 2013).

Desta forma, o procedimento de alteração de documentos civis das pessoas trans passaria a ser administrativo. Além disso, conforme o artigo 4º do projeto de lei 5.002/2013, para requerer as retificações, não há necessidade de nenhum tipo de intervenção cirúrgica, terapias hormonais, decisão judicial ou qualquer tipo de diagnóstico ou tratamento psicológico/médico (BRASIL, 2013).

Isso seria um grande avanço, visto que o tempo tem sido um dos grandes obstáculos enfrentados pelo sistema judiciário brasileiro; essa demora em alguns casos pode resultar em inutilidade ou ineficácia da sentença (BEDAQUE, *apud*. LENZA, 2016, p. 1.249.).

O artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal de 1988, assegura a duração razoável dos processos em âmbito judicial e administrativo, e dos meios que garantam a celeridade de tramitação (BRASIL,1988).

Desta forma, à luz do princípio da celeridade processual, é necessário criar métodos para que pessoas trans sejam capazes de adequar seus documentos pessoais à realidade fática de suas vidas de forma eficaz. Movimentar a máquina judiciária para essas demandas é excruciante em virtude dos meses e anos que se espera, e certamente um gasto desnecessário de dinheiro público.

O projeto de lei João Nery também regulamenta como o processo transgenitalizador deve ocorrer em menores de 18 anos de idade. Nesses casos deve-se levar em consideração os princípios da capacidade progressiva e interesse superior da criança. Assim, o processo deverá ocorrer com autorização dos responsáveis

de acordo com a vontade expressa do menor (BRASIL, 2013).

O projeto de lei nº. 5.002/2013 proíbe qualquer tipo de referência à lei ou identidade anterior nos novos documentos (salvo se autorizado pela pessoa trans). Além disso, não será obrigatória a presença de um advogado, e todo o procedimento deve ser gratuito (BRASIL, 2013).

Entre os projetos de lei que tramitam no Brasil, sobre identidade de gênero, o Projeto de Lei João Nery é o mais amplo e certamente o mais racional. Pode-se dizer que a sanção deste traria conquistas imensuráveis às pessoas trans, resolvendo de uma vez por todas o caos jurídico que assola a vida dessas pessoas, em razão da falta de legislação especifica que verse sobre os procedimentos de retificação de seus documentos.

3. O IMPACTO NO BRASIL DA OPINIÃO CONSULTIVA OC-24/18 SOBRE IDENTIDADE DE GÊNERO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS – CIDH

Considerando a sistemática regional de proteção e defesa dos Direitos Humanos, a Organização dos Estados Americanos encontra na Corte Interamericana de Direitos Humanos um tribunal internacional de renome que opera largamente em defesa dos Direitos Humanos na América.

Esta determinação em sua atuação recorrentemente permite que os países encontrem respaldo e amparo jurídico internacional para as questões mais imbricadas que permeiam seu ordenamento jurídico interno, atuando de forma a regular e fiscalizar a defesa dos direitos essenciais inerentes ao ser humano.

A partir das opiniões consultivas, recomendações e sentenças proferidas pela CIDH, atestam-se as formas mais coerentes, legais, legítimas e efetivas para que os países possam se conduzir internamente sobre questões de diversas ordens que visam à proteção da pessoa. "Cada caso decidido pela CIDH tem repercussão na sociedade como um todo, pois o direito que ali foi declarado violado, não visa à proteção de pessoas determinadas, e sim representar um agrupamento de pessoas que sofrem ou sofreram a mesma violação de direitos" (HOLANDA; CUNHA, 2017, p. 53).

A Corte constitucional suprema do Brasil, o Superior Tribunal Federal, entende que o país adota a Teoria do Dualismo Moderado para a incorporação dos tratados e decisões da CIDH.

As decisões da CIDH influenciam no direito interno brasileiro através da efetividade das decisões e sentenças internacionais proferidas, pois a partir do momento em que o Brasil adequa sua conduta, como responsável por realizar políticas de Estado para as pessoas do seu país, ele também modifica sua legislação e cria uma rede mais consolidada e mais ampla dos direitos humanos e da proteção dos seus nacionais.

De outro modo, não se pode olvidar que as Opiniões Consultivas emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos alcançam também amplo lastro informativo e orientador sobre a conduta dos países a ela submetidos. Principalmente no Brasil visto que a própria Constituição Federal (BRASIL, 1988) preceitua em seu artigo 5º, parágrafo 1º e 2º, que normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, tal como disposto inclusive em tratados e convenções internacionais relativas a direitos humanos, pois estes últimos, ao serem ratificados, são incorporados como norma constitucional (BRASIL, 1988)

Signatário do Pacto de San José da Costa Rica (OEA, 1969), o Estado Brasileiro se submete à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a resolução de controvérsias ou ainda para buscar amparo e subsídios mais consistentes em matéria de direitos humanos.

3.1. A competência consultiva da CIDH

É importante observar que os países que se submetem à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos podem apresentar comportamento divergente quanto ao cumprimento de suas orientações. Pelo fato de alguns Estados serem mais ou menos efetivos no cumprimento das orientações da CIDH, chegamos à análise proposta nesse texto: o questionamento sobre o *compliance* das opiniões consultivas da CIDH como forma de garantia da segurança jurídica das decisões administrativas e judiciais sobre direitos humanos no Brasil e nos demais Estados que se submetem à jurisdição da

CIDH, principalmente, no que tange à última opinião consultiva emitida, a OC-nº.24/2017.

A Corte e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos são os órgãos competentes dentro do Sistema Regional Americano de Proteção dos Direitos Humanos para conhecer, orientar e decidir sobre controvérsias entre os Estados-parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica – 1969) e demais tratados sobre o tema (Artigo 52 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

A Comissão atua no sentido de receber denúncias de violação de direitos humanos, estabelecer informes e fazer recomendações. A Corte atua no sentido de dar prosseguimento ao julgamento das denúncias, emitir opiniões consultivas que equivalem a pareceres e proferir sentenças.

As consultas podem ser elaboradas tanto pelos Estados-membros quanto pela Organização dos Estados Americanos, segundo o disposto no artigo 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 2º do Estatuto da CIDH e artigos 60 a 65 do Regulamento da CIDH.

As opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos têm como finalidade precípua analisar e orientar o lastro de interpretação mais coerente e atual sobre o tema que lhe foi confiado dentro do sistema interamericano, pois os seus pareceres alimentam uma rede informativa da própria Corte como órgão internacional de controle e regulação da aplicação da legislação sobre direitos humanos no continente americano, que, por sua vez, estabelece ainda orientações para que os países possam realizar uma adequação entre as normas internacionais e o seu direito interno, consolidando balizas de atuação para todas as esferas de poder existentes nos países, sejam oriundos do poder executivo, legislativo ou judiciário, visto que nenhum deles pode furtar-se do cumprimento legal das normas, situação que, no Brasil, segundo a própria Carta Magna, constitui-se texto propriamente constitucional em razão do tema.

Discute-se se as opiniões consultivas da CIDH seriam vinculantes ou não, porém: qual o sentido de mobilizar recursos da Corte para se debruçar sobre determinado tema e o resultado desse estudo só valer para as partes consultantes? O entendimento da Corte iria se alterar caso outro país fizesse a mesma consulta? Por certo que não. No máximo, poderíamos inaugurar no direito internacional americano "grandes enunciados internacionais" a partir das opiniões consultivas. Desta maneira, em razão da economia processual, da integração do sistema interamericano e da segurança jurídica do sistema interamericano conclama-se a concluir pelo efeito vinculante das opiniões consultivas da CIDH, inclusive como forma de garantia e verificação do *compliance* internacional de suas manifestações e, posteriormente, no direito interno dos países.

Daniel Zovatto Garetto e Manuel Ventura Robles (1988) apontam que a chamada jurisdição consultiva é uma experiência singular no direito internacional, denominada por eles como "método judicial alterno", situação que faz com que a consulta auxilie os países a interpretar as normas e aplicar os tratados sem a necessidade de ter sido acionado e submetido a uma sanção pela atuação contenciosa.

Por certo, argumentar em prol da natureza vinculante das opiniões consultivas não coincide com o caráter coercitivo das sentenças da Corte que vinculam as partes do processo; no entanto, claramente como ela própria já se pronunciou nesse sentido, possuem o caráter multilateral (OEA, OC-15/1997), porque direcionam a compreensão da temática que foi analisada, promovendo uma atualização do entendimento da Corte sobre aquele tema, razão pela qual pode permitir sim o questionamento dos países por interpretação diversa dada em seus direitos internos, pois acompanhar o entendimento dos tribunais superiores em seus próprios países também permite a observação do entendimento dos tribunais internacionais quando se tratar de matéria de direitos humanos, novamente uma análise de *compliance* do estado de conformidade e coerência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu 24 opiniões consultivas sobre diferentes temas, em outras ocasiões suscitadas também pelo Brasil como o Caso dos Direitos e Garantias de Crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional (Opinião Consultiva nº 21). A 2ª Turma da Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Roraima estabeleceu um importante precedente, reconhecendo em seu acórdão a importância de o país seguir o que a opinião consultiva estabeleceu. É inimaginável que cada

país "escolha" qual opinião consultiva é mais interessante a seguir, e sim, que todas sirvam de orientação para todos os países, mesmo porque a Corte deve tomar o cuidado de uma opinião consultiva não negar parcial ou totalmente outra opinião consultiva emitida por ela própria. Outro precedente que temos em nosso ordenamento jurídico brasileiro é o emitido pela Opinião Consultiva nº 5 – Caso do Registro Profissional Obrigatório aos Jornalistas: no RE 511.961/SP, o Supremo Tribunal Federal reconhece que, se uma opinião consultiva feita por outro país (Costa Rica) foi seguida pelo Brasil, por que não seriam de obrigatório cumprimento as Opiniões Consultivas suscitadas pelo Brasil (TJRO, 2013).

3.1.1. Eficácia e Efetividade Jurídica da Norma

Hugo Lontra da Silva (2016) distingue que entre eficácia e efetividade da norma jurídica a distinção reside nos efeitos que estes institutos imprimem na vida social; assim, a eficácia visualiza se a norma produz efeitos na sociedade, e a efetividade cuida dos específicos efeitos produzidos pela norma e se estes se aproximam ou se distanciam do que o legislador proponente quis produzir. Para Gustavo Rabay Guerra (2000), o primeiro conceito legitima o direito e o segundo verifica os efeitos na sociedade, mediante o respaldo que a própria sociedade confere à norma quando a pratica. Visualizamos aqui uma potencialidade e uma realização entre a eficácia e a efetividade; uma decorre da outra para a sua materialização fática na sociedade.

Quando transpomos a discussão sobre efetividade para o âmbito do direito interno e do direito internacional observamos que existem garantias distintas. No âmbito do direito interno, a efetividade vincula-se à ideia de soberania e, nos Estados democraticoconstitucionais, a Constituição estabelece um potencial máximo de efetividade para a materialização dos efeitos da norma. Eis que, no plano internacional, uma nova ordem está em formação desde o século XX com a consolidação dos tribunais internacionais permanentes, pois a antes fluída ordem jurídica internacional consuetudinária passa a ter, também, um lastro material que deve respeito e obediência às jurisprudências internacionais dessas Cortes.

Bem lembrado por Holanda Camilo e Martins (2017, p. 57); "[...] para que as normas constantes no ordenamento jurídico sejam efetivadas, é necessário que o dever-ser normativo esteja próximo do ser na realidade social", "[...] e é na vida prática dessa sociedade que se enxerga a efetivação ou não das normas validadas, como forma de construção de uma cidadania real para cada Estado".

Mesmo para qualquer efeito relativizante da soberania estatal no plano internacional, para que os países participem de forma coerente dessa ordem é necessário e imprescindível que eles adotem uma coerência interna de seus atos, ou seja, se tornem adeptos do que foi convencionado.

Cançado Trindade e Ventura Robles em 2004 diziam haver um reduzido nível de *compliance* por parte dos Estados quando há necessidade de investigação de fatos e responsabilização de pessoas, ao contrário da situação quanto a indenizações pecuniárias. Infelizmente, treze anos depois Holanda Camilo e Cunha (2017) vieram a concluir no mesmo sentido, nos casos em que o Brasil foi acionado pela CIDH; seja nos casos que pararam apenas na Comissão ou aqueles que foram para a Corte, em ambos apresentam baixo nível de *compliance* principalmente quanto à individualização de condutas e responsabilização de indivíduos.

Estes estudos atestam a importância de se buscar mecanismos que possam fortalecer o sistema interamericano, e um deles como se sugere aqui é o reconhecimento do efeito vinculante das Opiniões consultivas da CIDH como forma de regulação e *compliance* das decisões da CIDH.

No plano internacional é justamente a maior ou menor aderência ao que foi convencionado que irá prover a efetividade internacional e interna das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou de qualquer tribunal internacional. Visto em outros termos, garantirá a manutenção do *compliance* das decisões internacionais nos países. Já adiantamos que é um risco incorrer em tal desobediência, principalmente no caso brasileiro, em que não se visualiza distinção sobre o tema nem no âmbito interno nem no âmbito internacional porque a Constituição é bem clara quanto a este feito quando se trata de matéria de direitos humanos.

Nesse esteio, o controle de convencionalidade a ser realizado pelos juízes nacionais (MAZZUOLI, 2011; RAMOS, 2012) apenas reforça a aplicação do Pacto de San José

da Costa Rica (1969) e das decisões da CIDH, conforme podemos verificar no parágrafo 124 e 125 do julgamento dos casos Aguado Vs. Peru 24 de novembro de 2006 de (CIDH, 2006, p. 53) Caso Amonacid Vs. Chile de 26 de setembro de 2006 (CIDH, 2006, p. 53).

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que "[s]egún el derecho internacional, las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno"150. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Isto posto, 2006 foi um marco em decisões da Corte Interamericana que reforçam a necessidade da adequção dos juízes nacionais à jurisprudência internacional, fato que reforça a argumentação de Cançado Trindade e García Ramírez (2006), quando afirmam que, ao decidir sobre um tema, a CIDH forma um *corpus juris* em matéria de direitos humanos a ser utilizado pelos doutos magistrados nacionais em sua prática diária de julgamento.

A CIDH fixa o alcance da interpretação, do entendimento e da aplicação sobre o tema e cada magistrado fará o controle de convencionalidade em suas decisões, bem como o legislador e o administrador público não devem se furtar, e sim se utilizar desse lastro já analisado e interpretado para a implementação de políticas, leis, decretos ou resoluções na jurisdição que lhes cabe atuar, sem a necessidade de seu país ser demandado pelo mesmo tema. Se caso se verifique escassa utilização pelos juízes nacionais, de plano nota-se a necessidade de investimento na formação e atualização dos magistrados e de acadêmicos desde a formação ofertada na universidade sobre a matéria de direito internacional para que sejam mais sensíveis e coerentes na interpretação e aplicação do direito.

A seguir, veremos como o conceito de *compliance* se adequa e orienta a necessidade de observância das normas e decisões da CIDH em matéria de direitos humanos.

3.1.2. Efetividade Internacional ou aplicação de *Compliance* sobre as decisões da CIDH?

Após realizar a discussão sobre eficácia e eficiência, devemos alargar a abrangência não apenas da aplicação e verificação dos efeitos da norma; sabe-se que a organização de um sistema regional de proteção de direitos humanos, tal como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve caminhar na direção de organizar e analisar a si mesma como um todo sistêmico que opera boas práticas de governança. Posto que, em um sistema democrático, uma Corte permanente que atua em prol da preservação e defesa dos direitos humanos na América deve não só atuar nesse sentido como também congregar todos os Estados que o compõem para fortalecer a coerência de suas atuações para que o que for decidido na Corte tenha, de fato, repercussão efetiva em cada país, preservando, assim a legitimidade do pacto firmado entre os países e a legitimidade da Corte sobre sua jurisdição. Para tanto, tomamos o instituto do *compliance* como uma forma de verificação dessa coerência no sistema interamericano.

O termo *compliance* representa a ação conforme a norma ou a regra; em outros termos, *compliance* é agir conforme a regra, dando cumprimento e efetividade ao que está prescrito nas leis e regulamentos, sejam eles internos ou externos.

Kapiszewski e Taylor (2013, p. 803.) mapearam a utilização do conceito de *compliance* e encontraram quatro designações: 1) *compliance* como o cumprimento pelos cidadãos das leis e decisões judiciais nacionais;

2) *compliance* como o cumprimento legal por parte dos Poderes Legislativos e Executivos; 3) *compliance* como a conformidade do cumprimento pelos Estados das legislações e manifestações das cortes internacionais; e por fim, 4) *compliance* como a conformidade entre decisões de tribunais internacionais, e tribunais nacionais. Eis que o presente artigo não apresenta essa diferenciação, apesar de se aproximar bastante dos estudos da corrente "c"; importa saber se as decisões das cortes internacionais, no caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, encontra respaldo nas decisões das cortes de direito interno no Brasil, bem como na atuação dos demais Poderes Executivo ou Legislativo da nação brasileira e por seus cidadãos.

Powell e Stanton[2] (2009, 156-157) afirmam que os países se comportam de três formas em relação ao *compliance* de tratados: t*rivial compliance*, *reluctant compliance* e *non-compliance*, enquadrando o Brasil neste último segmento. Porém,

> […] the state is willing to use its resources to put down threats to its sovereignty via repressive means, and its Judiciary is insufficiently likely to enforce international obligations. As a consequence, targeted populations do not bring claims. In so far as governments do not expect to be challenged, they can save the pariah cost for adopting the agreement yet continue to engage in behavior proscribed by the treaty. In this sense, the incentive to adopt and defy international human rights regimes is transparent. States gain rhetorical space in the international system without giving up their practices at home. The space is the ability to claim that they are in good standing with the international law of human rights, even though they maintain practices proscribed by the agreement, but which they believe ensure their sovereignty. Violations are not observed, because claims are not raised. Clearly this overstates the role of the judicial system. We can observe violations outside the formal legal process; and citizens in states with poor judicial systems sometimes allege torture

Pode-se afirmar que refletir sobre o conceito de *compliance* no sistema interamericano onde a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerce sua jurisdição é o mesmo que analisar se a instituição está em sintonia e conformidade, existindo entre seus membros o profundo conhecimento sobre as normas que orientam a organização, para que os procedimentos sejam seguidos e garantam uma atuação coerente e coordenada entre os membros desse sistema quanto à conformidade ética, transparente e idônea de todos os Estados-parte, como uma forma de regulação e mensuração do grau de efetividade ou dos riscos de fragilidade do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Holanda Camilo e Martins (2017, pp. 60-61) afirmam que

> A aplicação do *compliance* no âmbito internacional consiste na execução por parte dos Estados do que está disposto nos tratados, convenções e pactos assinados por eles. Quanto à competência CIDH, o *compliance* ocorre quando os Estados dão efetivo cumprimento às recomendações, no âmbito da Comissão, ou, quando não o fazem, cumprem o que determina a sentença proferida pelo Corte.

Não estamos aqui discorrendo sobre matéria de sentença estrangeira que possui seu próprio ritmo de tramitação no Brasil conforme a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, Decreto-Lei Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, artigo 105, I, "i", e artigo 109, X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL,1942, 1988). A sentença internacional é a sentença proferida por organização internacional, na qual, por meio de tratado, o Estado se torna membro e aceita sua jurisdição. José Carlos Magalhães define sentença internacional:

> Sentença internacional consiste em ato judicial emanado de órgão judiciário internacional de que o Estado faz parte, seja porque aceitou a sua jurisdição obrigatória, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja porque, em acordo especial, concordou em submeter a solução de determinada controvérsia a um organismo internacional, como a Corte Internacional de Justiça. O mesmo pode-se dizer da submissão de um litígio a um juízo arbitral internacional, mediante compromisso arbitral, conferindo jurisdição específica para a autoridade nomeada decidir a controvérsia (MAGALHÃES, 2000, p. 102).

As sentenças internacionais devem ser cumpridas pelos Estados que aceitaram a competência desses órgãos; se não cumpridas, sanções podem ser impostas no âmbito internacional para a efetivação das decisões. Porém, no âmbito interno o cumprimento dessas sentenças vai de acordo com o sistema adotado pelo País.

Claro está que o cumprimento de sentenças é passível de análise de *compliance* internacional; todavia, as opiniões consultivas se enquadrariam da mesma forma? Analisemos a situação à luz da própria jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ao analisar o texto do Pacto de San Jose da Costa Rica (1969) em seu artigo 68.1, aduz-se que "os Estados partes se comprometem a cumprir as decisões proferidas pela Corte em todo caso que forem parte".

Porém, para este estudo há a necessidade de ampliar-se conceitualmente o termo; portanto, compreende-se por decisão qualquer emanação ou posicionamento oficial, tais como opinião consultiva ou recomendações da Comissão, bem como a efetiva sentença em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos emita quando provocada a se posicionar sobre determinada controvérsia, haja vista que a provocação da Corte, seja para a resposta de uma consulta ou para sentença, mobiliza todos os especialistas ali presentes para a análise do caso.

Seria realmente necessário que o país fosse parte em um julgamento para que as decisões da CIDH fossem aplicadas por todos os Estados-parte? Por certo que não; a economia processual e administrativa orienta no sentido de que cada manifestação da CIDH já demandou recursos e empenho suficientes para que as suas manifestações valham para todos os países signatários do Pacto de 1969. Em 2006, essa pergunta já foi respondida pela CIDH nas manifestações dos casos supramencionados. Porém, vejamos agora como se comporta a própria Corte em relação às suas opiniões consultivas para corroborar se há ou não *compliance* em relação ao posicionamento da Corte Interamericana. Não se trata de considerar que a condenação se estende aos demais países, reafirmo; não é a condenação em si, e sim a mobilização intelectual coerente de todo arcabouço teórico e jurisprudencial produzido ali, para que os países-membros em seu direito interno aproveitem o acervo já analisado e aproximem suas políticas, leis e decisões de uma interpretação mais atual e coerente com o sistema interamericano em matéria de direitos humanos. Dito isso, refletimos sobre a desnecessidade de um país ser acionado individualmente para ser "obrigado" a alterar práticas e estatutos de direitos humanos; tal situação é desnecessária. Uma vez mobilizada a Corte sobre determinado tema, a resposta da CIDH já exara a sua mais atualizada interpretação para todos os demais países, salvo obviamente questões próprias ou peculiares a determinado país.

3.1.3. *Compliance* das opiniões consultivas da CIDH

Passaremos a observar agora se se manifesta *compliance* nas opiniões consultivas direcionadas à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Vimos anteriormente o comportamento do Brasil (direito interno) quanto a duas opiniões consultivas: uma formulada por ele (OC-nº.21/2014) e a outra formulada pela Costa Rica (OC-nº.5/1985). Observamos que em ambas as situações o Brasil no seu direito interno reforçou o caráter vinculante das opiniões consultivas, pois, de acordo com o que estabelecemos no raciocínio desse artigo, o efeito vinculante das opiniões consultivas da CIDH é uma forma da manutenção da coerência do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, uma forma de economia processual, de igualdade e não-discriminação quanto ao tratamento dado por cada país sobre diferentes temas e de manutenção da coerência no direito interno dos países-membros por meio de análise de *compliance*, no sentido de conformidade entre Estados-membros e Corte sobre a interpretação dos direitos humanos no continente americano.

Se as opiniões consultivas são fontes jurisprudenciais em matéria de direito internacional e direitos humanos no Sistema Interamericano e para os demais sistemas internacionais que possam se aproveitar desse laborioso exercício jurídico-intelectual da Corte, observemos que essas situações já acontecerem recorrentemente, reforçando o *compliance* de sua atuação. Podemos citar como precedentes a esta situação:

1. Caso LaGrand a OC - nº. 16/1999: Alemanha *Vs.* Estados Unidos da América do

Norte; foi utilizada pela Corte Internacional de Justiça para basear a sua decisão.

2. Caso Godinez Cruz: baseou-se na OC-nº.6/1986, claramente expressa nos parágrafos 165 e 174 da sentença de 1989.

3. Caso Genie Lacayo: a OC-nº. 13/1993: fundamentou o parágrafo 40 da sentença de 1995.

4. Caso Loayza Tamayo: a OC-nº. 14/1994: fundamentou o parágrafo 50 da sentença de 1997 sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados.

5. Opinião Consultiva OC-nº.15/97: Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – art. 51 – Convención Americana sobre Derechos Humanos, onde se diz:

> [l]a competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen "partes" involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio [por] resolver. El único propósito de la función consultiva es "la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos". El hecho de que la competencia consultiva de la Corte pueda ser promovida por todos los Estados Miembros de la O.E.A. y órganos principales de ésta establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la Corte. […] Consecuentemente la Corte advierte que el ejercicio de la función consultiva que le confiere la Convención Americana es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual está fielmente reflejado en el Reglamento de la Corte, cuyo artículo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los "Estados Miembros", los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. Además, aun cuando la opinión consultiva de la Corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la Corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento

6. Opinião Consultiva OC-nº. 18/2003 (Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados): em seu parágrafo 60 onde afirma que o parecer emitido é aplicado a todos os Estados-membros da OEA ou mesmo aqueles que não a ratificaram, pois se trata de manifestação sobre a Carta da OAE que subscreve tanto a Declaração Americana como a Declaração Universal de Direitos Humanos e ainda o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seus protocolos facultativos. Ressalte-se que seus parágrafos 63 e 64 reafirmam o amplo alcance das opiniões consultivas emitidas pela Corte.

7. Por fim, a Opinião Consultiva OC-nº. 19/2005 (Controle de Legalidade no Exercício das atribuições da Corte Interamericana dos artigos 41 e 44 a 51 da Convenção Americana sobre Diretos Humanos): nesta opinião reafirma-se a independência e autonomia da Comissão Interamericana no exercício de seu mandato para, nos termos dos artigos mencionados, realizar o controle de legalidade de atos e documentos da Comissão que tratem de direitos humanos.

3.2. A Opinião Consultiva OC – nº. 24/2018

A Opinião Consultiva OC-nº. 24/2018 já nasce histórica na Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois é a primeira manifestação da Corte sobre pessoas trans e alcançou grande participação dos demais Estados-membros. Trata-se de uma resposta à Costa Rica que solicitou a manifestação da Corte Interamericana juntamente com quase cem *amicus curiae*, ao todo noventa e seis memoriais, dentre eles os memoriais brasileiros feitos pela Defensoria Pública da União (em conjunto com ANADEF, ANADEP, ABLGBT, ANTRA e ABRAFH), Defensoria Pública do Rio de Janeiro, Centro de Direito Internacional, Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal de Minas Gerais, merecendo destaque a manifestação individual do brasileiro Ivonei Souza Trindade, sobre os seguintes pontos:

1. Aclarar a proteção que é ofertada pelos artigos 11.2, 18 e 24 relacionados ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) quanto ao reconhecimento do direito de alteração/adequação de nome de pessoas à sua identidade de gênero;

2. Esclarecer a proteção oferecida pelos artigos 11.2 e 24 da CADH no caso de reconhecimento de direitos patrimoniais derivados/conexos ao vínculo conjugal entre pessoas do mesmo sexo.

3. Manifestar-se sobre a existência ou não de compatibilidade entre um procedimento somente judicial em desfavor de um procedimento administrativo com a CADH, e na sequência, a compatibilidade da aplicação do procedimento judicial previsto do artigo 54 do Código Civil (Lei nº 63/1887) da República da Costa Rica às pessoas que querem realizar a adequação de nome à identidade de gênero, com os artigos 11.2, 18, 24 e em relação ao artigo 1.1 da CADH.

Esta opinião consultiva teve grande participação da sociedade civil devido ao enorme interesse pelo tema, situação que fez com que diversos países apresentassem pareceres escritos: a Colômbia, a Guatemala, os Estados Unidos Mexicanos, o Panamá e, por fim, Honduras. Realizaram sustentação oral durante a sessão a própria Costa Rica cuja sustentação oral foi feita por sua vice-presidente, a Argentina, o Uruguai, a Bolívia; esta sustentação estranhamente não foi realizada pelo Brasil que, como vimos anteriormente, possui sérias discrepâncias de entendimento de Estado para Estado da Federação sobre o entendimento quanto à retificação de nome de pessoas trans e também apresenta altos índices de mortes da população trans que precisam de devida investigação e proteção legal.

Em linhas gerais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pronunciou-se impactada com a grandiosa participação que revela o profundo interesse no significado dessa discussão para os entes do sistema interamericano, pois se percebem com essa consulta situações de ausência de reconhecimento de direitos e políticas de extermínio da população trans nos Estados-partes, afirmando ser um caso que transcende a consulta formulada pela Costa Rica, irradiando-se por todo o sistema.

De outro ponto é fundamental destacar os principais pontos dessa opinião consultiva:

1. Dada a complexidade do tema, para subsidiar o seu posicionamento a Corte elaborou um glossário onde constam os conceitos da opinião consultiva:

e) Género: Se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas [...]

f) Identidad de Género: La identidad de género es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar –o no– la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género es un concepto amplio que crea espacio para la auto identificación, y que hace referencia a la vivencia que una persona tiene de su propio género. Así, la identidad de género y su expresión también toman muchas formas, algunas personas no se identifican ni como hombres ni como mujeres, o se identifican como ambos.

h) Tránsgenero o persona trans: Cuando la identidad o la expresión de género de una persona es diferente de aquellas que típicamente se encuentran asociadas con el sexo asignado al nacer. Las personas trans construyen su identidad independientemente de un tratamiento médico o intervenciones quirúrgicas. El término trans es un término sombrilla utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo asignado al nacer de la persona y la identidad de género que ha sido tradicionalmente asignada a éste. Una persona transgénero o trans puede identificarse con los conceptos de hombre, mujer, hombre trans, mujer trans y persona no binaria, o bien con otros términos como hijra, tercer género, biespiritual, travesti, fa'afafine, queer, transpinoy, muxé, waria y meti. La identidad de género es un concepto diferente de la orientación sexual.

i) Persona transexual: Las personas transexuales se sienten y se conciben a sí mismas como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico y optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia física–biológica a su realidad psíquica, espiritual y social.

l) Orientación sexual: Se refiere a la atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a las relaciones

íntimas y/o sexuales con estas personas. La orientación sexual es un concepto amplio que crea espacio para la auto identificación. Además, la orientación sexual puede variar a lo largo de un continuo, incluyendo la atracción exclusiva y no exclusiva al mismo sexo o al sexo opuesto. Todas las personas tienen una orientación sexual, la cual es inherente a la identidad de la persona.

2. Começa a delinear uma certa tipificação dos crimes de gênero que inovaria alguns arcaicos códigos penais, ou que poderiam ser enquadrados como tal e merecem um estudo à parte, como gênerofobia, generocídio como possíveis nomes baseados na ampliação do prefixo homo. A CIDH não utilizou essa nomenclatura, porém a tipificação criminal de prática de crimes de gênero já é uma prática visível em diferentes países e merece o devido reconhecimento. Pois, em razão da grande vitimização dessas pessoas, a CIDH concluiu que elas são vítimas da "prática de violência ou discriminação baseada na percepção pelo agressor da orientação ou identidade sexual ou expressão de gênero da vítima". Situação que pode auxiliar a definir elementos de conduta que possam orientar investigadores, promotores e magistrados a identificar a conduta própria desses agressores. A Corte ressaltou ainda que é nas situações de discriminação que a violência se expande, o que chama atenção para políticas de prevenção e combate à discriminação de gênero pelos Estados-membros.

3. Quanto ao ponto número um da consulta a CIDH se posicionou no sentido de que a mudança/adequação do nome à imagem e ao registro civil mediante a retificação dos registros civis da pessoa deve acontecer de acordo com o gênero autopercebido, pois se trata de um direito protegido no artigo 18 (direito ao nome), 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 7.1 (direito à liberdade) e 11.2 (direito à vida privada) da Convenção Americana de Direitos Humanos, razão pela qual expressam total conformidade com o princípio da não discriminação (artigos 1.1, 24 da Convenção), persistindo o dever de adotar normas de direito interno (artigo 2º) que regulem o tema, afirmando que identidade sexual e identidade de gênero são categorias protegidas pela Convenção Americana, conforme os próprios termos da Opinião Consultiva nº.24/2017 "[…] *el Comité Jurídico Interamericano opinó que el ejercicio del derecho a la identidad es indisociable de un registro y de un sistema nacional efectivo, accesible y universal que permita proporcionar materialmente a las personas los documentos que contengan los datos relativos a su identidad"* (OEA, 2017, § 108).

Desse modo, a CIDH rejeita qualquer disposição de ato ou norma de direito interno que discrimine com fundamento na orientação sexual, sejam estes praticados por pessoas em qualquer esfera de poderes legislativo, judiciário ou executivo ou mesmo da sociedade civil, considerando-se também ato discriminatório qualquer exigência diferenciada para essas pessoas realizarem seus registros civis ou militares.

A decisão pode ser assim resumida:

- A discussão sobre gênero, identidade de gênero e transsexualidade e direitos correlatos deve passar pelo debate sobre direito ao nome, liberdade, direito à vida privada e o princípio da não discriminação. Seja no âmbito da CIDH ou do direito interno dos países vinculados a ela, as legislações e decisões administrativas ou judiciais devem considerar esses conceitos (definidos pela própria OC nº. 24/2017), os direitos supracitados e o fato de serem eles permeados pelos princípios da igualdade e da não-discriminação de exigências desiguais. Tal fato impacta diretamente sobre a retificação de registro civil no Brasil que, a partir dessa OC, pode restringir-se à alteração em cartório, superando soluções frágeis e provisórias como nomes sociais e dispensando processos judiciais demorados e inseguros que ainda violam a intimidade da pessoa ao exigir laudo psicológico. Isto posto, reafirma-se que os Estados deverão reconhecer em igualdade de condições e direitos as pessoas trans de qualquer idade, regular e estabelecer normas e regulamentos administrativos e judiciais adequados para a finalidade de registro.

> […] esta Corte entiende que las consideraciones relacionadas con el derecho a la identidad de género que fueron desarrolladas supra también son aplicables a los niños y niñas que deseen presentar solicitudes para que se reconozca en los documentos y los registros su identidad de género auto-percibida. Este derecho debe ser entendido conforme a las medidas de protección especial que se dispongan a nivel interno de conformidad con el artículo 19 de la Convención, las cuales deben diseñarse necesariamente en concordancia con los

> principios del interés superior del niño y de la niña, el de la autonomía progresiva, a ser escuchado y a que se tome en cuenta su opinión en todo procedimiento que lo afecte, de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, así como al principio de no discriminación. Por último, resulta importante resaltar que cualquier restricción que se imponga al ejercicio pleno de ese derecho a través de disposiciones que tengan como finalidad la protección de las niñas y niños, únicamente podrá justificarse conforme a esos principios y la misma no deberá resultar desproporcionada. En igual sentido, resulta pertinente recordar que el Comité sobre Derechos del Niño ha señalado que "todos los adolescentes tienen derecho a la libertad de expresión y a que se respete su integridad física y psicológica, su identidad de género y su autonomía emergente" (OEA, 2017, § 154).

- Todos os Estados-partes são livres para escolher, de acordo com a sua legislação interna, o procedimento mais adequado para a realização da retificação do registro civil, do gênero e do registro da imagem de acordo com a identidade autopercebida; contudo, via preferencialmente administrativa ou mesmo via judicial, devem resolver a situação fazendo a "adequação integral da identidade de gênero autopercebida" (OEA, 2017, § 120), basear-se no consentimento livre e informado do solicitante sem que se exija nenhuma outra certificação ou parecer de terceiros da área da saúde, sejam médicos ou psicólogos que tratem a situação como doença ou distúrbio de qualquer natureza (OEA, 2017, § 126) e manterem a confidencialidade durante todo o processo. Os documentos alterados não devem conter qualquer referência sobre a modificação, devem ser rápidos, gratuitos e acessíveis (OEA, 2017, § 56,162), sem qualquer exigência de realização de cirurgias, terapias hormonais, esterilizações ou modificações corporais com condição para o pedido (OEA, 2017, § 146).

- Particularmente em referência ao artigo 54 do Código Civil da Costa Rica, também objeto da consulta, a previsão do direito interno daquele país é de um procedimento voluntário que permite a impugnação por terceiros, porém, neste ponto a CIDH esclareceu que o procedimento administrativo ou judicial do país deve obedecer os mesmos critérios citados no subitem anterior. Por isso, estes requisitos passam a ser os parâmetros de interpretação do artigo pelo Estado ao realizar o seu controle de convencionalidade.

- Consta ainda na opinião consultiva que a CIDH interpreta que o Estado deve reconhecer todos os direitos patrimoniais relacionados ou conexos ao vínculo matrimonial entre pessoas, do mesmo gênero ou de gêneros diferentes, baseado no direito de proteção da vida privada e familiar (OEA, artigo 11.2), bem como no direito de proteção à família (artigo 17) e ainda, no direito à igualdade e não discriminação (artigos 1.1 e 24), ou seja, não se trata apenas de obrigações patrimoniais. Portanto, os Estados devem reconhecer, indistintamente a todas as pessoas, todos os direitos e obrigações previstos em seus direitos internos resultantes do vínculo familiar, conjugal e matrimonial entre essas pessoas, proibida a criação de institutos que diferenciem o matrimônio de acordo com o gênero, independentemente de qualquer designação filosófica ou religiosa porque esses não são parâmetros de controle de convencionalidade.

O fato é que a tentativa de resumo dessa Opinião Consultiva não deve ser o foco. O essencial é ler todo o posicionamento, pois é muito enriquecedor observar um posicionamento fundamentado e amplo do continente americano sobre um tema que tanto massacra os seus habitantes.

É de se surpreender ainda que, cerca de dois meses após a emissão da OC nº. 24/2017, o Supremo Tribunal Federal no Brasil tenha decidido sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI nº. 4.275, proposta pela Procuradoria-Geral da República com base na previsão do artigo 58 da Lei nº. 6.015/1973, cuja redação estabelecia que quaisquer alterações posteriores de nome devem ser motivadas por sentença em ação proposta no juízo do sujeito que solicita a alteração no registro. Paralelo a essa ADI, o Recurso Extraordinário RE nº. 670.422, com repercussão geral do Rio Grande do Sul, previa que a alteração do registro civil estivesse vinculada à exigência da cirurgia de transgenitalização (STF, 2018).

Como analisamos aqui ao longo do artigo, bastaria o Brasil realizar a adequação de seu entendimento à interpretação do tema dada pela OC nº. 24/2017 e finalmente isso aconteceu, pois na votação pode-se observar vários votos de ministros que reproduziam trechos extraídos desta opinião consultiva, e decidindo que a

retificação de registro civil de pessoas trans acontecerá em cartório sem necessidade de cirurgia ou sentença judicial (STF, 2018).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitas pessoas trans têm recorrido ao Poder Judiciário para que possam adequar os documentos pessoais à realidade fática de suas vidas. Essas pessoas têm-se pautado nos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana, personalidade, entre outros, que possam prevalecer sobre o principio da imutabilidade do nome. Tudo isso devido à falta de legislação que regulamente o procedimento de retificação do registro de nascimento de pessoas trans no Brasil.

Atualmente o laudo psicológico e psiquiátrico tem sido requisito para obter ou não uma sentença que defira retificação do registro de nascimento. Esse comportamento faz com que pessoas trans tenham de se submeter ao julgamento de outras pessoas para obter o laudo, como se portassem algum tipo de patologia.

Nota-se que a contribuição deste artigo está em considerar que as Opiniões Consultivas da CIDH também estão sujeitas à análise de *compliance* na própria Corte e pelos seus jurisdicionados, a fim de manter a coerência do sistema interamericano de direitos humanos.

Como forma de economia processual, atualidade da interpretação dos temas de direitos humanos, eficiência, igualdade e *compliance*, a melhor alternativa é que as Opiniões Consultivas tenham caráter vinculante a todos os entes, mesmo que não sejam parte da consulta.

A Opinião Consultiva nº. 24/2017, por mais polêmica que possa parecer, traz em si a uniformização necessária para assegurar os direitos das pessoas trans e até a sua integridade física, visto que essas são grandes vítimas nos diferentes países do sistema interamericano.

Quanto ao Brasil, resta claro e objetivo aos juízes, promotores, advogados e defensores que não há que se exigir nada além da declaração de vontade da pessoa trans para ensejar a retificação do registro civil. E aos legisladores e gestores públicos a adequação da legislação interna para que caiba aos cartórios a realização da retificação do registro civil, sem necessidade de qualquer processo judicial.

Finalmente, tivemos no Brasil o cumprimento integral de uma opinião consultiva exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e isso representa um grande avanço que deve ser seguido em outras matérias e reforça a necessidade do reconhecimento da força vinculante das opiniões consultivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional do transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017.

BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002***.** 1ª. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. *Lei de registros públicos, e dá outras providências. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973.*

BRASIL. *Projeto de Lei Nº 5.002, de 2013*. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1069623.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2017.

CANÇADO TRINDADE, A. A.; VENTURA ROBLES, M. El reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del Derecho Internacional. In: _____. (Coords.). *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos***.** 2ª. ed. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. *Identidade e redesignação de gênero: aspectos da personalidade, da família e da responsabilidade civil***.** 2014. 515 f. Tese (Doutorado) – Curso de Doutorado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/6655>. Acesso em: 06 fev. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral*. 29ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FUSSEK, Lygia dos Santos. Os Direitos Civis do Transexual em Relação à Mudança de Gênero e Prenome. *ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET*, Curitiba – PR, Ano III, no 8, pp. 127-152, jul/dez. 2012, ISSN 2175-7119.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HOLANDA CAMILO, Christiane de; MARTINS, Bruna Cunha, *Direito Internacional e Direito Ambiental no Plano Internacional e Nacional sob a Ótica do Risco***.** Goiânia: Espaço Acadêmico, 2017.

KAPISZEWSKI, D.; TAYLOR, M. M. *Compliance: conceptualizing, measuring, and explaining adherence to judicial rulings. Law and Social Inquiry***,** v. 38, n. 4, pp. 803-835, 2013.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 20ª. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAGALHÃES, José Carlos. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MALUF, Jorge Mubárack Rachid. *Gratuidade do registro civil no Maranhão*. São Luís: Tribunal de Justiça, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis***.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª. ed., 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

OEA – Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), 1969.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Caso LaGrand a OC-nº. 16/1999 – Alemanha *Vs.* Estados Unidos da América do Norte. <https://www.scribd.com/document/30956247/OPINIAO-CONSULTIVA-OC-N-16-99-DE-1%C2%BA-DE-OUTUBRO-DE-1999-SOLICITA>

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).Caso Godinez Cruz baseou-se na OC-nº.6/1986, claramente expressa nos parágrafos 165 e 174 da sentença de 1989. Disponível em: Internet. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).Caso Genie Lacayo a OC-nº. 13/1993

fundamentou o parágrafo 40 da sentença de 1995. Disponível em: Internet. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Caso Loayza Tamayo a OC-nº. 14/1994 fundamentou o parágrafo 50 da sentença de 1997 sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados. Disponível em: Internet. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Opinião Consultiva OC-nº.15/97 – Informes de la Comisión interamericana de derechos humanos – art. 51 – Convención Americana sobre Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_15_esp.pdf>. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).Opinião Consultiva OC-nº. 18/2003 (Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados). Disponível em: Internet. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Opinião Consultiva OC-nº. 19/2005 (Controle de Legalidade no Exercício das atribuições da Corte Interamericana dos artigos 41 e 44 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Disponível em: Internet. Acesso em: 31.jan.2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)*, adotada pela Secretaria Geral da OAS em San José, na Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Washington: Organization of American States (OAS), 2015. Disponível em: Internet. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Parecer consultivo OC-nº. 5/85: O registro profissional obrigatório de jornalistas (artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos*)**.** Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 13 de novembro de 1985. Disponível em: Internet. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2 de julho de 2004. Disponível em: Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Caso Ricardo Canese v. Paraguay***.** Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 31 de agosto de 2004. Disponível em: Internet. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Caso Kimel v. Argentina***.** Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2 de maio de 2008. Disponível em: Internet. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Opinión Consultiva OC-24/17 – IDENTIDAD DE GÉNERO, E IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN A PAREJAS DEL MISMO SEXO. DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2017***.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Sentencia – Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú Sentencia de 24 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Sentencia – Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Opinião Consultiva OC-21. Direitos

e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Disponível em: <http://www. corteidh.or.cr/seriec/index_c.htm.l>. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Serie A, nº 3. *Opinón Consultiva OC-03/83 del 8 de Septiembre de 1983. Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_03_esp.pdf>. Acesso em: 31.jan.2018.

OEA – Organização dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). *Opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte. (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)* Solicitada por el Perú, parr. 15, p. 4. Disponível em: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1266.pdf?view=1>. Acesso em: 31.jan.2018.

POWELL, E. J.; STATON, J. Domestic judicial institutions and human rights treaty violation. *International Studies Quarterly*, n. 53, pp. 149-174, 2009.

PEREIRA, Antonio Celso Alves. *A competência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. (2014) Disponível em: <http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2014/RID_2014_01.pdf>. Acesso em: 12.jan.2017.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos.* 4ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. "A interpretação internacional dos direitos humanos: choque ou diálogo com o Supremo Tribunal Federal?", In: *Novos Caminhos do Direito no Século XXI: Direito Internacional, Filosofia Jurídica e Política, Dogmática Jurídica e Direitos Fundamentais: Homenagem a Celso Lafer.* Coordenação Luiz Olavo Baptista e Tercio Sampaio Ferraz Junior. Curitiba: Juruá Editora, 2012, pp. 286-287.

ROBLES, Manuel E. Ventura; GARETTO, Daniel Zovatto. *La naturaleza de la función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José. IIDH. Vol. 7. 1988.

SILVA, Maria do Carmo de Andrade. Identidade de gênero e expressão sexual masculina e feminina. *Scientia Sexualis* – Revista do Mestrado em Sexologia da Universidade Gamão Filho, 1997.

STF – Supremo Tribunal Federal. Julga-mento da *adi 4275 – Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2691371> Acesso em: 03.mar. 2018.

TJRO – TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE RORAIMA. Diário da Justiça Eletrônico. Ano XX – Edição 6085, pp. 07-13. Disponível em: <http://diario.tjrr.jus.br/dpj/dpj-20171031.pdf>.

VARELLA, Drauzio. *Transexuais.* Disponível em: <http://drauziovarella.com.br/sexualidade/transexuais/>. Acesso em: 30 mar. 2017.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NOTAS

1. BRASIL. Lei de registros públicos, e dá outras providências. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Lei nº 6.140, de 1974, Lei nº 6.216, de 1975, Lei nº 6.724, de 1979, Lei nº 9.534, de 1997, Lei no 8.935, de 1994, Lei nº 9.053, de 1995, Lei nº 9.807, de 1999, Lei nº 9.955, de 2000, Lei nº 11.790, de 2008, Lei nº 11.802, de 2008, Lei nº 11.977, de 2009, Lei nº 12.662, de 2012, Lei nº 13.112, de 2015 e Lei nº 13.484, de 2017. Nem mesmo o modelo oficial de registro civil menciona qualquer particularidade ou observações - Decreto nº 7.231, de 14 de julho de 2010.
2. Tradução livre da autora: [..] o Estado está disposto a usar seus recursos para colocar ameaças à sua soberania através de meios repressivos, e seu Poder Judiciário é insuficientemente capaz de cumprir as obrigações internacionais. Como consequência, populações específicas não trazem reivindicações. Na medida em que os governos não esperam ser desafiados, eles podem salvar o custo do paria pela adoção do acordo ainda continuam a praticar o comportamento proscrito pelo tratado. Nesse sentido, o incentivo para adotar e desafiar os regimes internacionais de direitos humanos é transparente. Os Estados ganham espaço retórico no sistema internacional sem desistir de suas práticas em casa. O espaço é a capacidade de afirmar que eles estão em boas condições com o direito internacional dos direitos humanos, embora mantenham práticas proscritas pelo acordo, mas que eles acreditam assegurar sua soberania. As violações não são observadas, porque as reivindicações não são levantadas. Claramente isso exagera o papel do sistema judicial. Podemos observar violações fora do processo legal formal; e os cidadãos em estados com sistemas judiciais pobres às vezes alegam tortura (Powell e Staton, 2009, pp. 156-157).

VALORACIÓN Y ESTÁNDAR DE PRUEBA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Daniel Lopes Cerqueira
Abogado de la Universidade Federal de Minas Gerais; Licenciado en Relaciones Internacionales de la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais, Brasil; LLM en Estudios Legales Internacionales de la Universidad de Georgetown, Estados Unidos.

RESUMEN

El ensayo analiza los criterios empleados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la determinación de hechos probados, admisión y valoración de la prueba en casos de violencia de género. Tras resumir algunos conceptos de la teoría de la evidencia, el ensayo examina los parámetros de admisión y ponderación de la prueba, normalmente utilizados por la Corte Interamericana. Finalmente, se analiza el estándar probatorio empleado por la Corte en casos en los que las partes peticionarias denuncian hechos constitutivos de violencia de género.

Palabras clave

Corte Interamericana; estándar de prueba; violencia de género.

ABSTRACT

The essay analyzes Inter-American Court of Human Rights' criteria on the establishment of facts, admission and assessment of evidence in gender violence cases. After summing up some concepts of the theory of evidence, it examines the parameters for the admission and weight of proof usually deployed by the Inter-American Court. Finally, it analyzes the Court's standard of evidence in cases in which complainants denounce facts that characterize gender violence.

Keywords

Inter-American Court; standard of proof; gender violence.

1. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo analiza la forma como, a lo largo de su jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha valorado los elementos de prueba sobre la vulneración de la integridad personal en casos de violencia de género. La primera sección describe algunos elementos de la teoría de la evidencia relacionados con el establecimiento de hechos probados, valoración y estándar de prueba. La segunda sección aborda aspectos de la jurisprudencia de la Corte IDH relacionados con la admisión y valoración de la prueba, en el ejercicio de su competencia contenciosa. La tercera sección examina el estándar de prueba utilizado por la Corte IDH en general. Finalmente, la cuarta sección describe los elementos de prueba y su valoración en la jurisprudencia de la Corte IDH, en casos en que las víctimas alegan haber sido objeto de violencia sexual u otras modalidades de violencia de género.

2. ALGUNOS ELEMENTOS DE LA TEORÍA DE LA EVIDENCIA

2.1 Verdad y establecimiento de hechos probados

En su libro *Prueba y verdad en el derecho*, Jordi Ferrer subraya que, en la doctrina procesal alemana de finales del siglo XIX, y en buena parte de la jurisprudencia europea de la primera mitad del siglo XX, predominó la distinción entre verdad material y verdad procesal. Dicho ejercicio influenció la consolidación de la máxima según la cual el objetivo del proceso penal es descubrir

la verdad material sobre los hechos objeto de adjudicación. Bajo la misma tendencia, se sostuvo que, en el proceso civil, orientado por el principio dispositivo, la autoridad juzgadora se conforma con el establecimiento de una verdad formal, en base a las evidencias válidas y disponibles en el expediente judicial.

A partir de la primera mitad del siglo XX, la distinción entre verdad material y formal pasó a ser minoritaria, apareciendo nuevas alternativas metodológicas para el estudio de la prueba. Según Ferrer, tales alternativas pueden ser resumidas a partir de tres categorías:

a) Prueba como fijación formal de los hechos por parte de la autoridad juzgadora, con independencia de su relación con lo ocurrido.

b) Prueba como certeza de la autoridad juzgadora acerca de los hechos.

c) Prueba como convicción de la autoridad juzgadora acerca de los hechos ocurridos o como el conjunto de operaciones por medio de las cuales se obtiene el convencimiento de la autoridad juzgadora (tesis mayoritaria en la dogmática procesal).

Autores como Francesco Carnelutti sostienen que, a diferencia de otras ramas del conocimiento, en el ámbito jurídico "el control de los hechos controvertidos por parte del juez puede no realizarse mediante la búsqueda de la verdad, sino mediante los procedimientos de fijación formal"[1]. Para Jordi Ferrer, dicho enfoque limita considerablemente la posibilidad de introducir criterios de racionalidad en la determinación de los hechos en el proceso judicial[2]. Al evaluar el contexto en el que se establecen los hechos probados, Ferrer aborda los tres momentos de la actividad probatoria, los cuales pueden ser resumidos de la siguiente forma:

a) Conformación del conjunto de elementos de juicio o pruebas

Sobre dicho momento probatorio, Ferrer observa que el proceso judicial debe permitir la conformación de un conjunto de elementos de juicio que apoyen o refuten las diferentes hipótesis sobre los hechos en controversia. Dicha especificidad se traduce en el adagio *quid non est in actis non est in mundo*, es decir, la autoridad juzgadora no podrá tomar en consideración elementos de juicio que no estén incorporados al proceso como prueba válida. El autor destaca que, en los demás ámbitos del conocimiento, los elementos de juicio utilizados en la toma de una decisión racional equivalen a toda la información disponible y relevante para sostener una u otra conclusión. En cambio, la prueba jurídica presenta la especificidad de estar sometida a una serie de filtros que condicionan su admisión y, por ende, su validez en la toma de una decisión racional.

Si bien el número y alcance de las reglas que regulan la conformación de los elementos de juicio varían en función de cada ordenamiento jurídico, en los sistemas de *common law* suele haber un mayor número de reglas de tal naturaleza. Lo anterior, debido a la menor exigencia de motivación sobre los hechos, siendo menester una regulación más rigurosa de la admisión de elementos de prueba para que no se les atribuya un peso excesivo a aquellos que sean poco fiables. Bajo esa lógica, la garantía de racionalidad en el juicio sobre hechos ocurre *ex ante*, en la etapa de conformación del acervo probatorio. En cambio, en los ordenamientos de *civil law*, la racionalidad en el juicio sobre hechos suele darse *ex post*, por medio del control de la motivación de los hechos probados[3].

b) Valoración de los elementos de juicio

Tras la composición de los elementos de juicio, se da inicio a su valoración, a la luz de las regulaciones prevalecientes en cada ordenamiento jurídico. En las regulaciones inspiradas en un sistema de prueba legal o tasada, el derecho adjetivo impone un determinado resultado probatorio correspondiente al peso de cada medio de prueba. Se opone a dicho sistema la libre valoración de la prueba. Para Ferrer, mientras la averiguación de la verdad es el valor primordial en el momento b) de la valoración de los elementos de juicio, otros valores u objetivos del proceso son los que priman en los momentos a), previamente comentado, y c), explicado a continuación.

c) Decisión sobre los hechos probados

Tras la selección y atribución de un cierto grado de confirmación a cada una de las hipótesis en colisión, corresponde a la autoridad juzgadora decidir cuál es la hipótesis en controversia que se encuentra probada.

2.2 Estándar de prueba

El término "estándar de prueba" es aquí empleado, en la línea de Gascón, como los "criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho; o sea, los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe"[4]. En los sistemas de *common law*, mientras en materia penal el estándar prevaleciente es el de la mayor probabilidad (*more likely than not*), en materia civil prima el estándar de la convicción "más allá de toda dura razonable" (*beyond any reasonable doubt*). A su vez, en la tradición romano-germánica, el estándar más usual en materia penal es el de la íntima convicción del juez o de la jueza. Dicho estándar establece que quien sostiene la acusación debe producir la evidencia hasta el nivel de provocar la convicción firme de la entidad juzgadora.

2.3 Regulación de la prueba

En su libro *La valoración racional de la prueba,* Michele Taruffo explica la distinción tradicionalmente realizada en los sistemas de *common law* entre el principio de la libertad (*free proof*) y de legalidad de la prueba (*law of evidence*). Por el primero, se entiende que, salvo cuando existan prohibiciones expresas, todo elemento de juicio relevante puede ser empleado sobre la base de los cánones del sentido común y de la racionalidad. A su vez, el *law of evidence* constituye el conjunto de normas que limita y superpone requisitos jurídicos a los referidos criterios de racionalidad y sentido común.

De acuerdo con Taruffo, los ordenamientos jurídicos oscilan entre los dos extremos teóricos del *free proof* y del *law of evidence*, siendo imposible concebir un sistema legal en el que se prescinda absolutamente de la libertad o de la legalidad de la prueba. El autor subraya que generalmente en los sistemas de *common law* la regulación se centra en el momento procesal de la admisibilidad, sin que exista una regulación sobre la eficacia de la prueba[5]. Como premisa general, Taruffo rechaza la tesis según la cual solamente los medios de prueba previstos expresamente en la ley deberían ser admitidos por quienes juzgan. En sus palabras, dicha tesis "parte de una idea inaceptable del catálogo legal de las pruebas y, en especial, contradice la concepción racional de la prueba, para la que es prueba todo aquello que sirve para determinar un hecho[6]."

3. ADMISIÓN Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA POR PARTE DE LA CORTE IDH

3.1 Admisión de la prueba

El principio general que rige la admisión de los elementos de prueba por parte de la Corte IDH se encuentra previsto en el artículo 57.1 de su Reglamento, el cual establece que "las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetirlas."

El Reglamento de la Corte IDH, vigente a partir de noviembre de 2009, posee algunas disposiciones adicionales que regulan las formalidades en la presentación de escritos, solicitudes y pruebas y el momento procesal para presentar los respectivos escritos[7]. Pese a la existencia de tales reglas, el control de procedibilidad de los elementos de prueba por parte de la Corte IDH es bastante más flexible que el de otros órganos supranacionales de solución de controversias.

El referido tribunal ha restringido la posibilidad de aceptar pruebas que no hayan cumplido ciertas formalidades. En los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*[8] y *Bueno Alves vs. Argentina*[9], la Corte desestimó declaraciones testimoniales extrajudiciales que no habían sido rendidas ante fedatario público. Dicha formalidad ha sido flexibilizada en situaciones en las que los testigos no han podido rendir declaraciones ante fedatario público debido a circunstancias extraordinarias. En el caso *Favela Nova Brasilia vs. Brasil*, por ejemplo, la Corte admitió la declaración extrajudicial en forma de audio de una testigo que se encontraba internada en una Unidad de Tratamiento Intensivo. Dada sus condiciones de salud, el tribunal interamericano la eximió de rendir la declaración ante fedatario público[10].

Con relación a documentos cuyo acceso se da por medio de enlaces electrónicos, la Corte dicha fuente de prueba "no afecta la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal, porque es inmediatamente localizable por la Corte y por las demás partes[11]." En cuanto a las notas de prensa, desde sus primeras sentencias la Corte IDH ha señalado que tales medios de prueba podrán ser apreciados "cuando recojan hechos públicos y notorios o declaraciones de

funcionarios del Estado, o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso" *sub judice*[12]. Más recientemente, la Corte IDH ha decidido admitir notas de prensa o documentos similares "que se encuentren completos o que, por lo menos, permitan constatar su fuente y fecha de publicación"[13].

La causa más frecuente de inadmisibilidad de la prueba por parte de la Corte IDH tiene que ver con la oportunidad procesal para su presentación. De conformidad con el artículo 57.2 del Reglamento del mencionado tribunal, las pruebas deben ser presentadas, en general, junto con los escritos de sometimiento del caso (en el caso de la CIDH), de solicitudes y argumentos (en el caso de los representantes de las presuntas víctimas), o de contestación (en el caso del Estado demandado). Según la misma disposición reglamentaria, no es admisible la prueba remitida de forma extemporánea, salvo en circunstancias de fuerza mayor, impedimento grave o si se tratare de un hecho superviniente, ocurrido con posterioridad a los respectivos momentos procesales. Cabe aquí aclarar que la extemporaneidad no es aplicable cuando la diligencia probatoria es solicitada de oficio por la Corte IDH. Dicha actuación, conocida solicitud de "prueba para mejor resolver", está contemplada en el artículo 58.b) del Reglamento de la Corte IDH.

En un número más reducido de casos, se ha solicitado la inadmisión de escritos de *amicus curiae*. En el *Caso Chihcilla Sandoval vs. Guatemala*, por ejemplo, el Estado sostuvo que un escrito de *amicus curiae* "carece de sustento legal al desconocer el contexto real de la situación de las personas privadas de libertad en el sistema penitenciario de Guatemala…". Asimismo, el Estado manifestó que el escrito de *amicus curiae* impugnado presentaba hechos nuevos, en supuesta transgresión al derecho de defensa de Guatemala ante al tribunal interamericano. Ante dichos alegatos, la Corte IDH subrayó que de acuerdo con el artículo 2.3 del Reglamento, quien presenta un *amicus curiae* es una "persona o institución ajena al litigio y al proceso" que se sigue ante la Corte, con la finalidad de presentar "razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formular consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso". Es decir, tal persona o institución no es una parte procesal en el litigio y el documento que se presenta tiene la finalidad de ilustrar a la Corte sobre cuestiones fácticas o jurídicas relacionadas con el proceso en trámite ante ésta, sin que corresponda al Tribunal pronunciarse sobre la corrección o no de tales escritos. En consecuencia, las observaciones del Estado no afectan la admisibilidad de los *amici curiae*, sin perjuicio de que tales observaciones puedan ser consideradas en lo sustancial al momento de valorar la información aportada en los mismos[14].

Finalmente, ha habido situaciones en las que los Estados demandados solicitan la inadmisión de pruebas testimoniales o periciales, aduciendo la parcialidad o falta de objetividad de las respectivas testigos o peritas. Al respecto, la Corte ha sostenido que este tipo de objeciones "tienen relación con el peso y alcances probatorios de los peritajes señalados, pero no afecta su admisibilidad como parte del acervo probatorio[15]."

3.2 Autonomía en la determinación de hechos probados y su calificación jurídica

Los instrumentos que rigen el mandato de la Corte IDH; a saber, su Estatuto y Reglamento, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos; contienen un número bastante reducido de disposiciones sobre la admisión y valoración de la prueba. En efecto, el Reglamento de la Corte IDH contiene un único artículo sobre la admisibilidad y tres sobre las demás etapas de la producción probatoria[16]. Así las cosas, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido la principal fuente normativa respecto de los procedimientos que rigen la producción probatoria. Aunque el abordaje de la Corte suele variar según los hechos de cada caso, a los fines del presente ensayo, nos interesa señalar algunos principios generales plasmados en su jurisprudencia, aplicables a casos de afectación de la integridad personal, que serán abordados en la sección subsiguiente.

En sus informes sobre admisibilidad de peticiones, la Comisión Interamericana ha señalado que "no le corresponde reemplazar las autoridades judiciales internas en la interpretación del alcance de las normas de derecho procesal y material aplicables[17]." En similar sentido, ha manifestado que "no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho

o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales dentro de los límites de su competencia"[18].

Sin perjuicio de lo anterior, tanto la doctrina de la Comisión como la jurisprudencia de la Corte IDH se sostienen en la autonomía en la valoración de los elementos de prueba producidas en el proceso interamericano, con independencia a lo que se haya concluido en sede interna por las autoridades judiciales del Estado denunciado. Tal autonomía se deriva, entre otros factores, del hecho de que, a diferencia de las autoridades judiciales internas, los órganos del SIDH no establecen responsabilidades individuales por acciones u omisiones que infrinjan una obligación internacional. La Corte IDH, así como cualquier otro órgano supranacional de derechos humanos, tiene competencia exclusivamente para conocer violaciones atribuibles a los Estados signatarios de los tratados que rigen su mandato. Dicha particularidad le ha permitido a la Corte Interamericana una mayor flexibilidad en la admisión y valoración probatoria.

En la línea de Ferrer, al elegir entre un estándar probatorio más o menos flexible, una determinada comunidad jurídica debe considerar la tolerancia atribuida a una falsa condena versus una absolución errónea. En palabras del tratadista español, "el estándar debe incorporar la preferencia por los errores negativos [absolución por error] frente a los positivos [condena por error] para dar cuenta de los valores sociales garantistas[19]."

En el caso de los tribunales supranacionales de derechos humanos, dicho dilema es relativizado, debido a que los Estados denunciados, en tanto ficciones jurídicas, no son titulares de la garantía de la presunción de inocencia.

Aún sobre el principio de la autonomía probatoria del que goza la Corte IDH, son varios los ejemplos en los que dicho tribunal ha arribado a una conclusión distinta a la de las autoridades judiciales internas. Ello ha ocurrido en la formación de la convicción tanto sobre un determinado hecho alegado por los representantes de las víctimas y controvertido por el Estado denunciado, como sobre su respectiva calificación jurídica.

3.2.1 Conclusión sobre hechos probados

En cuanto a las conclusiones sobre hechos, en el *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, el Estado sostuvo que la sentencia emitida por su Corte Suprema de Justicia (CSJ) desvirtuaba la versión de los peticionarios ante la Corte IDH, según la cual el señor Osorio Rivera había sido objeto de desaparición forzada. Perú presentó varios elementos de juicio que fundamentaron la decisión de la CSJ, entre los cuales destacan: la declaración de dos testigos que manifestaron haber visto con vida al señor Osorio Rivera el 1 de mayo de 1991; radiogramas militares disponiendo su liberación del batallón al cual había sido conducido; y un documento manuscrito titulado "Constancia de Libertad" con la firma y dactilar de la víctima. Pese a la valoración sobre las pruebas realizada por la CSJ del Perú, la Corte IDH efectuó

> sus propias determinaciones sobre la supuesta liberación del señor Jeremías Osorio Rivera, para lo cual analiz[ó] lo siguiente: a) el valor probatorio de la 'constancia de libertad'; b) la credibilidad de los testimonios de las personas que presenciaron la supuesta liberación del señor Jeremías Osorio Rivera, y c) las declaraciones de los familiares sobre las acciones que presumen hubiera tomado el señor Jeremías Osorio Rivera[20].

Así las cosas, la Corte Interamericana arribó a una conclusión diametralmente opuesta a la de la Corte Suprema de Justicia del Perú, y concluyó que el señor Osorio Rivera no había sido liberado de la base militar de Cajatambo, a la cual había ingresado en los últimos días de abril de 1991. La Corte IDH desvirtuó, por lo tanto, los hechos considerados probados por la máxima instancia judicial peruana en el proceso penal respectivo.

3.2.2 Calificación jurídica de los hechos probados

Con relación a la divergencia sobre la calificación jurídica, efectuada por las autoridades internas y por la Corte IDH, tal situación se ha dado con alguna frecuencia en casos de desaparición forzada y tortura. Sobre el primer delito, los artículos II y III de la

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) establecen la obligación de los Estados parte de adoptar "las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad…" En vista de dicha obligación, la Corte IDH ha desvirtuado investigaciones internas llevadas a cabo por el delito de secuestro, cuando los hechos probados merecen la calificación jurídica de desaparición forzada[21].

En similar sentido, la Corte IDH ha desvirtuado la calificación jurídica realizada por autoridades internas con relación a la tortura, cuya tipificación, investigación y sanción deben ajustarse a lo establecido en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar el citado delito. En el *Caso Valdemir Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*, por ejemplo, las autoridades judiciales peruanas habían concluido que los golpes recibidos por el señor Quispialaya durante un entrenamiento militar constituían lesiones corporales simples. Tras examinar el acervo probatorio del caso, la Corte IDH determinó que las lesiones infligidas al señor Quispialaya constituyen tortura, en los términos de los artículos 5.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[22].

En lo que se refiere a la vulneración de la integridad personal de las mujeres, la Convención de Belém do Pará establece parámetros para identificar cuando un acto constituye violencia de género. Su artículo 1° señala que "debe entenderse por violencia contra la mujer, cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". A su vez, la Corte IDH ha afirmado que la violencia basada en el sexo, "abarca actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad"[23].

En el *Caso I.V. vs. Bolivia*, la Corte examinó, a partir de las obligaciones contenidas en la Convención de Belém do Pará, la esterilización llevada a cabo en un hospital público sin el consentimiento informado de la víctima. En su razonamiento, la Corte IDH recogió estándares contenidos en instrumentos de *soft law*, tales como la Declaración y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Declaración de Beijing, 1995) y pronunciamientos de comités temáticos de la ONU, para concluir que "la esterilización femenina forzada, obligatoria, coercitiva, no consentida o involuntaria efectivamente constituye un acto de violencia contra la mujer"[24].

Finalmente, en el *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, la Corte IDH hizo hincapié en la obligación de investigar actos de violencia sexual contra mujeres indígenas, en el contexto del conflicto armado interno en Guatemala, con el fin de establecer la posible comisión del delito de genocidio[25].

3.3 Valoración de la prueba

Del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH, se desprende la referencia a principios más vinculados con la libertad de prueba que la prueba legal. Entre tales principios destaca el de la sana crítica, el cual proyecta la libre valoración de la prueba con base en los cánones de la lógica y de la experiencia[26]. Por otro lado, la Corte IDH suele formar su convicción sobre hechos probados a partir de la valoración del acervo probatorio en su conjunto, el cual se constituye de todos elementos de prueba presentados en las diferentes etapas del proceso ante la Comisión y ante el propio Tribunal[27].

4. ESTÁNDAR DE PRUEBA UTILIZADO POR LA CORTE IDH

Los órganos internacionales de solución de controversias no suelen pronunciarse sobre el estándar probatorio sobre el cual basan sus decisiones sobre hechos. Los pocos tribunales que aducen seguir un estándar probatorio específico tienden a matizar sus propios criterios, con relación al empleado por las cortes nacionales. A modo de ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha mencionado el estándar de "más allá de toda duda razonable" en algunas sentencias, aclarando sin embargo que no lo utiliza de la misma forma que los tribunales penales de los sistemas de *common law*[28].

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte IDH ha elegido uno u otro estándar de prueba según la conformación de sus integrantes y la materia de la que versa el asunto decidido[29]. En el *Caso Escher y Otros vs. Brasil*, la Corte sostuvo que algunos hechos deducidos por la Comisión y

por los representantes de las víctimas no podían ser probados con plena certeza, pero que existía una "alta probabilidad" de que habían ocurrido, por lo que fueron declarados probados[30]. Pese a que dicho fraseo acerca es consistente con el estándar de "más allá de toda duda razonable", la excepcionalidad con la que la Corte IDH se ha referido a un estándar probatorio concreto en sus decisiones no nos permite generalizar el razonamiento empleado en la referida sentencia.

Sin perjuicio de lo anterior, la estructura usualmente empleada por la Corte IDH en sus decisiones apunta hacia un estándar mucho más cercano al de los sistemas de *civil law*. Tal como se ha explicado en las secciones anteriores del presente ensayo, mientras en dichos sistemas el control de motivación sobre los medios de prueba se da principalmente en la valoración *ex post* la admisión de los medios de prueba, en los sistemas de *common law*, el juicio sobre los hechos se concentra en la etapa de admisión de los medios de prueba. La cercanía entre el estándar de prueba empleado por la Corte IDH y el que vigora en los sistemas de *civil law* se sostiene asimismo en el empleo de presunciones y otros métodos propios de un bajo estándar probatorio[31].

5. ELEMENTOS DE PRUEBA Y SU VALORACIÓN EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO DECIDIDOS POR LA CORTE IDH

En casos relacionados con violencia de género, tanto la Comisión como la Corte IDH han adoptado criterios más específicos de ponderación de la evidencia. La Corte ha señalado, por ejemplo, la alta probabilidad de que las violaciones sexuales se produzcan en ausencia de otras personas más allá de la víctima y los agresores, y que en dichos casos el relato de la víctima constituye una evidencia fundamental. La Corte ha afirmado, asimismo, que tales declaraciones deben ser valoradas dentro del conjunto de las pruebas del proceso, "ya que […] pueden proporcionar mayor información sobre las presuntas violaciones y sus consecuencias"[32].

En el examen de la credibilidad de las declaraciones de las víctimas de episodios traumáticos, tales como la violencia sexual, la Corte IDH ha sostenido que "no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, *a priori*, inconsistencias en el relato"[33]. Al considerar alegatos de violencia sexual sin elementos de prueba más allá del relato de la víctima, la Corte ha hecho referencia a los artículos 96 de los Reglamentos de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, los cuales establecen que, en los supuestos de violencia sexual, no se requerirá la corroboración del testimonio de la víctima[34].

Otro elemento de prueba que los órganos del SIDH suelen tomar en consideración en casos de violencia de género es el contexto en el que se inscriben los hechos alegados. En algunos casos, la Corte IDH ha dado por probados actos de violencia de género en base a las declaraciones de la víctima, la existencia de un contexto consistente con tales declaraciones y la ausencia de investigaciones dirigidas a esclarecer los hechos. En el *Caso J vs. Perú*, por ejemplo, la Corte IDH dio por probado que la víctima había sido golpeada, manoseada sexualmente y que sus ojos habían sido vendados por agentes de la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), de la Policía Nacional del Perú, a partir de los siguientes elementos de prueba:

> (1) el contexto en la época de los hechos y la similitud de éste con los hechos relatados por la señora J.; (2) las declaraciones de la señora J. ante las autoridades internas; (3) las inconsistencias de la declaración de la fiscal del Ministerio Público; (4) el examen médico realizado a la señora J., y (5) la falta de esclarecimiento de los hechos por parte del Estado[35].

En un número reducido de casos, la Corte IDH ha contado con pruebas materiales de actos de violencia, además de la declaración de la víctima y el contexto en el que se inscriben los hechos alegados. En tales casos, la determinación de los hechos suele darse de forma inequívoca, aun cuando el Estado concernido alega que las pruebas materiales e indiciarias conducen a una hipótesis distinta a la relatada por la víctima.

En el *Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, la Corte contaba con evaluaciones médicas emitidas por la Policía Nacional y por el Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público del Perú, en los cuales se registraban una serie de lesiones en diferentes partes del cuerpo de la señora Espinoza Gonzáles. Mientras la víctima, sus representantes y la CIDH sostuvieron que tales lesiones se derivaron de actos de tortura

perpetrados por policías adscritos a la DINCOTE y a la División Antisecuestro (DIVISE), el Estado peruano alegó que tales lesiones provenían de una supuesta caída accidental por parte de la señora Espinoza Gonzáles, quien se trasladaba en una motocicleta al momento de su detención, el 17 de abril de 1993. Posteriormente, cuando el caso ya se encontraba bajo la jurisdicción de la Corte IDH, el Estado manifestó que, "a través del Ministerio Público, está investigando penalmente a fin de esclarecer los hechos y sancionar a los presuntos responsables de los supuestos actos de tortura y violencia sexual ocurridos en las instalaciones de la DIVISE y DINCOTE entre abril y mayo de 1993[36]." En dicho caso, la Corte IDH dirimió la controversia con relación al origen de las lesiones presentadas por la señora Espinoza Gonzáles con base en el abundante acervo probatorio, incluyendo pruebas materiales, que corroboraban las declaraciones de la víctima[37].

Una de las pruebas materiales examinadas por la Corte IDH en el caso Espinoza Gonzáles fueron los peritajes psicológicos emitidos tanto por profesionales vinculadas al Instituto de Medicina Legal, como por peritas propuestas por las representantes de la víctima a lo largo del trámite del caso ante el SIDH. Entre enero y febrero de 2004, el Instituto de Medicina Legal del Perú había emitido informes de evaluación psicológica a la señora Espinoza Gonzáles en los que se omitía cualquier tipo de relación entre los síntomas de disociación presentados por la víctima y posibles actos de tortura al momento de su detención, en 1993, denunciados ante los órganos del SIDH. Dicha omisión se contrastó con los peritajes independientes, rendidos por dos psicólogas propuestas por las representantes de la víctima. Las psicólogas de la parte peticionaria presentaron sus propios informes escritos y oralmente, en audiencias públicas sostenidas por la Comisión Interamericana y, posteriormente, por la Corte IDH. En su sentencia, la Corte evaluó a todos los peritajes en su conjunto y sostuvo que ellos apoyan empíricamente la hipótesis derivada de otras evidencias, según la cual Gladys Carol Espinoza fue objeto de violencia y violación sexual en los días que siguieron su detención[38].

A diferencia del *Caso Espinoza Gonzáles*, en la mayoría de los asuntos en los que se denuncian actos de violencia sexual, la Corte IDH no cuenta con informes médicos u otro tipo de prueba material que sostenga el relato de la víctima. En algunos casos, la Corte IDH debió pronunciarse sobre la existencia o no de actos de violencia sexual en situaciones en las que la víctima no presentaba huellas físicas tras la agresión denunciada. Sobre el particular, la Corte IDH ha señalado que la ausencia de señales físicas no implica que no se han producido maltratos, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas ni cicatrices permanentes […]. En el mismo sentido, en casos donde se alegue agresiones sexuales, la falta de evidencia médica no disminuye la veracidad de la declaración de la presunta víctima. En tales casos, no necesariamente se verá reflejada la ocurrencia de violencia o violación sexual en un examen médico, ya que no todos los casos de violencia y/o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de dichos exámenes[39].

En el *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, al fijar los hechos probados de violencia sexual, la Corte se basó en las declaraciones testimoniales de algunas víctimas o de terceros y, en algunos casos, declaraciones periciales[40]. En su valoración sobre los hechos, la Corte IDH dio por probado incluso el contenido de declaraciones rendidas por un número reducido de testigos. Destacan, en este sentido, los siguientes hechos:

Cuando llegó al Hospital de la Sanidad de la Policía una de las internas fue objeto de una "inspección" vaginal dactilar, realizada por varias personas encapuchadas a la vez, con suma brusquedad, bajo el pretexto de revisarla[41].

Se acreditó ante la Corte que las internas Eva Challco, Vicente Genua López y Sabina Quispe Rojas al momento de los hechos en Castro Castro se encontraban embarazadas. Tenían, respectivamente, 7, 5 y 8 meses de embarazo. Las internas Eva Challco y Sabina Quispe dieron a luz cuando se encontraban, respectivamente, en las cárceles de Cachiche y Chorrillos, y no recibieron atención médica sino hasta que las llevaron al hospital para el parto. La interna Sabina Quispe no recibió atención médica post parto[42].

Aunque la Corte IDH no buscó corroborar las declaraciones testimoniales que fundamentaron los hechos resumidos en los párrafos anteriores con otros elementos de prueba, hizo una mención más general al contexto de empleo de

la violencia sexual como una táctica de guerra durante el conflicto armado interno en el Perú[43].

En casos más recientes, la Corte IDH ha considerado probado un determinado hecho cuando los testimonios que lo sostienen son apoyados por un contexto acreditado en pronunciamientos de organismos supranacionales y de la sociedad civil. Con relación a contextos de violaciones sistemáticas de derechos humanos, producto de conflictos armados internos o de dictaduras, la Corte IDH ha hecho especial énfasis en el valor probatorio las conclusiones y hechos establecidos en el Informe Final de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala[44]; el Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú[45]; el Informe de la Comisión de la Verdad para El Salvador[46]; el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, el Informe sobre calificación de víctimas de violaciones de derechos humanos y de la violencia política de la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, y el Informe de la Comisión Nacional sobre prisión política y tortura, todos ellos de Chile[47], y el Informe de la Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia, en Colombia[48].

En el *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*, el Estado había objetado el valor probatorio del Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico. Ante dicha objeción, la Corte IDH recordó que en casos anteriores ha otorgado un particular énfasis al valor probatorio de los informes de Comisiones de la Verdad o de Esclarecimiento Histórico como pruebas relevantes en la determinación de los hechos y de la responsabilidad internacional de los Estados. Al respecto, ha señalado que, según el objeto, procedimiento, estructura y fin de su mandato, tales comisiones pueden contribuir a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados períodos históricos de una sociedad[49].

En este mismo caso, la Corte IDH dio por probado, a partir del contexto descrito en el informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de Guatemala, lo expresado en declaraciones testimoniales[50], actas de exhumación e informes de investigación antropológico-forense[51].

En los casos que se enmarcan en un patrón de violencia generalizada y discriminación estructural fuera de un contexto de ruptura democrática o de conflicto armado interno, la Corte IDH se ha referido a pronunciamientos de organismos supranacionales, tales como los comités y relatorías temáticas de la ONU, de los Ombudsman Nacionales de Derechos Humanos y de la sociedad civil. En el caso Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala, la Corte IDH utilizó pronunciamientos de esta naturaleza, dando por probada la existencia de un entorno de violencia contra las mujeres en el país, "tales como violencia intrafamiliar y doméstica, rapto y violación, acoso, explotación y otras formas de violencia sexual." Asimismo, consideró que la muerte y agresiones sufridas por la víctima, Claudina Velásquez Paiz, encuentra respaldo probatorio en el incumplimiento del deber de prevención por parte de las autoridades guatemaltecas, tal como señalan los pronunciamientos de entidades dedicadas al monitoreo de la situación de los derechos humanos en Guatemala[52].

Finalmente, uno de los elementos que la Corte IDH ha tomado en consideración al momento de ponderar los elementos de prueba en un alegado supuesto de violencia de género es la ausencia de esclarecimiento judicial por parte del Estado denunciado. Como regla general, la Corte ha señalado que la ausencia de esclarecimiento de denuncias de violencia de género por parte de una autoridad competente o, en su caso, el incumplimiento de la debida diligencia en las investigaciones, puede ser utilizado como indicio que apoya empíricamente los elementos de prueba consistentes con la hipótesis sostenida por la víctima y sus representantes. En el caso *Favela Nova Brasilia vs. Brasil*, la Corte subrayó una investigación diligente en torno a denuncias de violencia contra la mujer debe seguir lo establecido en el "Manual de Investigación y Documentación Efectiva sobre Tortura, Castigos y Tratamientos Crueles, Inhumanos o Degradantes (Protocolo de Estambul)" y en los "*Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence*" de la Organización Mundial de la Salud[53].

6. CONSIDERACIONES FINALES

Aunque los instrumentos que regulan el mandato de la Corte IDH contienen un número

bastante reducido de disposiciones sobre el ejercicio de la actividad probatoria, se puede recoger, en la jurisprudencia del tribunal, una serie de reglas y parámetros de interpretación sobre la admisión y valoración de la evidencia. En general, el estándar seguido por la Corte IDH se acerca al de los ordenamientos jurídicos basados en la tradición del *civil law*. Bajo dicha tradición, la autoridad judicial posee una mayor discrecionalidad para admitir los elementos de prueba, debiendo sin embargo ejercer una carga argumentativa más pronunciada al justificar los hechos que se encuentran probados.

Uno de los corolarios más importantes que se recoge de la jurisprudencia de la Corte IDH es su autonomía en la determinación de hechos y en su calificación jurídica. En diferentes casos, la Corte ha emitido conclusiones sobre hechos probados que se apartan de las conclusiones de los tribunales internos. Por otro lado, la Corte IDH ha calificado hechos probados como delitos cuya tipificación se encuentra prevista en instrumentos interamericanos, tales como la desaparición forzada y la tortura, pese a una calificación jurídica distinta por parte de las autoridades judiciales internas.

Con relación a la admisión y valoración de la prueba en casos donde las víctimas denuncian hechos constitutivos de violencia de género, tanto la Comisión como la Corte IDH han adoptado criterios más específicos de ponderación. En líneas generales, esos criterios pueden ser resumidos a partir de las siguientes sub-reglas:

a) aun cuando no se encuentra corroborada por otras evidencias, la declaración de la víctima tiene un valor probatorio fundamental para el establecimiento de hechos probados;

b) en casos donde se alegue agresiones sexuales, la falta de evidencia médica o de huellas de lesiones corporales no disminuye la veracidad de la declaración de la víctima;

c) el valor probatorio del testimonio de la víctima se fortalece cuando se enmarca en un contexto o patrón consistente con el descrito por la víctima y sus representantes;

d) la ausencia de esclarecimiento judicial oportuno en torno a los actos de violencia sexual denunciados por la víctima favorece el valor probatorio de sus declaraciones;

e) los peritajes psicológicos producidos ante los órganos del SIDH y otras pruebas materiales producidas ante autoridades internas, tales como certificados médico-forenses, permiten establecer hechos probados con un mayor grado de certeza.

A partir de estas sub-reglas y del análisis contenido en las secciones anteriores, el presente ensayo busca contribuir a una mejor comprensión de los criterios de admisión y valoración de la evidencia empleados por la Corte IDH en casos donde se alegan hechos constitutivos de violencia de género.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Álvaro Paúl Díaz, *Análisis Sistemático de la Evaluación de la Prueba que Efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in: *Revista Chilena de Derechos*, vol. 42 Nº. 1, pp. 297-327, 2015.

Carlos J. Zelada y Diego A. Ocampo Acuña, *Develando lo Invisible: La Feminización de los Estándares de Prueba sobre Violencia Sexual en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in: *Derecho en Libertad*, vol. 9, pp. 138-190, 2012.

CIDH, Informe Nº. 5/96, Caso 10.970, Fondo, Raquel Martin Mejía, Perú, 1 de marzo de 1996.

CIDH, Informe Nº 39/96, Caso 11.673, Inadmisibilidad, *Santiago Marzioni vs. Argentina*, 15 de octubre de 1996.

CIDH, Informe Nº 122/01, Petición 15-00, Inadmisibilidad, *Wilma Rosa Posadas vs. Argentina*, 10 de octubre de 2001.

CIDH, Informe Nº 16/03, Petición 346-01, Inadmisibilidad, *Edison Rodrigo Toledo Echeverría vs. Ecuador*, 20 de febrero de 2003.

CIDH, Informe Nº 45/04, Petición 369-01, Inadmisibilidad, *Luis Guillermo Bedoya de Vivanco vs. Perú*, 13 de octubre de 2004.

CIDH, Informe Nº 39/05, Petición 792-01, Inadmisibilidad, *Carlos Iparraguirre y Luz Amada Vásquez de Iparraguirre vs. Perú*, 9 de marzo de 2005.

CIDH, Informe Nº 27/07, Petición 12.217, Inadmisibilidad, *José Antonio Aguilar Angeletti vs. Perú*, 9 de marzo de 2007.

CIDH, Informe Nº 79/10, Petición 12.119, Inadmisibilidad, *Asociación de Jubilados Petroleros del Perú – Área Metropolitana de Lima y Callao vs. Perú*, 12 de julio de 2010.

CIDH, Informe Nº. 84/13, Caso 12.482, *Valdemir Quispealaya Vilcapoma Vs. Perú*, 4 de noviembre de 2013.

Corte IDH. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, Nº. 164.

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, Nº. 312.

Corte IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C, Nº. 212.

Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú***.** Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, Nº. 160.

Corte IDH. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C, Nº. 244.

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.

Corte IDH. *Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, Nº. 165.

Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, Nº. 289.

Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C, Nº. 333.

Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C, Nº. 215.

Corte IDH. *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C, Nº. 240.

Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, Nº. 107.

Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, Nº. 329.

Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C, Nº. 275.

Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C, Nº. 25.

Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, Nº. 213.

Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, Nº. 328.

Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, Nº. 101.

Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C, Nº. 274.

Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares*. Sentencia del 25 de enero de 1996. Serie C, Nº. 23.

Corte IDH. *Caso Pollo Rivera y Otros Vs. Perú*. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C, Nº. 319.

Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C, Nº. 308.

Corte IDH. *Caso Rochac Herández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C, Nº. 285.

Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C, Nº. 287.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, Nº. 216.

Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C, Nº. 314.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, Nº. 190.

Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de noviembre de 2015. Serie C, Nº. 307.

Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Ed. Marcial Pons, 2005.

Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, 2007.

Marina Gascón Abellan, *Sobre la Posibilidad de Formular Estándares de Prueba Objetivos*, in: DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 28: pp. 127-139.

Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, Ed. Trotta, 2011.

William Twining, *Rethinking Evidence – Exploratory Essays*, ED. Basil Blackwell, 1990.

NOTAS

1. Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Ed. Marcial Pons, 2005, p. 24.
2. Según William Twining, la tradición racionalista del estudio de la evidencia asume al menos tres corolarios principales: i) la posibilidad de alcanzar la verdad sobre los hechos ocurridos a través de un método racional; ii) la primacía de la obtención de la verdad como medio para satisfacer la justicia en derecho; y iii) la aceptación de que la justicia es obtenida mediante la aplicación del derecho material. A la luz de esos corolarios, Twining destaca que en el modelo racionalista de adjudicación la finalidad del derecho procesal es la rectitud de la decisión, es decir, la debida aplicación del derecho material, lo cual requiere una determinación lo más precisa posible de la verdad de los hechos. William Twining, *Rethinking Evidence – Exploratory Essays*, Ed. Basil Blackwell, 1990.
3. En las palabras de Ferrer, "ante una prueba o un tipo de prueba de muy baja finalidad, el control de racionalidad podrá funcionar *a posteriori* siempre que se exija al decidor sobre los hechos probados que justifique por qué ha declarado probados esos hechos y cuál ha sido el apoyo empírico en el que ha basado su decisión." Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho*, Ed. Marcial Pons, 2005, p. 44.
4. Marina Gascón Abellan, *Sobre la Posibilidad de Formular Estándares de Prueba Objetivos*, in: DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Vol. 28: pp 127-139.
5. Michele Taruffo, *La prueba de los hechos*, Ed. Trotta, 2011, p. 368.
6. Michele Taruffo, *La prueba de los hechos,* pp. 370-71.
7. Véanse, por ejemplo, el artículo 28 y el Capítulo II del Reglamento de la Corte IDH.
8. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C, Nº. 107, párr. 91.
9. Corte IDH. *Caso Bueno Alves*. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C, Nº, 164, párr. 50.
10. Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C, Nº. 333, párr. 94.
11. Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C, Nº. 333, párr. 92, donde se citan *Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C, Nº. 165, párr. 26, y *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, Nº. 328, párr. 67.
12. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo,* párr. 146, y *Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C, Nº. 314**,** párr. 54.
13. Corte IDH. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de junio de 2012. Serie C, Nº. 244, párr. 17 *y Caso Tenorio Roca y otros Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C, Nº. 314*,* párr. 38.
14. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval Vs. Guatemala*. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, Nº. 312, párr. 38.
15. Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de noviembre de 2015. Serie C, Nº. 307, párr. 36.
16. Véase Capítulo V del Reglamento de la Corte IDH, titulado *De la Prueba*.
17. CIDH, Informe Nº 79/10, Petición 12.119, Inadmisibilidad, Asociación de Jubilados Petroleros del Perú – Área Metropolitana de Lima y Callao, Perú, 12 de julio de 2010, párrs. 41 y 42; Informe Nº 27/07, Petición 12.217, Inadmisibilidad, José Antonio Aguilar Angeletti, Perú, 9 de marzo de 2007, párrs. 41 y 43 e Informe Nº 39/05, Petición 792-01, Inadmisibilidad, Carlos Iparraguirre y Luz Amada Vásquez de Iparraguirre, Perú, 9 de marzo de 2005, párrs. 52 y 54.
18. CIDH, Informe Nº 45/04, Petición 369-01, Inadmisibilidad, Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, Perú, 13 de octubre de 2004, párr. 41; Informe Nº 16/03, Petición 346-

01, Inadmisibilidad, Edison Rodrigo Toledo Echeverría, Ecuador, 20 de febrero de 2003, párr. 38; Informe Nº 122/01, Petición 15-00, Inadmisibilidad, Wilma Rosa Posadas, Argentina, 10 de octubre de 2001, párr. 10 e Informe Nº 39/96, Caso 11.673, Inadmisibilidad, Santiago Marzioni, Argentina, 15 de octubre de 1996, párr. 71.

19. Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, Ed. Marcial Pons, 2007, p. 146.

20. Véase Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, Nº. 290, párr. 135.

21. Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C, Nº. 190 y Corte IDH. *Caso González Medina y familiares Vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2012. Serie C, Nº. 240.

22. Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C, Nº. 308, párr. 129.

23. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, Nº. 160, párr. 303, y *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, Nº. 289**,** párr. 223, ambas citando ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Nº. 19, *La violencia contra la mujer*, 1992, párr. 6.

24. Corte IDH. *Caso I.V. Vs. Bolivia*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, Nº. 329, párr. 254.

25. Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, Nº 328, párr. 256.

26. La mención alie criterio de la sana crítica para la valoración de la prueba se encuentra presente desde la jurisprudencia temprana de la Corte IDH. Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares*. Sentencia del 25 de enero de 1996. Serie C, Nº. 23, párr. 76.

27. Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, Nº. 33, párr. 43, y *Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil*, Sentencia de 16 de febrero de 2017. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, Nº. 333, párr. 98.

28. Véase TEDH, *Enukidze vs. Georgia* (2011), párr. 285 y *Nachova vs. Bulgaria* (2005), párr. 147.

29. Carlos J. Zelada y Diego A. Ocampo Acuña, *Develando lo Invisible: La Feminización de los Estándares de Prueba sobre Violencia Sexual en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in: *Derecho en Libertad*, vol. 9, pp. 138-190, 2012.

30. 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, párr. 128.

31. Álvaro Paúl Díaz, *Análisis Sistemático de la Evaluación de la Prueba que Efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in: *Revista Chilena de Derechos*, vol. 42, Nº. 1, pp. 297-327, 2015.

32. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, Nº. 216, párr. 52, donde se citan Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, Nº. 33, párr. 43; *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de mayo de 2010. Serie C, Nº. 212, párr. 56 y *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C, Nº. 213, párr. 65.

33. Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C, Nº. 216, párr. 91 y *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C, Nº. 215, párr. 104.

34. Véase, por ejemplo, Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, Nº. 289, párr. 153.

35. Corte IDH. *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C, Nº. 275, párr. 354.

36. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, Nº. 289, párr. 147.

37. Entre las evidencias consideradas por la Corte IDH, destacan: i) un extracto del Informe Final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú, en el que se investigó la muerte de Rafael Salgado Castillo, detenido conjuntamente con Gladys Carol Espinoza el 17 de abril de 1993, y en donde se descarta expresamente la posibilidad de que haya ocurrido una colisión en la motocicleta en la que se desplazaban; ii) las declaraciones de Gladys Espinoza desde 1993 hasta el 2014 ante autoridades policiales, fiscales y judiciales; iii) los informes elaborados por la DIVISE y la DINCOTE en el año 1993 sobre las circunstancias en las que fueron detenidos Gladys Espinoza y Rafael Salgado; iv) los certificados médicos y psicológicos emitidos entre los años 1993 y 2014, en su mayoría elaborados por médicos legistas del Estado, así como el peritaje de la psicóloga Ana Deutsch rendido ante la Corte IDH y de la psicóloga Carmen Wurst ante la CIDH; v) los testimonios de Lily Cuba y Manuel Espinoza Gonzáles, rendidos ante la Corte IDH, y vi) la falta de investigación de los hechos descritos por la víctima. Véase Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, Nº. 289, párr. 148.

38. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, Nº. 289, párrs. 164-172.

39. Corte IDH. *Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C, Nº. 289, párrs. 152 y 153 y *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Ser. C, Nº. 275, párrs. 329 y 333, donde se citan Tribunal Penal Internacional para Ruanda, *Fiscalía vs. Jean-Paul Akayesu*, Sentencia de 2 de septiembre de 1998, caso Nº. ICTR-96-4-T, párrs. 134 y 135; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscalía vs. Anto Furundzija*, Sentencia de 10 de diciembre de 1998, caso Nº. IT-95-17/1-T, párr. 271; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscalía vs. Tadić*, Sentencia de apelación 15 de julio de 1999, caso Nº. IT-94-1-A, párr. 65; Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, *Fiscalía vs. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic y Esad Landzo ("Celebici camp")*, Sentencia de apelación de 20 de febrero de 2001, caso Nº. IT-96-21, párrs. 504 y 505.

40. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú***.** Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, Nº. 160, párr. 197.49, donde se citan las declaraciones testimoniales escritas de Miriam Rodríguez, Margot Lourdes Liendo Gil, Mercedes Ríos Rivera, Victoria Trujillo Agurto y Ana María Berríos Yenque; y la declaración testimonial rendida por Gaby Balcázar Medina en la audiencia pública ante la Corte IDH celebrada los días 26 y 27 de junio de 2006.

41. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú***.** Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, Nº. 160, párr. 197.50, donde se menciona la declaración testimonial escrita de Ana María Berríos Yenque.

42. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú***.** Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, Nº. 160, párr. 197.57, donde se mencionan declaraciones testimoniales escritas rendidas por las señoras Eva Challco y Sabina Quispe Rojas.

43. Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú***.** Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C, Nº. 160, párr. 225.

44. Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, Nº. 101, párrs. 131 y 134.

45. Corte IDH. *Caso Pollo Rivera y Otros Vs. Perú*. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de octubre de 2016. Serie C, Nº. 319, párr. 27.

46. Corte IDH. *Caso Rochac Herández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C, Nº. 285, párr. 46.

47. Corte IDH. *Caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 2 de septiembre de 2015, Serie C, Nº. 300, párrs. 23 a 26.

48. Corte IDH. *Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia*. *Excepciones Preliminares, Fondo,*

Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C, Nº. 287, párr. 88.

49. Corte IDH. *Caso Miembros de la Aldea Chichupac y Comunidades Vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C, Nº 328, párr. 73.

50. *Idem*, párr. 85, donde se da por probado la violencia sexual de Máxima Emiliana García Valey, el 8 de enero de 1982, con fundamento en el contexto y declaraciones testimoniales de la propia víctima.

51. *Idem*, párr. 108, donde se da por probado la violación sexual y ejecución de Gregoria Valey Ixtecoc, el 22 de noviembre de 1982, con fundamento en el contexto, un acta de exhumación de cadáver de abril de 2002 y un informe de investigación antropológico forense de la FAFG, de diciembre del mismo año.

52. Corte IDH. *Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala*. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de noviembre de 2015. Serie C, Nº. 307, párrs. 132 y 133.

53. Corte IDH. *Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C, Nº. 333, párr. 255.

THE USE OF PROVISIONAL/INTERIM MEASURES BY INTERNATIONAL COURTS IN CASES OF MASS HUMAN RIGHTS VIOLATIONS: COMPARATIVE ANALYSES OF ICJ, UNHRC, IACTHR AND ECTHR PRACTICE

Ganna Yudkivska
Judge and Section President at the European Court of Human Rights;
Associate Professor at the Academy of Advocacy of Ukraine.

As you pour yourself a scotch,
crush a roach, or check your watch,
as your hand adjusts your tie,
people die.
In the towns with funny names,
hit by bullets, caught in flames,
by and large not knowing why,
people die.
In small places you don't know
of, yet big for having no
chance to scream or say good-bye,
people die.
People die as you elect
new apostles of neglect,
self-restraint, etc. – whereby
people die…

Joseph Brodsky, "Bosnia Tune".

ABSTRACT

In situations of mass human rights violations, one of the most powerful tools available to international courts is the use of interim (also termed provisional or precautionary) measures. Such measures are designed to prevent irreparable harm from occurring in the interim period before a final judgment on the merits of a case can be rendered. This paper compares the practice of four of the key international human rights bodies and draws attention to fundamental commonalities in their application of interim measures.

Keywords

Interim/Provisional measures; mass human rights violations; international courts; urgency; risk of irreparable harm; comparative analysis.

1. INTRODUCTION

The purpose of interim measures, as an instrument of the international (human rights) judiciary in cases of mass human rights violations, is to ensure that certain fundamental rights are protected in urgent situations where there is an imminent risk of irreparable harm. In particular, they are necessary to maintain the status quo "by preventing particularly harmful human rights violations that would not be reparable by a decision on the merits".[1]

In international law, the terms "interim measures" and "provisional measures" are used interchangeably. Additionally, the Inter-American Commission on Human Rights uses the term "precautionary measures".[2] In this paper, the term "interim measures" will be used.

In contemporary International Public Law, the use of interim measures may differ depending

on the nature of the body, which issues them and the conditions for the indication of interim measures (jurisdiction, competence, admissibility, urgency, irreparable damage, request of the parties and/or indication by the court *proprio motu*). The most debatable issue is the degree to which such measures are regarded as binding, and the available means of enforcement. With reference to all of these factors, this article will provide a comparative analysis of how interim measures are exercised by four of the major international human rights bodies: the International Court of Justice (ICJ), the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), the United Nations Human Rights Committee (UNHRC) and the European Court of Human Rights (ECtHR).

The best explanation, in my view, of the meaning and importance of interim measures was very recently provided by Judge Antonio Cançado Trindade in his separate opinion to the the ICJ order of 19 April 2017 in the case of Application of the international convention for the suppression of the financing of terrorism and the international convention on the elimination of all forms of racial discrimination (Ukraine v. Russian Federation):

As from the times of the transposition of provisional measures into the international legal order, in the era of the old Permanent Court of International Justice (PCIJ), their relevance to the progressive development of international law itself was detected. Provisional measures of protection have indeed evolved historically, in my perception, from precautionary legal measures in domestic procedural law into jurisdictional guarantees of a preventive character in international procedural law, endowed with a truly tutelary character".[3]

It remains to be seen if this optimistic view corresponds to the reality of application of these measures.

2. CONDITIONS FOR THE INDICATION OF INTERIM MEASURES

Conditions such as prima facie jurisdiction, competence, admissibility, urgency, necessity, irreparable damage, request of the parties and/or indication by the court *proprio motu* create the bounds for electing, clarifying and indicating interim measures. Some of these conditions are common and should be met equally according to the ICJ, UNHRC, IACtHR and ECtHR's practice. As argued by Anne Peters, the question arises "whose rights must be made plausible by the plaintiff and which degree of showing this requires"[4].

Prima facie jurisdiction

Given that interim measures are designed to prevent irreparable damage in urgent situations, it is unsurprising that, in the practice of all four adjudicatory bodies studied, the standard of proof for indicating interim measures is significantly lower than that required for a full determination of the merits of a case. The practice of all four bodies is that jurisdiction need only be established on a *prima facie* basis and appears to be, at the first sight, similar.

Thus, the ICJ held in the case of *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)* that:

> …when dealing with a request for the indication of provisional measures, it is not required, before deciding whether or not to indicate such measures, to satisfy itself in a definitive manner that it has jurisdiction as regards the merits of the case; it is sufficient for it to ascertain that the provisions relied on by the Applicant appear, prima facie, to afford a basis on which its jurisdiction could be founded.[5]

The Court's practice is to reject requests for interim measures where there is no *prima facie* basis of jurisdiction, without carrying out a full assessment of the merits.[6]

The IACtHR requires *prima facie* proof that the requirements of extreme gravity and urgency and risk of irreparable harm are satisfied.[7]

For example, in the case of *Torres Millacura et al. with regard to Argentina*, the IACtHR denied a request for interim measures relating to alleged "permanent harassment and psychological torture by the Argentine State" because it was not possible to determine *prima facie* that the applicants were in a situation of "extreme gravity and urgency" where they risked suffering "irreparable harm".[8]

The European Commission on Human Rights established the principle that interim measures will only be indicated where the application discloses a *prima facie* breach of the Convention and the interim measures are to enjoin a state party from taking action that will do irreparable harm.[9]

The UNHRC also requires *prima facie* proof of irreparable harm often using the terms "likely" or "reasonably likely". For example in General Comment 33 "Measures may be requested by an author, or decided by the Committee on its own initiative, when an action taken or threatened by the State party would appear likely to cause irreparable harm to the author or the victim unless withdrawn or suspended pending full consideration of the communication by the Committee."[10]

Risk of irreparable damage (harm) and urgency

According to consistent jurisprudence of the ICJ, the UNHRC, the IACtHR and the ECtHR, the criterion of "irreparable damage (harm)" is essential to deciding whether the indication of interim measures is justified in a given case. In the case of *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* [GC], the ECtHR observed that:

> the ICJ, the Inter-American Court of Human Rights, the Human Rights Committee and the Committee against Torture of the United Nations, although operating under different treaty provisions to those of the Court, have confirmed in their reasoning in recent decisions that the preservation of the asserted rights of the parties in the face of the risk of irreparable damage represents an essential objective of interim measures in international law. Indeed, it can be said that, whatever the legal system in question, the proper administration of justice requires that no irreparable action be taken while proceedings are pending …[11]

Both the ECtHR and the UNHRC determine on a case-by-case basis whether or not there is a risk of irreparable damage. However, Helen Keller and Cedric Marti have noted that a general definition of irreparability can be found in the case of *Charles E. Stewart v. Canada*:

The essential criterion is indeed the irreversibility of the consequences, in the sense of the inability of the author to secure his rights, should there later be a finding of a violation of the Covenant on the merits. The Committee may decide, in any given case, not to issue a request under rule 86 [now rule 92] where it believes that compensation would be an adequate remedy.[12]

It is also instructive to recall that in the Mamatkulov case, the ECtHR stated that:

> Interim measures have been indicated only in limited spheres. Although it does receive a number of requests for interim measures, in practice the Court applies Rule 39 only if there is an imminent risk of irreparable damage. While there is no specific provision in the Convention concerning the domains in which Rule 39 will apply, requests for its application usually concern the right to life (Article 2), the right not to be subjected to torture, inhuman or degrading treatment or punishment (Article 3) and, exceptionally, the right to respect for private and family life (Article 8) or other rights guaranteed by the Convention. The vast majority of cases in which interim measures have been indicated concern deportation and extradition proceedings.[13]

Thus, it can be stated that the Court has adopted a rather restrictive approach, largely limiting its interim measures orders to cases involving an imminent risk to the right to life or physical integrity.

It can be said, however, that there is some tendency to look beyond this limited scope. In particular, quite recently for the first time (!) the Court decided to apply Rule 39 in a case concerning complaints under Article 10 (freedom of expression) of the European Convention on Human Rights in the case of *Rustavi 2 v. Georgia*. In this case, the Supreme Court of Georgia had ruled that Rustavi 2, the country's largest independent television station, should be put back under the control of its former majority shareholder, perceived as a close ally of the government. The ECtHR issued an interim measures order suspending enforcement of the transfer of ownership and specifically instructing the government authorities not to interfere with Rustavi 2's editorial policy in any manner.[14]

As concerns the ICJ, this judicial body "is more inclined to interpret the "irreparability" as "impossibility of full execution of the final judgment". Even if the infringement could be alleviated by appropriate means, the Court could grant the provisional measures if otherwise it would prejudice the full execution of the final judgment".[15] The ICJ has also considered the urgency of a situation in light of the final judgment. Urgency stems from the fact that "action prejudicial to the rights of either party is likely to be taken before such final decision is given."[16]

In the Inter-American system "[w]hen examining a request seeking precautionary measures, the Commission looks for three factors: i) the gravity; ii) the "urgency", and iii) whether the measure is intended to 'prevent irreparable harm to persons.' Even though the facts which motivated a request for protective measures do not have to be fully proven, a minimum degree of detail and information is necessary to assess *prima facie* a situation of gravity and urgency."[17]

Therefore, the risk of irreparable damage firstly and predominantly must be understood as harm to life and health (physical and mental). That being said, the IACtHR has adopted interim measures to protect rights other than the rights to life and personal integrity. In *Haitians and Haitian-Origin Dominicans in the Dominican Republic*, the Court ordered the Dominican Republic to stop deporting persons of Haitian origin and to allow those already deported to return. In his concurring opinion, Judge Cançado Trindade stated that "the extreme gravity of the problem of uprootedness brings about the extension of the application of provisional measures not only to the rights to life and to personal integrity … but also to the rights to personal liberty, to the special protection of the children in the family, and to circulation and residence".[18]

In a state of emergency, urgency is often a given, considering among other things the increased risk of irreparable harm to the life, health and property of the civilian population during armed hostilities. "The element of urgency in such cases is usually self-evident… Regrettably, it is exactly in these same areas that provisional measures are the most difficult to apply and enforce." [19]

Plausibility

In the case of *Belgium v Senegal*, the ICJ stated that: "*the power of the Court to indicate provisional measures should be exercised only if the Court is satisfied that the rights asserted by a party are at least plausible*".[20]

Although this requirement of plausibility has been repeated in subsequent cases, "[i]t remains to be seen whether this requirement of plausibility will withstand further judicial scrutiny, though a strong argument remains as expressed by Judge Koroma that a clear standard to *prima facie* evaluate parties' rights would ensure the provisional measures process is not abused, thus more clearly defining the authority of the ICJ".[21]

As follows from the judicial discussion in the ICJ on the recent interim measures order in the case of the *Application of the international convention for the suppression of the financing of terrorism and the international convention on the elimination of all forms of racial discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*, there is a strong voice raised for replacing the "plausibility" test with one of "vulnerability". For Judge Cançado Trindade, "human vulnerability is a test even more compelling than "plausibility" of rights for the indication or ordering of provisional measures of protection. In so acknowledging and sustaining, one is contributing to the ongoing historical process of humanization of contemporary international law".

Two more judges – Pocar and Owada – concluded that the standard of plausibility for interim measures by definition should be fairly low and thus was achieved in the discussed case. Therefore, it might be argued that some development in this direction can be observed, and replacement of "plausibility" by "vulnerability" will inevitably mean that interim measures will be indicated on a more routine and generous basis.

Judge Helen Keller notes that "a request for interim measures must make plausible the existence of an imminent risk of irreversible harm. In this context, both the UNHRC and the ECtHR seem to rely on the plausibility and credibility of the applicant's assertions. In order to meet this level of proof, a request must include relevant supporting documents such as, for example, domestic court decisions, medical reports, or specific country information compiled by NGOs or UN bodies such as the UNHCR or the OHCHR".[22]

The credibility requirement can be seen in the UNHRC's practice of granting interim measures on a provisional basis. As specified in the UNHRC's Mandate of the Special Rapporteur on new communications and interim measures: "[w]hen there are doubts regarding the imminence, credibility or irreparability of harm, the Special Rapporteur may decide to grant "provisional" interim measures. In these situations, the State party is informed that the decision of the Special Rapporteur to grant in-

terim measures may be revised in the light of information provided by the State party at any stage of the proceedings."[23]

Request of the parties and/or indication by the court proprio motu

According to Rule 75(1) of its Rules of Procedure, the ICJ "*may at any time decide to examine proprio motu whether the circumstances of the case require the indication of provisional measures which ought to be taken or complied with by any or all of the parties*".[24]

The Court issued interim measures *proprio motu* in the *LaGrand* case in which the Court recalled that it had the power under Article 75(1), that such a power had been included in the Rules of Court since 1936 and was well established, and that "it is for the Court to decide in each case if, in the light of the particular circumstances of the case, it should make use of the said power."[25]

Professor G. Zyberi concludes that "[s]o far the Court has used its powers under Rule 75(1) only once. As expected, the Court has used its *proprio motu* powers under Rule 75(1) very sparingly, so as to afford both parties the opportunity of being heard".[26] It should also be noted that in the *LaGrand* case, the applicants had requested interim measures but the Court had to act *proprio motu* and indicate measures immediately, without hearing from both parties, due to the urgency of the situation. Therefore, it can in fact be said that the ICJ "has never – without the request of a party to the dispute – proceeded to indicate measures on its own motion."[27]

The ECtHR may exceptionally apply Rule 39 *ex officio* (*proprio motu)*. Although, as Judge Helen Keller notes, "this is rarely the case in practice". In fact, the Court has only applied interim measures *proprio motu* on three occasions. Rule 39 also allows for the indication of interim measures at the request of "any other person concerned" but this has never occurred in practice.[28]

What the ECtHR is more prepared to do *proprio motu* is to seek additional information relating to a request for interim measures and to amend the terms of a request. In particular, the Court might seek additional information and then reach the conclusion that it can order less restrictive interim measures to avoid irreparable harm.[29] The Court can also "double-check or complete the applicants' submission". [30]

Under Rule 92 of the UNHRC's Rules of Procedure, "The Committee may, prior to forwarding its Views on the communication to the State party concerned, inform that State of its Views as to whether interim measures may be desirable to avoid irreparable damage to the victim of the alleged violation."

The UNHRC, however, cannot solicit information from the State party prior to the registration of a communication. The Mandate of the Special Rapporteur on new communications and interim measures of the UNHRC envisages that most of the requests "are made together with the submission of a new communication and therefore the Special Rapporteur takes the decision to grant or refuse them when he or she decides on registration of the communication. Interim measures are not granted on non-registered cases".[31]

However, once a communication has been submitted, the UNHRC does consider itself empowered to consider whether the facts might raise issues under other articles of the ICCPR and, in this respect, the UNHRC can effectively complete an applicant's claim. For example, in the case of *Lubicon Lake Band v. Canada*, the applicant complained about a violation of his Article 1 right to self-determination. The UNHRC held that this complaint was inadmissible as self-determination is a group right not an individual right. However, rather than reject the application, the UNHRC introduced Article 27 (the right of "persons belonging to minorities … to enjoy their own culture") *proprio motu*, found the communication admissible on this ground, and then took the further step of granting interim measures on the basis of this right.[32]

The power to issue interim measures *proprio motu* is also contained in the Rules of Court of the IACtHR. Article 26(1) states that the IACtHR may order provisional measures "at the request of a party or on its own motion". The Court adopted interim measures *proprio motu* in its very first case and has shown itself more willing to exercise this power than the other bodies surveyed in this article.[33]

In addition, "The Inter-American Commission can request provisional measures at any time, even if the case has not yet been submitted to the jurisdiction of the Court, and the representatives of the alleged victims can do so, provided the measures relate to a case that the Court is examining."[34]

Thus, like the ICJ, the UNHRC and the ECtHR, the authority of the IACtHR to issue provisional measures *proprio motu* is codified in its Rules of Procedure and its exercise of this authority is similar to these other adjudicatory bodies.

We can thus conclude, albeit roughly, that while all four bodies indicate interim measures *proprio motu* sparingly, in practice the IACtHR has been the most willing to use this power.

3.. WHETHER THE INTERIM MEASURES ARE BINDING?

In the judgment of 27 June 2001 in the *LaGrand* case, the ICJ highlighted the fact that the purpose of Article 41 of the Statute of the ICJ is to enable the court "to safeguard, and to avoid prejudice to, the rights of the parties" and that to fulfil this purpose the interim measures indicated by the Court must be legally binding. The Court also reflected on a longstanding principle elaborated upon by the Permanent Court of Justice in the case of *Electricity Company of Sofia and Bulgaria, Order of 5 December 1939*:

> the principle universally accepted by international tribunals and likewise laid down in many conventions ... to the effect that the parties to a case must abstain from any measure capable of exercising a prejudicial effect in regard to the execution of the decision to be given, and, in general, not allow any step of any kind to be taken which might aggravate or extend the dispute' (...).[35]

Thus, the *LaGrand* case confirmed that the ICJ's interim measures orders are legally binding. Since *LaGrand*, the Court has included findings of violations of its interim measures orders in a number of judgments.[36] This case, according to Anne Peters, "is also a sad illustration of the rationale and relevance of provisional measures. The purpose of provisional measures is to prevent the nullification of the legal positions at issue in the case by prohibiting the defendant from creating a *fait accompli* before the Court has decided on the merits of the claim. In the *LaGrand* case, the United States had disregarded the ICJ order of provisional measures to stay the execution of the brothers *LaGrand* and had moved on to execute them. A more drastic instance of producing an irreversible harm can hardly be imagined."[37]

In General Comment 31 [80],[38] the UNHRC made clear that States Parties are bound by the ICCPR and are under an obligation to "respect the Covenant rights and to ensure them to all individuals in their territory and subject to their jurisdiction". The UNHRC also stated that "the right to an effective remedy may in certain circumstances require States Parties to provide for and implement provisional or interim measures to avoid continuing violations and to endeavour to repair at the earliest possible opportunity any harm that may have been caused by such violations."

In General Comment 33, the UNHRC reminded States Parties that "[f]ailure to implement such interim or provisional measures is incompatible with the obligation to respect in good faith the procedure of individual communication established under the Optional Protocol."[39]

The UNHRC has made it clear through a series of decisions[40] originating with the case of *Piandiong et al v. The Philippines*[41] that interim measures decisions are binding:

> Interim measures pursuant to rule 86 of the Committee's rules adopted in conformity with article 39 of the Covenant, are essential to the Committee's role under the Protocol. Flouting of the Rule, especially by irreversible measures such as the execution of the alleged victim or his/her deportation from the country, undermines the protection of Covenant rights through the Optional Protocol.[42]

The IACtHR has held that its interim measures are binding in a number of cases.[43] In particular, the Court issued interim measures orders in the case of *James et al. v. Trinidad and Tobago* which expressly stipulated that:

> the information presented by the Commission provides grounds for the Court to conclude that a situation of "extreme gravity and urgency" exists, making it imperative to order the State to adopt, without delay, the Provisional Measures necessary to preserve the life and physical integrity of the alleged victims. … States Parties must fully comply in good faith (*pacta sunt servanda*) with all of the provisions of the Convention, including those relative to the operation of the two supervisory organs of the American Convention; and … in view of the Convention's fundamental objective

> of guaranteeing the effective protection of human rights (Articles 1 § 1, 2, 51 and 63 § 2), States Parties must refrain from taking actions that may frustrate the *restitutio in integrum* of the rights of the alleged victims[44]

The European Court of Human Rights has held that its indications of interim measures under Rule 39 are in practice legally binding due to the fact that "A failure by a Contracting State to comply with interim measures is to be regarded as preventing the Court from effectively examining the applicant's complaint and as hindering the effective exercise of his or her right [of individual petition] and, accordingly, as a violation of Article 34."[45] Only in exceptional circumstances "where the respondent State has demonstrated that an objective impediment prevented compliance and that it took all reasonable steps to remove the impediment and to keep the Court informed about the situation" will the Court not find a violation of Article 34.[46]

In *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* the Court found a violation for the first time because of a State's failure to comply with an interim measure. In this case, the ECtHR had indicated an interim measure suspending the extradition of the applicants to Uzbekistan but Turkey proceeded to extradite the applicants anyway. The extradition prevented the Court from properly examining the application. Under Article 34 "[t]he High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right [of individual application]". The Court considered that the "failure to comply with interim measures had to be regarded as preventing the Court from effectively examining the applicant's complaint and as hindering the effective exercise of his or her right and, accordingly, as a violation of Article 34."[47]

The case of *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*[48] is another notable example where the Court found a violation of Article 34. In this case, the applicants were being detained by British military forces in Iraq and the Court indicated an interim measure to prevent the UK from transferring the applicants to Iraqi custody due to the risk of unfair trial and execution.[49]

An important consideration, however, is what happens in an inter-state case? Under Article 33 of the ECHR, States Parties can complain to the Court if another State Party is violating the Convention. In such a scenario, the Court's reasoning, that interim measures are binding as non-compliance violates the Article 34 right of individual petition, does not apply. Nonetheless, the Court can still argue that interim measures are binding based on the principle of *pacta sunt servanda* i.e. that parties to the Convention are obliged to act in good faith to protect Convention rights. Furthermore, final decisions by the ECtHR are binding and therefore, logically, states must also be legally bound to comply with interim measures aimed at safeguarding the rights of the parties pending that final decision.[50]

The approach, which has been recognized by all four adjudicators, is that states must comply with their obligations under the basic principle *pacta sunt servanda* in conformity with Article 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969). "Thus, states cannot excuse non-compliance on the basis of their domestic law. When states fail to adhere to international human rights law by ignoring orders issued by an international body exercising its statutory or conventional authority, the state runs counter to the object and purpose of the human rights regime, therefore violating the international instruments…"[51]

In any case, the Court will have to examine this issue when it deals with the case of Georgia v. Russia (II). In this case, interim measures were granted by the ECtHR calling upon both parties to abide by the Convention, particularly Articles 2 and 3. Georgia complains that "despite the indication of interim measures the Russian Federation continued to violate their obligations under the Convention and, in particular, were in continuous breach of Articles 2 and 3 of the Convention."[52]

As a way of conclusion, according to the ICJ its interim measures are binding on the basis that a) the power to indicate such measures is provided for under Article 41 of its Statute; and b) although the wording of Article 41 does not make clear the binding nature of interim measures, the overall object and purpose of the ICJ and its Statute is to settle international disputes by legally binding decisions. Its powers to indicate provisional measures are intended to facilitate this purpose and logically must be binding. The IACtHR considers that its power to adopt binding interim measures is directly provided for in Article 63(2) of the Inter-American Convention and contracting parties

must comply *pacta sunt servanda*. The situation with the ECtHR and the UNHRC is somewhat more complex as these bodies do not derive their power to issue interim measures from their founding conventions. Rather they grant themselves this power in their respective rules of procedure. To overcome the fact that the states parties have not ratified this power, these two bodies rely on the right to individual petition. States have agreed to a right to individual petition in the conventions and a failure to comply with an interim measures order would violate this right. The problem with this line of reasoning is that it is not applicable to inter-state cases.

4. THE CONTEXT OF MASS HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

The article will now consider some prominent examples of how interim measures have been used in situations of mass human rights violations, in particular, armed conflict situations.

Cases submitted to the ICJ involve a "wide variety of subject matters, including: territorial and maritime disputes; unlawful use of force; interference in the domestic affairs of States; violation of territorial integrity and sovereignty, economic rights; international humanitarian and human rights law; genocide; environmental damage and conservation of living resources; immunities of States and their representatives; and interpretation and application of international treaties and conventions".[53]

Often, in situations of inter-state disputes, the risk of mass human rights violations is not the primary concern of the parties. Nonetheless, the ICJ has shown itself willing to indicate interim measures in order to protect civilians.[54] Eva Rieter draws particular attention to border disputes: "in the older cases *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)* (1986); and *Cameroon v. Nigeria* (1996) part of the rationale for the use of provisional measures was to prevent loss of life in the disputed area. The ICJ was concerned about the lives of civilians living in the conflict zone and of course about preservation of the evidence".[55] To this list of older cases, the *Case concerning the Temple of Preah Vihear* (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand) (2011) may be added. To quote Rosalyn Higgins "Disputes about frontiers are not just about lines on the ground but are about the safety and protection of peoples who live there."[56]

In the *Temple of Preah* case, there had been armed clashes between two states in the area around the Temple. The Court issued an interim measures order imposing a provisional demilitarised zone in order "to ensure … that no irreparable damage is caused to persons or property in that area pending the delivery of its Judgment".[57] The Order requested, inter alia, that both parties "immediately withdraw their military personnel currently present in the provisional demilitarized zone … [and] refrain from any action which might aggravate or extend the dispute before the Court or make it more difficult to resolve".[58] In this case, both Thailand and Cambodia reacted positively to the Order and a long pattern of deadly clashes drew to a close. The Cambodian Foreign Minister Hor Namhong said that the Order establishing a demilitarised zone would result in "a permanent cease-fire".[59]

In his Separate Opinion appended to the Judgment of 11 November 2013, Judge Cançado Trindade recalled that, in his Separate Opinion appended to the interim measures order of 2011, he had endorsed the unprecedented creation of the "provisional demilitarized zone" to protect "not only the territory at issue, but also the populations that live thereon, as well as the set of monuments found therein, conforming the Temple of Preah Vihear", which had been designated as a UNESCO World Heritage Site constituting part of the cultural and spiritual heritage of humankind (para. 30). Judge Cançado Trindade adds that:

> [b]eyond the classic territorialist outlook (...) lies the human factor, calling for the protection, by the measures indicated or ordered by the ICJ, of the rights to life and personal integrity of the members of the local population, as well as the cultural and spiritual heritage of human kind (...). Underlying this jurisprudential construction, (...) is the principle of humanity, orienting the search for improvement of the conditions of living of the population and the realization of the common good (...), in the ambit of the new jus gentium of our times (...). In situations of the kind, one cannot consider the territory making abstraction of the local populations (and their cultural and spiritual heritage), who, in my view, constitute the most precious component of statehood. In its aforementioned Provisional Measures of Protection, the ICJ took into due account

> not only the territory at issue, but, jointly, the people on territory, i.e., the protection of the population on territory (paras. 31-32).[60]

In addition to cases concerning border disputes, the ICJ has also indicated provisional measures in such cases as the *Hostages* case[61], the *Genocide Convention* case[62] and *Armed activities on the territory of the Congo* (*Congo* v. *Uganda*)[63], which were directly relevant to human rights law against the background of the armed conflict. This is despite the fact that the ICJ has no specific human rights competence.

On 12 August 2008, Georgia instituted proceedings against Russia at the ICJ under the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. On 14 August 2008, Georgia requested interim measures under Article 41 and on 15 October 2008 the ICJ indicated measures against both parties to refrain from acts of racial discrimination. No information on compliance is available, and the Court did not have a possibility to rule on it – ultimately, the ICJ concluded that the case was inadmissible. Under Article 22 of the CERD, parties must attempt to negotiate a settlement before a dispute can be adjudicated upon by the ICJ and the ICJ found that no such attempt had been made in the present case.[64]

On 16 January 2017, Ukraine submitted a request for the indication of provisional measures with regard to alleged violations of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (ICSFT) and the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD). The Court went through the procedural and substantive requirements and found that it did have prima facie jurisdiction in relation to both complaints. However, with regards to the ICSFT, the ICJ held that it could not indicate interim measures as Ukraine had not provided sufficient evidence of plausibility. With regards to the CERD, the ICJ held that: some of the alleged acts were plausible; that there existed "a link between the measures which are requested and the rights which are claimed to be at risk of irreparable prejudice"; and, based on the information available at the time, that there was an "imminent risk" of "irreparable prejudice". The Court requested Russia to "Refrain from maintaining or imposing limitations on the ability of the Crimean Tatar community to conserve its representative institutions"; and to "Ensure the availability of education in the Ukrainian language". The Court also requested that both parties "refrain from any action which might aggravate or extend the dispute before the Court or make it more difficult to resolve".[65]

In particular, the Court ordered that Russia should refrain from maintaining or imposing limitations on the ability of the Crimean Tatar community to conserve its representative institutions, including the Mejlis and ensure the availability of education in the Ukrainian language. Given that the Mejlis is declared an extremist organization by the Supreme Court of Russia, compliance with the said interim measure would inevitably mean revocation of this decision. As of August 2017, the relevant Mejlis's request is pending before the Supreme Court.

When it comes to the UNHCR, Professor Sandy Ghandhi has classified the situations within its practice in which interim measures requests have been issued: 1) health and well-being of an individual; 2) life or lives in jeopardy; 3) deportation and extradition cases; 4) threats to the way of life of a community; 5) preservation of evidence; 6) death penalty cases.[66]

The Mandate of the Special Rapporteur on new communications and interim measures of the UNHRC envisages that: "[t]ypical interim measures relate to potential violations of article 6, on the right to life, and article 7, on the prohibition of torture or cruel, inhuman or degrading treatment. The Special Rapporteur has, nevertheless, requested interim measures to stop imminent violations of other rights, such as those under articles 17, 18, 19 and 27".[67]

The number of granted interim measures is increasing year by year. In the period covered by the Annual Report (2014), the Special Rapporteur on new communications and interim measures issued requests for interim measures in 41 cases under rule 92 of the UNHRC's rules of procedure.[68] According to the Annual Report (2015) of the Human Rights Committee, the Special Rapporteur issued 66 decisions requesting interim measures under rule 92.[69]

In a number of cases, the UNHRC has used interim measures to protect indigenous peoples. In the landmark case of *Lubicon Lakeband v. Canada*, the author alleged that his indigenous community "was on the verge of extinction" due to the Canadian government allowing oil and gas companies to expropriate their ancestral lands. The UNHRC requested the

State "to take interim measures of protection to avoid irreparable damage to [the author of the communication] and other members of the Lubicon Lake Band".[70]

The IACtHR has not only indicated provisional measures to protect the rights to life and personal integrity,[71] but has also gone as far as indicating such measures in order to protect the right to freedom of expression,[72] the right to property of indigenous peoples,[73] and the rights of the child.[74] During 2015, the IACtHR issued twenty-two orders on provisional measures. These orders had different purposes, such as: (i) continuation or, as appropriate, expansion or partial lifting of provisional measures; (ii) complete lifting of provisional measures, and (iii) denial of provisional measures. [75]

Researching "War" in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, Laurence Burgorgue-Larsen and Amaya Úbeda de Torres have concluded that the Inter-American system was the first system providing for the collective guarantee of rights, to have been faced with massive violations of human rights. "Both the doctrine of the Commission and the Court's case law have developed in a landscape characterized by dictatorships. Their contribution to both international human rights law and international humanitarian law is essential".[76]

The IACtHR has held that provisional measures in situations of internal armed conflict are applicable under the American Convention on Human Rights and international humanitarian law. In the Order of the provisional measures regarding Colombia, the Court noted that "…in order to make the rights enshrined in the American Convention effective, the State Party has the obligation, *erga omnes*, to protect all persons under its jurisdiction, not only in relation to the power of the State but also with respect to the actions of private individuals, including any kind of irregular armed groups. The Court notes that, given the special circumstances of the instant case, and the general situation of the armed conflict in the State, it is necessary to ensure the protection, by means of provisional measures, of all members of the Communities, in accordance with the provisions of the American Convention and of International Humanitarian Law".[77]

Rule 39 of the Rules of Procedure of the ECtHR does not specify that interim measures may only be indicated in cases concerning certain articles. Nonetheless, as already noted above, the Court has mostly limited its use of provisional measures to cases concerning Article 2 (right to life) and Article 3 (the prohibition of torture or inhuman or degrading treatment), [78] although in the recent times it enlarged this circle with some cases related to Article 8 (respect to family and private life – see, for example, the cases of *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* where the Court ordered not to return the applicant child to his father pending the outcome of the proceedings[79] and *Evans v. the United Kingdom*, where the Court ordered the respondent Government to take appropriate measures to ensure that the applicant's embryos were preserved until the Court had completed its examination of the case[80]), and even Article 10 (freedom of expression, see the case of *Rustavi 2 v. Georgia* mentioned above).

The situations within the practice of the ECtHR in which interim measures requests have been issued mainly concern expulsion or extradition cases. In particular, expulsion cases with a health/medical element; a risk of a flagrant denial of justice; or a risk to private and family life. Interim measures have also been issued in situations concerning: health and conditions of detention; preventing the destruction of an element essential for the examination of an application; stay of execution of a decision authorising to discontinue nutrition and hydration allowing patient in state of total dependence to be kept alive artificially; stay of removal order.[81] Certainly, this list proposed in the factsheet on interim measures does not bind the Court and is not exhaustive. It just demonstrates the wide variety of situations, which the Court estimates as posing "a risk of irreparable damage" within the meaning of Rule 39 and its consistent jurisprudence.

In 2016, the total number of decisions on interim measures (2,286) increased by 56% compared with 2015 (1,470). The Court granted requests for interim measures in 129 cases (a decrease of 20% compared with 161 in 2015) and dismissed them in 1,103 cases (75% more than the 629 in 2015). The remainder fell outside the scope of Rule 39 of the Rules of Court. [82] 13 of the requests granted involved Ukraine and Russia.

In total, across the years 2014 to 2016, 183 interim measures requests were granted in respect of Ukraine and Russia, which is

approximately 36% of all measures granted across these three years.[83]

For the purposes of the present article, it might be interesting to look into the Court's approach to interim measures that arose out of a state of emergency in Ukraine in November-December 2013, when "the *EuroMaidan* protests" started. The ECtHR had received several Rule 39 applications. The applicants claimed that in the circumstances there was a real and imminent risk to their lives and health, emanating from the possible use of excessive force by the police to disperse the protesters. According to reports of various international and domestic observers, notably Amnesty International, Human Rights Watch and others visiting Kyiv, the police used excessive force against the protesters, which mainly included beatings with truncheons, spraying teargas, throwing stun grenades into protesters, shooting at protesters with rubber bullets, pushing protesters with shields. There were reports that the police also used live ammunition. As a result, hundreds were seriously injured (some losing limbs or eyesight) and by the time we received the first Rule 39 request at least four protesters had died. Moreover, at that time the Government introduced changes to the anti-riot regulations in order to allow the police to use water cannons to disperse protesters irrespective of the weather conditions (previously there was a ban on using it if air temperatures were below 0°C; at the time of events temperatures in Kyiv fell to about -20°C) and also to use additional types of non-lethal explosive devices (stun grenades). Furthermore, the Government issued statements saying that the police might use live ammunition to disperse the protesters.

The applicants requested the Court to indicate to the Government that they must not have recourse to violence or other measures capable of threatening the life or health of the protesters.

Although the Court ultimately decided not to apply Rule 39, when considering the application, it asked the parties the following question: "Having regard to the applicant's submissions and his request under Rule 39 of the Rules of Court, does the applicant currently run a real and imminent risk to his life and physical well-being? In particular, does he risk to be subjected to the treatment prohibited by Articles 2 and/or 3 of the Convention, given his allegations of risk to his life and health? If so, what measures are being taken by the Government to avoid the risk of such treatment?"[84]

This appears to be another strategy in dealing with urgent situations where the Court perhaps does not see a scope for application of Rule 39.

In addition to individual complaints, the ECtHR has applied interim measures in situations of "state of emergency" in inter-state cases in order to prevent mass human rights violations.

In March 2014, during the provocations in Crimea, the Government of Ukraine applied to the Court with a Rule 39 request. The President of the Third Section granted the request and "called upon both Contracting Parties concerned to refrain from taking any measures, in particular military actions, which might entail breaches of the Convention rights of the civilian population, including putting their life and health at risk, and to comply with their engagements under the Convention, notably in respect of Articles 2 and 3".

According to Philip Leach, "the interim measures indication made in the Ukrainian case mirrors a similar decision in *Georgia v Russia* (II) which was issued in August 2008 and was extended by the Court several times, and was still in force when the Court held a hearing in September 2011. However, the Court declined to accede to a Georgian request for a more specific measure 'to allow the Georgian emergency forces to carry out all the necessary measures in order to provide assistance to the remaining injured civilian population and soldiers via humanitarian corridor"[85].

On 16 November 2009, Georgia informed the ECtHR of the arrest of 4 minors in South Ossetia. Georgia requested interim measures to ensure the detainees prompt and unconditional release. The Court adjourned the decision several times and eventually the detainees were released and the Court decided there was no need to rule on the request[86]. While it is certainly very unconventional to indicate interim measures based on Article 5, it is submitted that the Court could have stepped beyond its traditional approach and considered a rapid application of Rule 39.

In this respect, another inter-state case worthy of note – the request for interim measures

brought by Ukraine against Russia in respect of Mr Hayser Dzhemilov (a Crimean Tartar and the son of a Member of Ukrainian Parliament and leader of Crimean-Tatar Mejlis) who had been detained by Russia and accused of murder. The Court indicated measures against both governments that they should "ensure respect for the Convention rights of Mr H. Dzhemilov including, in particular, respect for security of his person and his right to legal assistance."[87]

Another situation of mass human rights violations, which led to the application of Rule 39 against the background of the Russian-Ukrainian conflict, arose on 12 June 2014 when sixteen Ukrainian children were kidnapped by a pro-separatist armed group and illegally taken to Russia. Ukrainian authorities received no reply to their inquiries addressed to the Russian authorities about the situation of the children and applied to the Court with a Rule 39 Request. On 13 June 2014, the President of Section III applied Rule 39 asking the Russian Government to submit factual information on the circumstances surrounding the entry and stay of the children in Russia and indicated to the Russian Government that they should ensure their *immediate return to Ukraine* (also a non-conventional measure)[88]. In the evening of the same day the plane with these children left Russia for Ukraine, so the same evening the children were safely back home. It might be assumed that the authorities realised that kidnapping of children is going a bit too far if they still want to rely on international law and seek support for their position and thus the children were returned so quickly.

Coming back to the above analyses of the provisional/interim measures' binding nature, it is necessary to underline, that the Court, as any other international tribunal, can only be effective if the Contracting Parties value law.

5. HOW EFFECTIVE ARE INTERIM MEASURES AS A MEANS OF PREVENTING MASS HUMAN RIGHTS VIOLATIONS IN SITUATIONS OF ARMED CONFLICT?

Whilst the original purpose of any interim measure is to preserve a right from irreparable damage, in the inter-state case, like the Georgian and Ukrainian ones, the measures indicated were not limited to safeguarding the right in classical logic. By requesting both parties to comply with their engagements under the Convention, the Court contributed to confirmation of basic principles upon which the whole Convention is built as stated in its Preamble – "those fundamental freedoms which are the foundation of justice and peace in the world and are best maintained …by a common understanding and observance of the human rights upon which they depend".[89] Thus, the ECtHR faces new realities within the inter-state cases and needs to review the appropriate Rules of Procedure.

In an armed conflict situation, the requirements for indicating interim measures will almost certainly be met. It is in the very nature of a conflict situation that individuals will be at imminent risk of serious and irreparable harm. As held by the IACtHR in the *Chunimá* case, the fact that the state had acknowledged the existence of an armed conflict situation was sufficient to "lead to the presumption that a situation exists which could bring about irreparable damage to persons."[90] Therefore, interim measures are, at least theoretically, very well suited to protecting human rights in armed conflict situations. It has already been demonstrated that interim measures are legally binding. This article now turns to consideration of how effective interim measures are in practice. In particular, are interim measures orders enforceable?

One of the most prevalent "states of emergency" which can cause mass human rights violations is a risk of armed conflict. The general question, which arises in this context – could such a tool as interim measures effectively prevent the war and estimated mass human rights violations?

With respect to the ECtHR, Kanstantsin Dzehtsiarou considers that "[u]nfortunately, the Court is unable to prevent war. Moreover, major attempts to do so can lead to disappointment and despair on the part of the stakeholders… Granting interim measures in a pre-war situation in an inter-state complaint might have very little impact. It is unlikely that a government will change its mind to occupy a particular territory because the ECtHR has ordered it not to do so". [91]

Undoubtedly, the ECtHR is poorly designed to deal with inter-State cases, and the ICJ is much better placed for this task. But the reality of international law today is that this Court is the only international tribunal whose jurisdiction the Member State cannot, in general, decline. This very fact creates a certain moral burden that

requires this Court not to abstain from serious matters involving potential gross human rights violations, even if they have a clear political context, which this Court should not be involved with. The Convention has the role to guarantee very basic human rights, and the Court was created, according to Article 19, to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties to the Convention. If in order to ensure the observance it should request parties to refrain from military actions or not to use excessive force during demonstrations or to return immediately someone back home – it should do so without long theoretical and political hesitations. Obviously, any military aggression is by definition a negation of human rights. At least a clear guidance (including judicial) should regulate the limits for military operations to minimize human rights violations of the civilian population.

However, fundamentally, where a state fails to comply, the indicating body is limited in the steps it can take to enforce its order. The international courts do not have direct enforcement mechanisms. Unlike domestic proceedings against individuals where the court has the tools of the state at its disposal to ensure its orders are executed, on the international level, in proceedings against states, the primary means of enforcement is political pressure from other states and international organizations. Unfortunately, relying on states, each with their own political agenda, is not the most effective and reliable means of enforcing a court order.

If we take the example of the ICJ, Article 94 of the UN Charter provides as following:

1. Each Member of the United Nations undertakes to comply with the decision of the International Court of Justice in any case to which it is a party.

2. If any party to a case fails to perform the obligations incumbent upon it under a judgment rendered by the Court, the other party may have recourse to the Security Council, which may, if it deems necessary, make recommendations or decide upon measures to be taken to give effect to the judgment.[92]

Alexandra Traviss points to two key problems with relying on the Security Council to enforce interim measures orders. First, any decision to impose coercive measures on a state is always going to be 'subject to council power and political dynamics' and potential deadlock. In particular, what can be done to enforce an interim measures order against a non-compliant member of the Permanent Five? The answer would seem to be 'not much'. Even if a Security Council Resolution imposing sanctions for non-compliance were proposed, a member of the P-5 could always exercise its power of veto. Second, Article 94(2) authorises the Security Council to take measures 'to give effect to the *judgment*', it does not refer to *orders* made by the ICJ. Consequently, whether the Security Council is empowered to enforce interim measures orders is open to question.[93] It is noteworthy that when Bosnia had recourse to the Security Council in relation to Srebrenica and requested that the Council enforce the interim measures order of the ICJ[94], the subsequent Resolution 819 (1993) took note of the order of the ICJ but the Council did not purport to take enforcement measures pursuant to Article 94(2). The Council did take action but based on its Chapter VII powers.[95] Traviss concludes that "enforcement [of interim measures orders] rests largely on states' willingness to comply and to exercise domestic executive powers".[96]

The situation is similar with regards to the ECtHR which relies on the political pressure of the Committee of Ministers to ensure compliance. The ECtHR has, at least, been able to award financial damages in situations of non-compliance (see the above mentioned *Mamatkulov* case). However, the purpose of interim measures is to prevent irreparable harm, that is, to prevent harm that cannot be compensated adequately in damages. In an armed conflict situation, the court might well be awarding compensation to the relatives of a victim long since murdered (a widely discussed judgment on just satisfaction in the case of *Cyprus v. Turkey* provides some guidance in this respect[97]).

As has been highlighted by Frédéric Bostedt, 'often … the court is far away from where the victim lives, the proscribed acts take place anyway, and the civilian population suffers. The implementation of a provisional measure depends on the State concerned, and political pressure by the supervisory bodies is the only way available of compelling the state to comply'.[98] It is hard to argue with this conclusion. However, this is not to say that international courts should resign themselves to failure and abstain from indicating interim measures in armed conflict

situations. Although, the court's enforcement powers may be limited, interim measures orders throw light on urgent situations and the political bodies, such as the Council of Europe or the UN Security Council, may then take such steps as are practicable to induce the state to comply. In the absence of direct enforcement mechanisms for international courts, improving compliance with interim measures orders will most likely depend on the political pressure exerted by the international community upon the supervisory bodies and upon the non-complaint state concerned. In this regard, any court order that draws attention to a situation is to be welcomed.

6. CONCLUSION

I cannot agree more with Judge Cançado Trindade when he singles out "the importance and time dimension of provisional measures of protection, particularly in face of the briefness and vulnerability of human life"[99].

Interim measures by definition mean that judges must react (or at least try to) in an urgent manner; their very understandable reluctance to engage into immediate legal conceptualization of political issues might turn out to be crucially wrong. Giving, at least some, consideration to "vulnerability" marks a positive trend in the practice of the ICJ that should be taken on board by other judicial bodies. The UNHCR has demonstrated that some generosity in granting interim measures without a sufficient evidentiary basis can be perfectly compensated by the temporary character of these measures and the possibility to lift them as soon as plausible counter-information is submitted. This method is also used sometimes by the ECtHR, but in situations of urgency in the context of mass human rights violations it should be applied in a more routine way.

In some situations, interim measures might be the only instrument available to the international judicial bodies to prevent atrocities. It is true, as mentioned above, that in a war context where provisional measures are most necessary, they are also most difficult to enforce. If a State or group inflame the war it is highly unlikely that they value law, and thus any binding directive from an international judicial body can hardly be expected to have much impact. Still, concern that an interim measure will be ineffective and that non-compliance will harm a court's reputation is not a sufficient basis for judicial self-restraint.

Even if in the majority of war situations interim measures do not fully reach their purpose, some successful examples like the *Temple of Preah* case, where many human lives were saved due to effective intervention by the ICJ, should serve as a source of inspiration.

In the above epigraph the Nobel Prize winner Joseph Brodsky severely attacked those world leaders who demonstrated apathy toward the Bosnian situation:

> Time, whose sharp blood-thirsty quill parts the killed from those who kill, will pronounce the latter tribe as your type.

Unlike politicians and diplomats, judges have interim measures as a tool for reaction. Their moral burden is thus higher, and practice shows that the international judicial bodies discussed in the present article are willing to react.

Unfortunately, time presents a great challenge. Sometimes potential victims are in so desperate a situation that a practice, such as that of the IACtHR, of granting interim measures *proprio motu* in critical situations is the only plausible way of response. This obviously should also be implemented by the courts when dealing with mass grave human rights violations.

NOTES

1. Helen Keller, Cedric Marti Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights, 2013, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, p. 327 Available at: http://www.zaoerv.de/73_2013/73_2013_3_a_325_372.pdf.
2. The "precautionary measures" taken by the Commission "are simply provisional measures by another name. They do not refer to the 'precautionary principle'." Eva Rieter, Preventing Irreparable Harm. Provisional Measures in International Human Rights Adjudication, Antwerp: Intersentia 2010, p. xxix footnote 4.
3. Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine *V.* Russian Federation) (Order for Provisional Measures) 19 April 2017. Separate opinion of Judge Cançado Trindade, Available at http://www.icj-cij.org/files/case-related/166/19400.pdf.
4. Anne Peters, "Vulnerability" versus "Plausibility": Righting or Wronging the Regime of Provisional Measures? Reflections on ICJ, Ukraine v. Russian Federation, Order of 19 April 2017. Available at https://www.ejiltalk.org/vulnerability-versus-plausibility-righting-or-wronging-the-regime-of-provisional-measures-reflections-on-icj-ukraine-v-russian-federation-order-of-19-apr/
5. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009, I.C.J. Reports 2009, p. 147, para. 40.
6. Bernhard Kempen and Zan He, The Practice of the International Court of Justice on Provisional Measures: The Recent Development, 69 Heidelbergj Intl L 919, 922-923 (2009).
7. Comparative Analysis of the Practice of Precautionary Measures Among International Human Rights Bodies Submitted to Special Meeting of the Permanent Council of the Organization of American States by the Center for Justice and International Law (CEJIL) and International Human Rights Law Clinic, University of California, Berkeley, School of Law, Berkeley, California, United States of America, December 2012, p.7. Available at: https://www.law.berkeley.edu/files/IHRLC/Precautionary_Measures_Research_Paper_(FINAL)_121210.pdf.
8. IACtHR Case of *Torres Millacura et al. with regard to Argentina*. Available at: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/torres_se_01.pdf.
9. R. St. J. Macdonald, *Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights,* 1992, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, p. 709. Available at: http://www.zaoerv.de/52_1992/52_1992_3_4_a_703_740.pdf.
10. UN Human Rights Committee (HRC), *General comment Nº. 33, The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights* (Nov. 5, 2008) UN Doc. CCPR/C/GC/33 at para. 19.
11. Ibid, § 124.
12. *Charles E. Stewart v. Canada,* Nº. 538/1993 [7.7]. Cited by Helen Keller, Cedric Marti, Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights, 2013, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, p. 339-340. Available at: http://www.zaoerv.de/73_2013/73_2013_3_a_325_372.pdf.
13. *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, App. Nº. 46827/99, Grand Chamber judgment of 4 February 2005 Para 104.
14. M Antidze, 'Georgia suspends ownership change for broadcaster after euro court ruling' (Reuters, 3 March 2017), available at <http://www.reuters.com/article/us-georgia-media-idUSKBN16A2I9>.
15. Bernhard Kempen and Zan He, The Practice of the International Court of Justice on Provisional Measures: The Recent Development, 69 Heidelbergj Intl L 919, 922 (2009).
16. *Passage through the Great Belt (Finland v Denmark)* 1991 ICJ Rep 12 [23].
17. Inter-American Commission on Human Rights, Second Report on the Situation of Human Rights Defenders in the Americas

(2011). Available at: http://www.oas.org/en/iachr/defenders/docs/pdf/defenders2011.pdf.

18. *Haitians and Dominicans of Haitian Origin in the Dominican Republic (Dominican Republic)*, Order of the Inter-American Court (Provisional Measures), 18 August 2000: Concurring Opinion of Judge Cançado Trindade.
19. G. Zyberi *Provisional Measures of the International Court of Justice in Armed Confict Situations*. Leiden Journal of International Law. Volume 23. Issue 03. September 2010, pp. 571-584 (p. 572).
20. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal), Provisional Measures, Order of 28 May 2009 (2009) ICJ Rep 139, 151.
21. Rylatt, Jake William, Provisional Measures and the Authority of the International Court of Justice: Sovereignty vs. Efficiency (September 1, 2013). 1(1) Leeds Journal of Law and Criminology (2013) 45, 56. Available at: https://ssrn.com/abstract=2555009P.56.
22. Helen Keller, Cedric Marti, Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights, 2013, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, p. 334 Available at: http://www.zaoerv.de/73_2013/73_2013_3_a_325_372.pdf.
23. CCPR/C/110/3 Human Rights Committee. Mandate of the Special Rapporteur on new communications and interim measures, p. 3, Available at: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=CCPR/C/110/3.
24. ICJ Rules of Court (Adopted on 14 April 1978 and entered into force on 1 July 1978), Art 75(1).
25. *La Grand Case (Ger v US)*, (Provisional Measures Order) 1999 ICJ Rep 3 [21].
26. G. Zyberi *Provisional Measures of the International Court of Justice in Armed Confict Situations*. Leiden Journal of International Law. Volume 23. Issue 03. September 2010, pp 571-584 (p. 582).
27. I Uchkunova, 'Provisional Measures before the Intemational Court of Justice' in *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* (2013) 391, 425.
28. Helen Keller, Cedric Marti *Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights*, 2013, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, p. 331 Available at: http://www.zaoerv.de/73_2013/73_2013_3_a_325_372.pdf.
29. CDDH(2013)R77. Report on interim measures under Rule 39 of the Rules of Court. 77th meeting, 19-22 March 2013, p. 9. Available at: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/CDDH(2013)R77_Addendum%20III_en.pdf.
30. Helen Keller, Cedric Marti *Interim Relief Compared: Use of Interim Measures by the UN Human Rights Committee and the European Court of Human Rights*, 2013, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, p. 334 Available at: http://www.zaoerv.de/73_2013/73_2013_3_a_325_372.pdf.
31. CCPR/C/110/3 Human Rights Committee. Mandate of the Special Rapporteur on new communications and interim measures, p. 2, Available at: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=CCPR/C/110/3.
32. Eva Rieter, *Preventing Irreparable Harm. Provisional Measures in International Human Rights Adjudication*, 2010 Intersentia, Antwerp, 1200 pp. (p. 121).
33. Bostedt F, 'The African Court and Provisional Measures' in Ambach P, Bostedt F, Dawson G and Kostas S (eds) *The Protection of Non-Combatants During Armed Conflict and Safeguarding the Rights of Victims in Post-Conflict Society* (Martinus Nijhoff Publishers 2015) 351.
34. Inter-American Court of Human Rights, 'Annual Report 2014' (2005) Available at: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/ENG/eng_2014.pdf.
35. LaGrand (Ger v US), Judgment, 2001 ICJ 466 June 27, 2001.
36. See for example, *Request for Interpretation of the Avena Judgment* (Mexico v US); the *Armed Activities* case (DRC v Uganda); and the *Bosnia Genocide* case (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro), cited by Dapo Akande. Provisional Measures and Joinder of Cases at the International Court of Justice – The Answers. EJIL; talk! Published on January 18, 2016. Available at: http://www.ejiltalk.org/provisional-measures-and-joinder-of-cases-at-the-international-court-of-justice-the-answers/.
37. Anne Peters, "Vulnerability" versus "Plausibility": Righting or Wronging the Regime of Provisional Measures? Reflections on ICJ, Ukraine v. Russian Federation, Order of 19 April 2017. Available at https://www.ejiltalk.

org/vulnerability-versus-plausibility-righting-or-wronging-the-regime-of-provisional-measures-reflections-on-icj-ukraine-v-russian-federation-order-of-19-apr/.

38. UN Human Rights Committee (HRC), *General comment Nº. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, available at: http://www.refworld.org/docid/478b26ae2.html.

39. UN Human Rights Committee (HRC), *General comment Nº. 33, The Obligations of States Parties under the Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights* (Nov. 5, 2008) UN Doc. CCPR/C/GC/33 at para. 19.

40. See, for instance, the case of *Mansaraj v Sierra Leone* and the case of *Saidov v Tajikistan.*

41. The applicants in the case, who had been sentenced to death, claimed violations of arts 6 and 14 of the Covenant in a communication, dated 15 June 1999. A request for Presidential clemency was denied on 6 April, but a 3-month reprieve of execution was granted. Despite the Committee's request under Rule 92 (then Rule 86) delivered on 23 June not to execute them while their case was under consideration by the Committee, the State party issued a warrant on 7 July for their execution on 8 July. After making contact with the State party's representatives to the UN Office at Geneva, the Committee was informed that the executions would go ahead as scheduled since the State party considered that the applicants had received a fair trial. On the afternoon of 8 July, the applicants were executed by lethal injection. At the consideration of the merits of this case on 19 October 2000, the Committee delivered a blistering attack on the State party's failure to respect the Committee's request for interim measures.

42. Human Rights Committee. *Piandiong et al v. The Philippines Communication* Nº. 869/1999 19 October 2000 CCPR/C/70/D/869/1999.

43. See, for instance, the following orders: 1 August 1991, *Chunimá v. Guatemala*; 2 July and 13 September 1996, 11 November 1997 and 3 February 2001, *Loayza Tamayo v. Peru*; 25 May and 25 September 1999, 16 August and 24 November 2000, and 3 September 2002, *James et al. v. Trinidad and Tobago*; 7 and 18 August 2000, and 26 May 2001, *Haitians and Dominican nationals of Haitian origin in the Dominican Republic v. the Dominican Republic*; 10 August and 12 November 2000, and 30 May 2001, *Alvarez et al. v. Colombia*; see also the judgment of 21 June 2002, *Hilaire, Constantine, Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago.*

44. *James et al. v. Trinidad and Tobago*, Provisional Measures , Inter-American Court of Human Rights, Orders of 25 May and 25 September 1999. See also European Court of Human Rights, Research Report References to the Inter-American Court of Human Rights and Inter-American instruments in the case-law of the European Court of Human Rights, Council of Europe, 2016, pp. 5-6.

45. *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, App. Nº. 46827/99, Grand Chamber judgment of 4 February 2005.

46. CDDH(2013)R77. Report on interim measures under Rule 39 of the Rules of Court. 77th meeting, 19-22 March 2013, p. 2. Available at: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/CDDH(2013)R77_Addendum%20III_en.pdf.

47. Extradition and Human Rights: Diplomatic assurances and Human Rights in the Extradition Context, Presentation by Mr Johannes Silvis, Judge at the European Court of Human Rights https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/Documents%202014/Special%20session%20Extradition%20-%20Extradition%20and%20human%20rights%20-%20Silvis.pdf.

48. *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, Nº. 61498/08 Judgment 2.3.2010.

49. Extradition and Human Rights: Diplomatic assurances and Human Rights in the Extradition Context, Presentation by Mr Johannes Silvis, Judge at the European Court of Human Rights https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/pc-oc/PCOC_documents/Documents%202014/Special%20session%20Extradition%20-%20Extradition%20and%20human%20rights%20-%20Silvis.pdf.

50. Bostedt F, 'The African Court and Provisional Measures' in Ambach P, Bostedt F, Dawson G and Kostas S (eds) *The Protection of Non-Combatants During Armed Conflict and Safeguarding the Rights of Victims in Post-Conflict Society* (Martinus Nijhoff Publishers 2015) 375-376.

51. Diego Rodríguez-Pinzón. Precautionary Measures of the Inter-American Commission on Human Rights: Legal Status and

Importance. Available at: https://www.wcl.american.edu/hrbrief/20/2pinzon.pdf.

52. *Georgia v Russia (II)*, Nº. 38263/08 Decision on Admissibility 13.12.2011.
53. General Assembly. Official Records. Seventy-first Session. Supplement Nº. 4. Report of the International Court of Justice, 1 August 2015-31 July 2016, United Nations, New York, 2016, p. 7.
54. Eva Rieter, Henri de Waele ,*Evolving Principles of International Law: Studies in Honour of Karel C. Wellens*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012 – 319, p. (p.312).
55. Rieter, Eva R., International Human Rights Law and the International Court of Justice (January 18, 2014), pp. 20-21. Available at: https://ssrn.com/abstract=2393651 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2393651.
56. R Higgins, 'The International Court of Justice and Human Rights' in K Weelens (ed) *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy* (Martinus Nijhoff Publishers 1998) 701.
57. Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) (Cambodia v. Thailand), Provisional Measures, Order of 18 July 2011, I.C.J. Reports 2011 (II), pp. 555-556, para 61.
58. Ibid at para. 69.
59. A Max, 'UN court draws DMZ for Thai, Cambodia troops' (The San Diego Union Tribune, 18 July 2011) available at <http://www.sandiegouniontribune.com/sdut-un-court-draws-dmz-for-thai-cambodia-troops-2011jul18-story.html> accessed on 15 June 2017.
60. ICJ. Reports of Judgments, Advisory Opinions And Orders. Request for interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand) Judgment of 11 November 2013.
61. ICJ *Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (*US* v. *Iran*), Order of 15 December 1979.
62. ICJ *Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (*Bosnia and Herzegovina* v. *Yugoslavia* (*Serbia and Montenegro*), Orders of 8 April 1993 and 13 September 1993.
63. ICJ *Armed activities on the territory of the Congo* (*Congo* v. *Uganda*), Order of 1 July 2000.
64. *Case Concerning Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v Russian Federation)* Preliminary Objections, Judgment, 1 April 2011 [182].
65. Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine *V.* Russian Federation) (Order for Provisional Measures) 19 April 2017. Available at http://www.icj-cij.org/docket/files/166/19394.pdf.
66. Sandy Ghandhi, '*The Human Rights Committee and Interim Measures of Rerief'* (2007) 13 Canterbury Law Review 203.
67. CCPR/C/110/3 Human Rights Committee. Mandate of the Special Rapporteur on new communications and interim measures, p. 3, Available at: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=CCPR/C/110/3.
68. Report of the Human Rights Committee: Volume I: 108th session (8–26 July 2013) 109th session (14 October–1 November 2013) 110th session (10–28 March 2014). Available at: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=27.
69. Report of the Human Rights Committee: 111th session (7–25 July 2014) 112th session (7 – 31 October 2014) 113th session (16 March – 2 April 2015) Available at: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=27.
70. *Lubicon Lake Band v Canada,* No 167/1984 [29.3].
71. *Bustíos-Rojas Case*, Order of the Court of June 5, 1990, Inter-Am. Ct. H.R. (Ser. E) (1990) Available at: http://www.umn.edu/humanrts/iachr/E/bustios-rojas6-5-90.html.
72. *Herrera-Ulloa v. Costa Rica*, Judgement of July 2, 2004, Inter-Am. Ct. H.R. (2004) Available at: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_ing.pdf.
73. *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, Judgment of August 31, 2001, Inter-Am. Ct. H.R., (Ser. C) (2001).
74. *Case of the Yean and Bosico Children v. The Dominican Republic*, Order of the Court of Sept. 8, 2005, Inter-Am. Ct. H.R. (2005),

Available at: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec _130_%20ing.pdf.

75. Inter-American Court of Human Rights – Annual Report 2015, p. 76 Available at: http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/ENG/eng_2015.pdf.
76. Laurence Burgorgue-Larsen, Amaya Úbeda de Torres. "War" in the Jurisprudence of the InterAmerican Court of Human Rights. Human Rights Quarterly (2011) Vol. 33, 148, 173-174.
77. *Matter of the Communities of the Jiguamiando and the Curbarado v. Columbia* (Provisional Measures) IACtHR, (7 February, 2006); See, inter alia, *Matter of the Peace Community of San José de Apartadó*, supra note 1, Considering clause Nº. 9, and *Matter of the Communities of Jiguamiandó and Curbaradó*, supra note 1, Considering clause Nº. 8.
78. CDDH(2013)R77. Report on interim measures under Rule 39 of the Rules of Court. 77th meeting, 19-22 March 2013, p. 9. Available at: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/CDDH(2013)R77_Addendum%20III_en.pdf See also *Evans v United Kingdom*, Nº. 6339/05, para.5, a case in which Article 2 was also invoked; *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, Nº. 41615/07, para.5, a case in which Article 3 was also invoked; for an example of rejection see *KissiwaKoffi v Switzerland*, Nº. 38005/07, para. 24.
79. Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], Nº.41615/07, ECHR 2010.
80. Evans v. the United Kingdom [GC], Nº.6339/05, ECHR 2007I.
81. ECtHR. Factsheet – Interim measures, September 2016. Available at: http://www.echr.coe.int/documents/fs_interim_measures_eng.pdf.
82. ECtHR. Factsheet – Interim measures, January 2017, p.12. Available at: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Interim_measures_ENG.pdf.
83. ECtHR, 'Rule 39 requests granted and refused in 2014, 2015 and 2016 by respondent state' available at http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_art_39 _01_ENG.pdf.
84. Application Nº. 7684/14 (Derevyanko against Ukraine) available at http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-141898&filename=001-141898.pdf&TID=ihgdqbxnfi.
85. Philip Leach, *Ukraine, Russia and Crimea in the European Court of Human Rights,* available at: https://www.ejiltalk.org/ukraine-russia-and-crimea -in-the-european-court-of-human-rights/.
86. *Georgia v. Russia* (dec.), Nº. 61186/09, 16 March 2010.
87. Application Nº. 49537/14 (Ukraine against Russia) available at http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["49522/14"],"itemid":["001-157568"]}.
88. Press Release: *ECHR communicates inter-State cases Ukraine v. Russia,* 26 November 2014, available at: *http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4945099-6056223.*
89. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* as amended by Protocols Nº. 11 and Nº. 14. Rome, 4.XI.1950.
90. IACtHR, *Chunimá Case (Guatemala),* Order (Provisional Measures), 1 August 1991. Para 6(a).
91. Kanstantsin Dzehtsiarou, The Effectiveness of the European Court of Human Rights in Cases of War. ECHR Blog. Available at: http://echrblog.blogspot.com/2014/03/ukraine-russia-inter-state-application.html.
92. UN Charter, Art 94.
93. Traviss, Alexandra C. (2012) "Temple of Preah Vihear: Lessons on Provisional Measures," Chicago Journal of International Law: Vol. 13: Nº. 1, Article 12, p. 322. Available at: http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol13/iss1/12.
94. UN Doc S/25616 (16 April 1993). Available at http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/50984/S_25616-EN.pdf?sequence=3&isAllowed=y.
95. UN Doc S/RES/819(1993) (16 April 1993). Available at https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N93/221/90/IMG/N9322190.pdf?OpenElement.
96. Ibid.
97. *Cyprus v. Turkey* (just satisfaction) [GC], Nº. 25781/94, ECHR 2014.
98. Bostedt F, 'The African Court and Provisional Measures' in Ambach P, Bostedt F, Dawson G and Kostas S (eds) *The Protection of Non-Combatants During Armed Conflict and Safeguarding the Rights of Victims in Post-Conflict Society* (Martinus Nijhoff Publishers 2015) 381.

99. Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine V. Russian Federation) (Order for Provisional Measures) 19 April 2017. Separate opinion of Judge Cançado Trindade, Available at http://www.icj-cij.org/files/case-related/166/19400.pdf.

THE CONTRIBUTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS TO THE INTERPRETATION OF THE CONVENTION ON THE LAW OF THE SEA

Indrė Isokaitė-Valužė
Associate Professor at the Faculty of Law, Vilnius University, Lithuania.

ABSTRACT

The Article focuses on the cases heard by the European Court of Human Rights (ECtHR) which encompass the interpretation of the 1982 United Nations Convention for the Law of the Sea (UNCLOS). After presenting the general overview of the Court's maritime-related jurisprudence the author aims at revealing the 'maritime issues' that are most often subject to the judicial scrutiny under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR). The research implies that the most extensive analysis has been conducted by the ECtHR in the 'maritime cases' related with the exercise of state jurisdiction at sea (including the arrest of vessels and crews, treatment of sea migrants, *etc.*). The Court has been quite often called upon to establish whether there had been a violation of the right to inviolability of a person (Article 5 of the ECHR), in other cases it assessed the alleged violations of the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment (Article 3 of the ECHR), the right to an effective remedy (Article 13 of the ECHR), on a more rare occasions dealt with other issues in maritime context, such as property rights (Article 1 of Protocol 1 of the ECHR) or forced labour (Article 4 of the ECHR). The interpretation of the UNCLOS provisions by the ECtHR in the light of the ECHR creates a relevant and specific contribution to the development of the law of the sea, enriches the interpretation of international treaties and human rights standards.

Keywords

United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS); Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. (ECHR), interpretation of international treaties, maritime cases, maritime jurisprudence, jurisdiction at sea, *etc.*

1. INTRODUCTION

In the contemporary world of often overlapping jurisdiction, there are numerous situations where international courts and tribunals are called upon to interpret different international treaties. In this respect, the so-called MOX Plant case[1], which went through a great number of dispute settlement procedures, is perhaps a good illustrative example. The interaction among the international courts that encompass the interpretation of different international treaties has been the object of the analysis by scholars who refer to this cooperation as to a 'dialogue', 'fragmentation', 'reconciliation' or simply 'competing jurisdictions'[2]. The European Court of Human Rights (ECtHR or Court) in safeguarding the standards under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) is also called upon to decide cases that require the interpretation of many other international treaties, including the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)[3]. The current analysis is devoted to this European dimension.

The rules for conduct on maritime space established under the UNCLOS form a rather complicated system entitling the coastal states, the flag states and other states to exercise jurisdiction in different situations, the rules of jurisdiction also depend on a particular maritime zone. The evolution of the law of the sea and the contemporary challenges such as military uses of the sea or sea migration reveal that despite the exhaustiveness of the UNCLOS

it has always retained a rather wide space for the interpretation of its provisions. And this could be said not only about the provisions that are vague or obscure but also the self-executing rules. In this respect, the examples may be the right of visit on the high seas that may be exercised by a warship in established cases (piracy, slave trade, *etc.*)[4] or the right to approach the ship and to arrest the ship and the crew for the violations of a particular State's requirements applicable in its maritime zones[5]. Arrest of vessels and crews is inevitably related with the status of these serving on board and the restrictions of liberty and security of a person, the right protected under the Article 5 of the ECHR. One may also assume that sea migration raises human rights issues that could fall under the ECHR.

The Article aims at identifying the cases where the ECtHR is called upon to interpret the UNCLOS. The author seeks to briefly present a general overview of such jurisprudence, to identify the human rights that are most usually interpreted in the 'maritime cases' and to evaluate how the interpretation correlates with the case law of the International Court of Justice (ICJ), the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) or the Permanent Court of Arbitration (PCA). The research is conducted by applying the usual methods of analysis (systemic and comparative analysis, historical, *etc.*). The ECtHR jurisprudence forms the background of the sources used, the analysis is also based on the provisions of the ECHR and the UNCLOS, in addition, the scholars' views and insights are referred to.

2. 'MARITIME CASES' BEFORE THE ECTHR

2.1. A General Overview

ECtHR has in many cases been called upon to judge on possible human rights violations related with maritime matters, however, the search in the HUDOC database reveals that there have been some five cases before the Court so far concerned with the application and interpretation of the UNCLOS[6]. Noteworthy is that the majority of them have been decided by the Grand Chamber[7]; this confirms the complexity of the issues raised. In these 'maritime cases' the Court was called upon to decide on the right of liberty and security of a person (Article 5 of the ECHR), the judgments revealed the violation of the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment (Article 3 of the ECHR), the right to an effective remedy (Article 13 of the ECHR), property rights (Article 1 Protocol 1 of the ECHR), prohibition of slavery and forced labour (Article 4 of the ECHR), prohibition of collective expulsion of aliens (Article 4 Protocol 4 of the ECHR). In the cases before the Grand Chamber, the applicants complained against France, Spain, Italy and Turkey[8]. The factual background of the applications has been mainly related with different aspects of the exercise of States' jurisdiction at sea, such as arrest of vessels and crews, treatment of seafarers or sea migration[9].

Although in many cases the ECtHR examined situations related with the events that occurred in maritime context, however, it did not necessarily refer to the provisions of the UNCLOS each time. The detailed reasons for the application and interpretation of the UNCLOS or disregarding it could be a separate issue for analysis that this article is not much focused on. Still, in this respect the author would like to provide an illustration of at least one case heard by the ECtHR recently[10].

In *Bakanova v. Lithuania*[11] the widow of the Lithuanian mechanic in ship who was found dead on the morning of 24 October 2007 in his cabin in cargo ship 'Vega' near Brazil (in the Atlantic Ocean near the Brazilian port of Imbituba) sought to prove that Lithuanian authorities failed to conduct an effective investigation of the death of her husband. The case raised the issue of the interpretation of the right to life, Article 2 of the ECHR[12], and, from the law of the sea perspective, the issue of jurisdiction. The Court's reasoning much focused on the procedural issues, namely, whether the investigation by the Lithuanian authorities was adequate, however, it did not elaborate on the exercise of jurisdiction by each of the countries involved. Under a general rule of jurisdiction in the territorial sea or internal waters[13], the coastal State authorities usually do not intervene if the event on board has no consequences to the coastal State or there is no request of the flag State or other grounds[14]; although there are differences as regards administrative and criminal jurisdiction and generally and particularly in this case the territorial principle allowed exercising Brazilian jurisdiction (Brazil authorities started

investigation, questioned the ship's captain and the engineer, concluded that no crime had taken place, Brazil doctor indicated acute heart attack as the cause for death, *etc*.). Lithuanian authorities also started investigation, however, much relied on the findings of the Brazilian authorities. The pre-trial investigation was discontinued and resumed several times; witnesses recalled that there had been fires and gas leaks on the board of the ship 'Vega' and the applicant pointed that her husband had never complained about the health and had no heart problems. The ECtHR referred to the Law on Maritime Shipping of the Republic of Lithuania in supporting or merely stating the flag State jurisdiction over the ship sailing its flag in administrative, labour and civil matters; however, this rule is also established in the UNCLOS[15]. Although both States had grounds for exercising jurisdiction in respect of different matters, there might have been certain gaps in cooperation: the applicant among other arguments drew attention to the facts of non-participation of Lithuanian diplomatic agents in the investigation and the delay of Lithuanian authorities in asking Brazilian authorities for legal assistance. The Court reiterated its jurisprudence that "instances of the extraterritorial exercise of jurisdiction by a state include cases involving the activities on board of ships registered in, or flying the flag of, that state."[16] Finally, the violation in the procedural aspect of Article 2 was found[17]. Thus, in this case the ECtHR did not directly refer to the UNCLOS, although certain provisions thereof, namely, these regarding the exercise of jurisdiction by a flag State or coastal (port) State could have been relied on. On the other hand, this has not prevented the Court from accomplishing its tasks in this case (the conduct of States that are not members of the Council of Europe is outside the Court's jurisdiction).

2.2 Jurisdiction-related Issues

Issues of jurisdiction in the law of the sea and International Law in general may imply rather complicated situations. Different reasons foster such developments: increasing number of international treaties and, respectively, dispute settlement mechanisms and bodies, which they establish, expanding competencies of International Organisations, specific categories of disputes, *etc*. Despite the fact that the majority of the world's seas and oceans are divided into maritime zones, responsibility areas for search and rescue operations and other zones of states' responsibility, the division of powers on maritime space is seldom a simple issue. Throughout the centuries, states' efforts to expand their powers in the ocean space have been quite vivid, either through the territorial claims or the exercise of jurisdiction on the high seas or otherwise. The UNCLOS formulates the grounds for the exercise of the states' jurisdiction as a rule or sometimes as a possibility. The issue of jurisdiction before the ECtHR is confined to establishing whether the applicant was within the jurisdiction of a Member State at the moment of the alleged violation[18]. If the situation is related with, e.g. the jurisdiction on the high seas, the Court may find it necessary to rely also on the UNCLOS.

In the maritime cases related with the jurisdiction on the high seas the ECtHR reaffirmed the flag State jurisdiction principle: "a vessel sailing on the high seas is subject to the exclusive jurisdiction of the State of the flag it is flying"[19]. The Court also reminded the possibility to apply nationality principle: "nationality <…> could be pleaded as an alternative to the principle of the flag state."[20] This reasoning corresponds to the UNCLOS rules[21] and the provisions of the 1952 Brussels Convention[22].

The case *Medvedyev and others v. France* revealed interesting questions as to the interpretation of jurisdiction at sea in terms of the ECHR and the UNCLOS (also other treaties regulating the right to board and inspect a foreign ship on the high seas). The Court stated that "extraterritorial exercise of jurisdiction by a State includes cases involving the activities of its diplomatic or consular agents abroad and on board aircraft and ships registered in, or flying the flag of, that State. In these specific situations, customary international law and treaty provisions have clearly recognised and defined the extraterritorial exercise of jurisdiction by the relevant State."[23] It is interesting to note that in its jurisprudence the Court emphasised the importance of the degree of control among other facts relevant for establishing jurisdiction, especially when it is extraterritorial. In the case *Hirsi Jamaa and others v. Italy* it stated that "the question whether exceptional circumstances exist which require and justify a finding by the Court that the state was exercising jurisdiction extraterritorially must be determined with reference to the particular facts, for example

full and exclusive control over a person or a ship"[24]. In this case the ECtHR recognised that "in the period between boarding the ships of the Italian armed forces and being handed over to the Libyan authorities, the applicants were under the continuous and exclusive *de jure* and *de facto* control of the Italian authorities"[25]. For the Court such exercise of control was enough to establish its jurisdiction under the ECHR, it considered the "speculation as to the nature and purpose of the intervention of the Italian ships on the high seas" to be irrelevant[26].

Providing for the flag State jurisdiction as the main rule on the high seas, the UNCLOS also grants other than the flag States the right to exercise jurisdiction in defined situations, mostly these where there is a need for international cooperation as, e. g. the fight against the sea piracy. Some of these grounds, e.g. unauthorised broadcasting or slave trading, need already to be interpreted in the light of the development of the law of the sea[27]. States strive to exercise jurisdiction on the high seas also on the grounds other than these foreseen by the UNCLOS, e.g. justifying their interference by the prevention of the risk to their coast.

In *Medvedyev and others v. France* the ECtHR identified the lacuna in Article 108 and other provisions of the UNCLOS regulating jurisdiction on the high seas in comparison to the fight against illicit trafficking in drugs: "not only are the provisions concerning the fight against drug trafficking minimal – in comparison with those concerning piracy, for example, on which there are eight Articles, which lay down, *inter alia*, the principle of universal jurisdiction as an exception to the rule of the exclusive jurisdiction of the flag State – but fighting drug trafficking is not among the offences, listed in Article 110, suspicion of which gives rise to the right to board and inspect foreign vessels"[28], i.e. to exercise the right of visit. Among the grounds for the right of a warship to verify the ship's right to sail the flag (and possibly proceed with a further examination) drug trafficking is not listed, differently from other grounds allowing not only the flag State to intervene. Under the 1988 Vienna Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances[29] a State Party to the treaty may request permission from the flag state to board a vessel suspected of trafficking in illegal drugs[30], otherwise it is not allowed. This treaty also provides for measures of states' cooperation and obligations to criminalise such acts, to start proceedings, *etc*.

The UNCLOS rules for State interference on the high seas are based on certain rationale: each situation (crime) may require a different approach and implies a different balance between the rights of a flag State and other States. The grounds for interference on the high seas may be divided into these seeking justification in the need to maintain peace and security, these which aim to maintain a *bon usage* of the 'internal order' of the oceans and these which pertain to the general welfare and the *ordre public* of international community or 'external order' of the oceans[31]. The grounds for jurisdiction on the high seas have been also developed in practice. This was also noted by the ECtHR which in the case *Kebe and others v. Ukraine* "[took] note of various provisions of (customary) international maritime law which concern powers and duties of different States and other actors involved in maritime traffic", however, the Court stated it "[did] not have to decide whether and how those provisions applied in the present case, as its subject-matter [concerned] Ukraine's exercise of its sovereign powers to control the entry of aliens into its territory"[32]. Thus, the ECtHR usually confines to its primary task of establishing the jurisdiction of a respondent State, party to the ECHR, and subsequently, the Court's jurisdiction.

The legal implications of the sea migration in the context of the refugee crisis which the European States have faced during the recent years, including the issue of jurisdiction, has been analysed by the ECtHR in the case of *Hirsi Jamaa and others v. Italy*[33]. A group of Somali and Eritrean nationals who left Libya with the aim of reaching the Italian coast was intercepted by Italian authorities and handed over to the Libyan authorities. Although the Government argued that the obligation to save human lives on the high seas as provided for by the UNCLOS and exercised by Italian ships had not in itself created a link between the State and the persons concerned establishing the State's jurisdiction, the Court confirmed Italy's jurisdiction: "the events took place entirely on board ships of the Italian armed forces, the crews of which were composed exclusively of Italian military personnel and <…> the applicants were under the continuous and exclusive *de jure* and *de facto* control of the Italian authorities".[34] The Court noted that

it was aware of the considerable difficulties related to the phenomenon of migration by sea, involving for States additional complications in controlling the borders in southern Europe; however, reminded the absolute nature of the *non-refoulement* principle and of the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment under the Article 3 of the ECHR[35]. Therefore, the violation of this provision was established as the Italian authorities knew or should have known that, as irregular migrants, the applicants would have been exposed in Libya to treatment in breach of the Convention[36]. Examining whether the transfer of the applicants amounted to the violation of the prohibition of collective expulsion of aliens the ECtHR also answered in the affirmative: it saw no obstacle to accepting that the exercise of extraterritorial jurisdiction by Italy took the form of collective expulsion (Article 4 of Protocol 4 of the ECHR). The Court added that "the special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording them enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention which the States have undertaken to secure to everyone within their jurisdiction"[37].

2.3 UNCLOS and other Sources of the Law of the Sea

With the decades from the adoption of the UNCLOS the titling it as a 'Constitution for the oceans' has been superseded by emphasizing the need of its effective implementation. On the occasion of the 30th anniversary, the Secretary General of the United Nations stated: "Like a constitution, it is a firm foundation, a permanent document providing order, stability, predictability and security – all based on the rule of law"[38]. UNCLOS partly codified the customary law of the sea, retained provisions of the 1958 Geneva Conventions on the Law of the Sea[39], although certain concepts and rules are the result of a progressive development of law. The consensus reached on the text, however, may not prevent different interpretation by States.

As other international courts and tribunals, scholars and judges,[40] the ECtHR emphasized that the UNCLOS is the consolidation of customary law: "the purpose of the Montego Bay Convention was, *inter alia*, to codify or consolidate the customary law of the sea…"[41]; although it recognised the lack of unity and agreement among States on certain issues: "its provisions concerning illicit traffic in narcotic drugs on the high seas <…> reflect a lack of consensus and of clear, agreed rules and practices in the matter at the international level."[42]

The ECtHR has given substantial insights into the sources of the law of the sea: "Diplomatic notes are a source of international law comparable to a treaty or an agreement when they formalise an agreement between the authorities concerned, a common stance on a given matter or even, for example, the expression of a unilateral wish or commitment."[43] In such way reference was made to a unilateral act or diplomatic assurance as a source of law and that it may amount to an international treaty if creates binding obligations on States. In this respect, one may recall several cases where assurances given by a Prime Minister or a Foreign Minister or other diplomatic notes created binding obligations on states[44].

Today such maritime powers as the USA are not parties to the UNCLOS. The expansion of the UNCLOS' applicability would contribute to a unanimous maritime order, although part of the UNCLOS' provisions in respect of non-parties are applicable as reflecting customary international law. For example, in territorial and maritime dispute *Nicaragua v. Columbia*[45] the ICJ reiterated the Parties' mutual understanding that many provisions of the UNCLOS, including the delimitation of the continental shelf and others reflected customary law and therefore were applicable to their dispute. The ECtHR suggested that "in any event, for States that are not parties to the Montego Bay and Vienna Conventions one solution might be to conclude bilateral or multilateral agreements, <…> with other States."[46]

Important to note is that according to the UNCLOS Article 311 and the principle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (also established in Article 34 of the Vienna Convention on the Law of Treaties[47]) the relations between a State Party to the UNCLOS and a State that is not the so called Geneva Conventions on the Law of the sea should apply. However, this does not preclude the agreement of states, one of which is not yet a party to the UNCLOS, to apply particular UNCLOS provisions to their relations or dispute as customary law or the rules of progressive development of law (particularly if a specific rule of the 1958 Geneva Conventions

is recognised as 'outmoded' by International Court of Justice or other international tribunal or arbitration)[48].

2.4 Deprivation of Liberty

Arrest of vessels and crews is often applicable for the misconduct of foreign ships and vessels in maritime space. The application of criminal liability for violations at sea is a rather problematic and much discussed issue[49]. UNCLOS provides for certain rules, restricting the application of this most severe liability form[50]. The ECtHR noted a tendency to use criminal law as a means of enforcing the environmental obligations imposed by European and International Law[51]. Many stakeholders draw attention to the status of these on board ships, for example, the association of seafarers BIMCO[52] emphasizes the "unfair treatment of seafarers" and refers to it as a "worldwide phenomenon", International Maritime Organisation points the need of a thorough investigation and adequate approach[53].

The interaction between the courts (tribunals) in interpreting sea law sources in cases related with the arrest of vessels and crews is seen in the case *Mangouras v. Spain*, where the Court relied on the UNCLOS, EU law, the case law of ITLOS (Tribunal) and other sources. The case was related with an oil spill in the Exclusive Economic Zone of Spain caused by ship 'Prestige', flying the flag of the Bahamas, and the arrest of a seafarer and the ship's master. The Court summarized the Tribunal's jurisprudence in setting the amount of a bond and the difference in the cases heard[54]. Having admitted that the bail had been quite high in that case, the ECtHR upheld the domestic court's view that the divergence from the Court's jurisprudence has been satisfied "in view of the legal interest being protected, the seriousness of the offence in question and the disastrous environmental and economic consequences of the oil spill"[55] and the special consequences of the case. Therefore the deprivation of liberty was justified and no violation of the ECHR Article 5, Para 3, was found.

Assessing the deprivation of liberty through the threshold of the ECHR the Court contributed to the Tribunal's reasoning in the cases of the release of vessels and crews. The Court made the assessment subject to certain additional standards (e.g. the aim and the guarantee of Article 5 Para 3). Having reiterated that the guarantee provided for by Article 5, Para 3, of the ECHR is designed to ensure not the reparation of loss but, in particular, the appearance of the accused at the hearing, the Court examined the issue through the following aspects: the necessity, capacity of the accused to pay the bill, the professional environment and, in addition, "the growing and legitimate concern both in Europe and internationally in relation to environmental offences"[56].

2.5 Other Issues

The jurisprudence of the ECtHR where the reference was made to the UNCLOS also encompasses cases related with other rights, mainly, property rights and prohibition of forced labour, however, there have been only few such disputes brought before the Court so far.

In the case *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey* "[t]he applicant company alleged that the seizure by the Turkish authorities of the cargo aboard a Cypriot-owned vessel of which it was time charterer had constituted an unjustified control of the use of property within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1."[57] The Court was called upon to analyse the alleged violation of property rights in the situation related with the vessel's passage through the Bosphorus. The case encompassed the issue of reliance on the UNCLOS only through the questions on the exact meaning and scope of applicable law: the 1936 Montreux Convention, rules of customary international law governing transit passage through straits and national law provisions prohibiting arms smuggling[58]. The judgement referred to the provisions of UNCLOS regulating the passage through straits[59], however, the Court considered the 1936 Montreux Convention to be a *lex specialis* as concerns the transit regime through the Bosphorus Strait[60]. The Court made the evaluation of the seizure subject to the test of proportionality and the legitimate aim and concluded that "the authorities' interference with the applicant company's rights is disproportionate and unable to strike a fair balance between the interests at stake"[61] and established the violation of Article 1, Protocol 1.

In the case *J. and others v. Austria,*[62] the applicants, three nationals of the Philippines, complained that the Austrian authorities had failed to undertake effective and exhaustive investigations into their allegations that they

had been the victims of human trafficking and subject to ill-treatment by the employers in Dubai who had taken them to Austria to look after their children. The applicants claimed to be the victims of the violation of Article 4 of the ECHR. The ECtHR provided a rather exhaustive analysis on human trafficking and listed UNCLOS among the treaties regulating the issue[63]. The Court provided relevant examples as to the behaviour amounting to the prohibition of forced or compulsory labour: under the European Social Charter, this guarantee "may be infringed, for example, by criminal punishment of seamen who abandon their post, even when the safety of a ship or the lives or health of the people on board are not at stake"[64]. The present dispute on the alleged violation of Article 4 was mainly related with the Austria's exercise of jurisdiction. It was established that the Austrian authorities complied with their duty to protect the applicants as (potential) victims of human trafficking, despite their decision to discontinue the investigation into the applicants' case concerning the events in Austria, as they had no jurisdiction over the alleged offences committed abroad.[65] The Court thus found no violation of Article 4 of the ECHR.

3. CONCLUSION

In commemoration of the 30 years of adoption of the UNCLOS Judge of the ICJ Christopher Greenwood referred to "remarkable harmony" between the pronouncements by the ICJ, the ITLOS and Annex VII arbitration tribunals; also noted a "consistent determination to achieve a clear and coherent jurisprudence across all relevant bodies"[66]. The ICJ has really developed a rich jurisprudence in maritime cases followed by other courts and tribunals; however, the UNCLOS is already being interpreted not only by the bodies which the States select for their maritime dispute resolution under the UNCLOS Part XV, Article 287, but also other international courts such as the ECtHR.

The contribution of the ECtHR to the interpretation of the UNCLOS is specific (determined by the Court's jurisdiction) but not unexpected. In the contemporary world of a rather considerable number of dispute settlement bodies, mechanisms and expanding case law, courts and tribunals are called upon to adjudicate cases applying many different legal sources. The ECtHR, safeguarding human rights standards under the ECHR, has been more often called upon to clarify human rights issues in maritime context recently. Not in all such cases, the ECtHR finds the reference to the UNCLOS necessary or the UNCLOS is sometimes only mentioned among the sources of relevant applicable law, however, it is not relied on in the further analysis. The cases encompassing the reference to the UNCLOS have been mainly related with different aspects of the exercise of States' jurisdiction at sea. Most often, such cases raised the issues of the deprivation of liberty, prohibition of torture and inhuman or degrading treatment, also the right to an effective remedy, prohibition of collective expulsion of aliens, on separate occasions – property rights and prohibition of forced labour. Having made the conduct at sea subject to the ECHR standards, the Court has enriched the perception of the UNCLOS and other sources of the law of the sea, applicable law, arrest of vessels and crews, jurisdiction exercised by state authorities at sea and other categories and in such way contributed to the development of the law of the sea, the interpretation of international treaties and human rights standards.

NOTES

1. *Ireland v. United Kingdom*. The case was related with the building and operation of the Mox Plant at Sellafield (the Irish Sea, United Kingdom) which was intended to reprocess the nuclear fuel and therefore threatened the status of sea environment. The dispute was brought before the International Tribunal for the Law of the Sea (provisional measures) and the Permanent Court of Arbitration (merits) under the United Nations Convention on the Law of the Sea, Case No 2002-01 <https://www.pcacases.com/web/view/100>, the OSPAR Commission under the Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (OSPAR Convention), Award of 2 July 2003 in the Dispute Concerning Access to Information Under Article 9 of the OSPAR Convention, and the European Court of Justice, *Commission of the European Communities v. Ireland*, Case No C-459/03. The case was suspended and finally withdrawn from the International Tribunal for the Law of the Sea and the Permanent Court of Arbitration, also the OSPAR Commission as the European Union law established certain duties for the Member States to use remedies under the European Union law, including the dispute settlement before the Court of Justice of the European Union. The Grand Chamber of the Court of Justice ruled that "by instituting dispute-settlement proceedings against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland under the United Nations Convention on the Law of the Sea concerning the MOX plant located at Sellafield (United Kingdom), Ireland has failed to fulfil its obligations under Articles 10 EC and 292 EC and under Articles 192 EA and 193 EA". Article 292 of the then Treaty establishing the European Community (EC Treaty, now Article 344 of the Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, C:2016:202:TOC) and Article 193 of the European Atomic Energy Community Treaty (EA Treaty, C:2016:203:TOC) establish the duty of the Member States not to submit a dispute concerning the interpretation or application of the Treaty to any method of settlement other than those provided for therein. For more information about the case see <http://www.haguejusticeportal.net/index.php?id=6164>
2. These works focus on issues of concurrent jurisdiction or, subsequently or separately, treaty interpretation. For example, Judge of the International Court of Justice Antônio Augusto Cançado Trindade refers to a jurisprudential cross-fertilization and expresses the need for a unity in law and equal justice: "It is thus to be expected that contemporary international tribunals remain increasingly aware of the case-law of each other, in their continuing performance of their common mission of imparting justice in distinct domains of international law, thus preserving its basic unity". Reflections on a century of International Justice: developments, current state and perspectives. *Teisė. Mokslo darbai*. Vilnius University, 2015, Issue 97. P. 218. Karin Oellers-Frahm deals with concurrent jurisdiction in the article "Multiplication of International Courts and Tribunals and Conflicting Jurisdiction – Problems and Possible Solutions", 2001 <www.mpil.de/files/pdf1/mpunyb_oellers_frahm_5.pdf>. Nikolaos Lavranos refers to "Regulating Competing Jurisdictions among International Courts and Tribunals", 2008 <http://www.zaoerv.de/68_2008/68_2008_3_a_575_622.pdf>.
3. Adopted on 10 December 1982 in Montego Bay at the Third United Nations Law of the Sea Conference, in force from 16 November 1994, also known as the 'Constitution for the Oceans', currently has 168 Member States. For more information see: UN Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea: <http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_overview_convention.htm>.
4. UNCLOS Article 110.
5. E.g. UNCLOS Article 73, Para 1, stipulates that "[t]he coastal State may, in the exercise of its sovereign rights to explore, exploit, conserve and manage the living resources in the exclusive economic zone, take such measures, including boarding, inspection, arrest and judicial proceedings, as may be necessary to ensure compliance with the laws and regulations adopted by it in conformity with this Convention."
6. HUDOC is an official database of the ECtHR: <http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"]}>
7. Case of *Medvedyev and others v. France*, 29 March 2010, appl. Nº 3394/03; Case of

Mangouras v. Spain, 28 September 2010, appl. No 12050/04; Case of *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, 23 February 2012, appl. Nº 27765/09; Case of *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, 13 December 2007, appl. Nº 40998/98.

8. *Ibid.*

9. E.g. the recent case *Kebe and others v. Ukraine* (12 April 2017, appl. Nº 12552/12) was related with the claims of three applicants who boarded a commercial vessel flying the flag of the Republic of Malta and sought asylum outside their countries of origin (Ethiopia, Eritrea). They alleged the violation of Article 3 (prohibition of torture) and Article 13 (effective remedy) of the ECHR following the ill-treatment of the Ukrainian authorities when carrying border control (they complained about the Ukrainian authorities' refusal to disembark and to accept asylum applications). The Ukraine's Government argued that the applicant had not been within the state's jurisdiction, but Malta had had *de facto* and *de jure* jurisdiction over the vessel and the first applicant. However, the Court established its jurisdiction in respect of the first applicant having noted that there was "no disagreement between the parties that Ukraine had jurisdiction to decide whether the first applicant should be granted leave to enter Ukraine from the moment the Ukrainian border guards embarked the vessel and met with the applicants" (Para 75). Although the factual background is partly contradictory (e.g. the alleged failure of the applicants to ask for asylum at the initial stages of meeting Ukrainian authorities as they perhaps might have intended to apply for asylum in another country, the problems with translation, *etc.*) the Court finally established the violation of Article 13 taken in conjunction with Article 3 of the ECHR. The Court considered that the Ukrainian authorities were or should have been aware that the applicant was an asylum-seeker who might have needed international protection, however, failed to adequately inform about asylum procedures in Ukraine and underestimated the applicant's need for international protection or assistance (Para 104, *etc.*). Only several provisions of the UNCLOS regarding the jurisdiction (Articles 92 and 94) were referred to in this case, however, there was not a big need for the Court to elaborate on them as they establish general principles: the duty for the ship to fly under the flag of one state only, the flag state's jurisdiction on the high seas and jurisdiction in administrative, technical and social matters.

10. The case is somewhat symbolic for this journal as the factual background implies Lithuanian and Brazil reflections.

11. Application Nº 11167/12, judgment of 31 May 2016.

12. The applicant alleged the violation of Article 6, Para 1, and Article 13, however, the Court did not upheld the complaint.

13. Article 27 of the UNCLOS formulates rules for criminal jurisdiction on board a foreign ship passing through the territorial sea; scholars used to suggest their application in respect of internal waters also. In any case, passing through the territorial sea or calling the seaport foreign ships find themselves within the sovereignty of a coastal state.

14. E.g., such measures are necessary for the suppression of illicit traffic in narcotic drugs or psychotropic substances. UNCLOS Article 27, Para 1 (d).

15. Article 94, Para 1, of the UNCLOS stipulate that "Every State shall effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag".

16. Para 63.

17. The right to life implies a positive obligation of a state to ensure effective investigation in case a person died as a result of the use of force or in similar cases when circumstances surrounding his death are unclear or unknown.

18. ECHR, Article 1, establishes the obligation of the Contracting Parties to secure rights and freedoms under the ECHR to everyone within their jurisdiction; Article 34 regulates individual applications.

19. Case of *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, appl. Nº 27765/09, 23 February 2012, para 77.

20. Case of *Medvedyev and others v. France*, appl. Nº 3394/03, 29 March 2010, para 90.

21. Article 94, Para 1: "Every State shall effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag." Article 97 establishes the flag state or nationality principle in cases of collision or any other incident of navigation concerning a ship on the high seas, involving the penal or disciplinary responsibility of the master or of any other person in the service of the ship.

22. 1952 International Convention for the Unification of Certain Rules relating to Penal Jurisdiction in Matters of Collision or other Incidents of Navigation <https://cil.nus.edu.sg/rp/il/pdf/1952%20IC%20for%20Penal%20Jurisdiction%20in%20Matters%20of%20Collision%20and%20Other%20Incidents%20of%20Navigation-pdf.pdf>. Article 1 establishes the flag state's jurisdiction for instituting proceedings in case described by Article 97 of the UNCLOS, under Article 2 the flag state principle applies for the arrest or detention of the vessel.
23. *Supra note* 20. Para 65.
24. *Supra note* 19. Para 73.
25. *Ibid*. Para 81.
26. *Ibid*.
27. In comparison to the time of their adoption, such cases have lost their relevance in nowadays context or have transformed as e.g. the provisions on slave trading may be interpreted as encompassing human trafficking. Article 109 of the UNCLOS 'Unauthorised broadcasting from the high seas' in addition to flag state and state of nationality allows other states to exercise jurisdiction, e.g. the state where the transmissions are received or where the installation registered, *etc*. Article 99 'Prohibition of the transport of slaves' obliges states to take effective measures, however, does not allow the exercise of jurisdiction freely be any state as in case of piracy under Article 105.
28. *Supra note* 20. Para 85.
29. In force from 11 November 1990 <https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_en.pdf>; <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=VI-19&chapter=6&clang=_en>
30. Article 17, Para 3.
31. PAPASTAVRIDIS, Efthymios. The Interception of Vessels on the High Seas: Contemporary Challenges to the Legal Order of the Oceans. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2013. P. 29.
32. *Supra note* 9. Para 75.
33. Judgement of 23 February 2012, appl. No 27765/09.
34. *Ibid*. Paras 81, *etc*.
35. *Ibid*. Para 122.
36. *Ibid*. Para 131.
37. *Ibid*. Para 178.
38. Secretary-General Urges Universal Participation in Law of the Sea Convention as General Assembly Commemorates 30-year Anniversary of 'Essential Treaty' <http://www.un.org/press/en/2012/sgsm1 4710.doc.htm>
39. Audiovisual Library of International Law <http://legal.un.org/avl/ha/gclos/gclos.html>
40. For example, H. E. Judge Rüdiger Wolfrum, the former President of the International Tribunal for the Law of the Sea in the Statement to the International Law Commission, 31 July 2008, indicated that "the law of the sea should not be seen as an autonomous regime. It is part of general international law and numerous provisions of the Convention even constitute customary international law" <https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/statements_of_president/wolfrum/ilc_geneva_31.07.08_eng.pdf>
41. *Supra note* 20. Para 92.
42. *Ibid.*
43. *Ibid*. Para 96.
44. E. g., in *Nuclear Test Case (Australia v. France)* the International Court of Justice in its judgement of 20 December 1974 concluded that France, by various public statements made in 1974 (the communiqué issued by the Office of the President of the French Republic, reply (statement) by the President, Note from the French Embassy in Wellington) announced its intention to cease the atmospheric tests at sea <http://www.icj-cij.org/docket/?p1=3&p2=3&k=6b&case=59&code=nzf&p3=4>. In the *Legal Status of Eastern Greenland Case (Denmark v. Norway)*, Judgment of 5th April 1933, PCIJ Series A/B No 53, the Permanent Court of International Justice recognised the statement made by the Norwegian Minister as binding on the country.
45. "The Parties further agree that the relevant provisions of UNCLOS concerning the baselines of a coastal State and its entitlement to maritime zones, the definition of the continental shelf and the provisions relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf reflect customary international law". *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*. Judgement of 19 November 2012. Para 114. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=124&code=nicol&p3=4>
46. *Supra note* 20. Para 101. By 'Vienna convention', the Court referred to the United Nations Convention against Illicit Traffic in

Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, adopted in Vienna.

47. In force from 27 January 1980. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, 1987. P. 331.

48. E. g. Such decision was reached in Lithuania's maritime delimitation negotiations where despite the fact that the State was still not a party to the UNCLOS and therefore the 1958 Conventions should have been applicable, the parties agreed that they were to be guided by the provisions of the UNCLOS. Certain delimitation rules under the Geneva Conventions (principle of equidistance) were already recognised as leading to an unfair delimitation result.

49. E. g. PEREIRA, M. Ricardo. Environmental Criminal Liability and Enforcement in European and International Law. Leiden/ Boston: Brill/Nijhoff, The Netherlands, 2015.

50. UNCLOS, Para 3, Article 73: "Coastal State penalties for violations of fisheries laws and regulations in the exclusive economic zone may not include imprisonment, in the absence of agreements to the contrary by the States concerned, or any other form of corporal punishment."

51. *Case of Mangouras v. Spain*, 28 September 2010, appl. Nº 12050/04. Para 86.

52. *Ibid*. Paras 48-51.

53. Guidelines on fair treatment of seafarers in the event of a maritime accident were adopted by the IMO's Legal Committee at its 91st session from 24 to 28 April 2006. <http://www.imo.org/fr/OurWork/Legal/JointIMOILOWorkingGroupsOnSeafarerIssues/Pages/IMOILOWGOnFairTreatmentOfSeafarers.aspx>

54. "The Tribunal, unlike the Court, is tasked with striking a balance between the competing interests of two States rather than the interests of an individual and those of a State. Secondly, the issues brought before the Tribunal concern the detention and release of both crews and vessels. Thirdly, unlike the instant case, which is about an environmental disaster, the vast majority of cases before the Tribunal concern fisheries-related violations". *Supra note* 51. Para 46.

55. *Ibid.* Para 57.

56. *Ibid*. Para 86.

57. Case of *Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey*, 13 December 2007, appl. No 40998/98. Para 3. The ship was arrested while navigating through the straits as Turkish authorities believed that the arms cargo on board the vessel was bound for Cyprus, from where it was to be smuggled into Turkey. The crew (namely, the master, the first officer and the radio operator) were detained for 'systematic weapon smuggling'.

58. *Ibid.* Para 92.

59. UNCLOS Articles 35, 37-39 (there are no specific provisions on arms smuggling by sea).

60. *Supra note* 57. Para 93.

61. *Ibid*. Paras 98, 94, 102. It was established that there had been no basis for suspecting an arms-smuggling offence or general power to seize the ship on account of a state of war between Turkey and Cyprus. The Court reminded that the interference must strike a "fair balance" between the demands of the general interest and the requirements of the protection of the individual's fundamental rights and there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim pursued.

62. Judgement of 17 January 2017, application No 58216/12.

63. The United Nations Convention against Transnational Organised Crime, 2000; the Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children (the Palermo Protocol); The Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings, 2005; EU Law, *etc.*

64. *Supra note* 62. Para 33.

65. *Ibid*. Para 118.

66. General Assembly Plenary, General Assembly Commemorates Thirtieth Anniversary of Opening for Signature of United Nations Convention on Law of the Sea, Sixty-seventh General Assembly, Plenary, 49th & 50th Meetings (AM & PM) GA/11323, 10 December 2012 <https://www.un.org/press/en/2012/ga11323.doc.htm>

SENTIDO E IMPORTANCIA DE LAS MIGRACIONES EN UN MUNDO LÍQUIDO – EL TEMA DE LOS EXTRANJEROS EN EL PENSAMIENTO DE ZYGMUNT BAUMAN

Jaime Ruiz de Santiago
Doctor en Filosofia y en Derecho; Profesor del Departamento de Estudios Generales del ITAM, Ciudad de México; ex Funcionario del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) durante 23 años.

RESUMEN

Se presenta el desarrollo que tiene el pensamiento de Zygmunt Bauman con relación al tema de las migraciones en la modernidad líquida, la propiedad que esta tiene de producir "vidas desperdiciadas", consideradas como un peligro frente al cual los políticos prometen proteger, estableciendo una insalvable diferencia entre "los otros" y "los nuestros", que rompe toda posibilidad de diálogo y cordialidad en la convivencia humana.

Palabras clave

Modernidad líquida; peligro; populismo; separación; solidaridad; responsabilidad moral; diálogo; globalización; migrantes; migración; capitalismo; extrangero.

ABSTRACT

This essay explains the development of Zygmunt Bauman's thought regarding the issue of migrations in liquid modernity. According to the author, the process of modernization has transformed the social dynamic through the property of producing "wasted lives". The "surplus population" is considered a danger for some sectors of society and it is the government's responsibility to provide protection.

Keywords

Liquid modernity; danger; populism; separation; solidarity; moral responsibility; dialogue; globalization; migrants; migration; capitalism; foreigner.

La importancia y trascendencia que poseen las investigaciones de Zygmunt Bauman, fallecido en fecha reciente, son indudables. Sus tesis se caracterizan por su agudeza y por poner en evidencia aspectos fundamentales del momento en el que vivimos. Y por ello vale la pena destacar los principales aspectos que presenta su investigación con relación al tema de las migraciones y de los extranjeros en un momento en el cual este tema presenta una relevancia que presenta en cualquier parte de nuestro mundo. Sin exagerar, se puede decir que esta problemática posee una importancia global.

El fenómeno ha atraído la atención de nuestro pensador a lo largo del tiempo, lo que se percibe ya desde la publicación en 1998 de su estudio sobre *La globalización. Consecuencias humanas*[1]. Algunos años después, en 2004, publicó ese importante estudio intitulado *Vidas desperdiciadas. La Modernidad y sus parias*[2], cuyas tesis fueron profundizadas en la obra, que fue originalmente una conferencia dictada en Barcelona y que llevó como título *Archipiélago de excepciones*[3], la que a su vez fue continuada en ese pequeño estudio de 2005 intitulado *Confianza y temor en la ciudad. Vivir con extranjeros*[4]. El tema fue de nuevo abordado en dos capítulos de esa obra fundamental, publicada dos años después, intitulada *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*[5]. Al tema se le dedica un capítulo de la obra *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global*[6], pero es tratado de manera directa y clara en su última publicación, intitulada *Extraños llamando a la puerta*[7]. Todo esto permite entender que el tema que nos interesa ha estado presente a todo lo largo de la producción de Zygmunt Bauman,

se ha ido precisando a través de sus diferentes temas y los recientes acontecimientos que se viven en Europa –pero que son muy similares a los que se presentan en otras latitudes- han sido el acicate que lo llevaron a escribir la última obra mencionada y a tener una presencia destacada en diferentes congresos y reuniones organizados a raíz de los mismos.

Una pieza fundamental en el origen de sus reflexiones lo constituye el tema de la globalización y de las consecuencias humanas que provoca. Esta realidad denominada globalización se caracteriza por la transformación radical del ser y de la misión del Estado. Este se constituyó a partir de los siglos XV y XVI, cuando comenzaron a derrumbarse los grandes imperios y aparecieron esas instituciones denominadas Estados, caracterizados fundamentalmente por lo que se conoce con el nombre de soberanía. El Estado fue concebido para llevar en sus manos las riendas del poder político, tomando las medidas necesarias para establecer líneas de acción o programas concretos que condujesen a la perfección de los individuos que lo integran y al establecimiento de la justicia en sus relaciones. El Estado fue concebido como una realidad que ayudase a los individuos a satisfacer sus necesidades y a realizar tareas que consideraba como propias, tales como el establecimiento de la justicia, la determinación del catálogo de delitas y de penas, la puesta en ejecución de un sistema educativo, la realización de una infraestructura material que permitiese vivir a los miembros de la sociedad (carreteras, sistema de agua, de luz, de desagüe, de transporte público, etc.). Fue lo propio del *Estado de bienestar (wellfare)*, que subsistió hasta el siglo XX.

A lo largo del siglo XX, a través de una serie de acontecimientos, esa concepción fue terminando y con ello llegó a fin lo que se conoce con el nombre de "modernidad". Comenzaron a aparecer actores globales que le fueron quitando a los Estados lo que consideraban como tarea esencial y con ello éstos fueron perdiendo de manera paulatina pero inexorable el poder. El poder se trasladó a la esfera de los actores globales, no limitados a un determinado territorio, a la vez que los Estados eran simples títeres de los mismos. El dominio propio de esos actores globales es el de las finanzas, de la economía, de los capitales, que representan el auténtico poder en el mundo pos-moderno. "Debido a la difusión ilimitada e irrefrenable de las normas de libre comercio y, sobre todo, al movimiento sin trabas del capital y las finanzas, la "economía" se libera progresivamente de todo control político; en verdad, el significado principal del término "economía" es "el área de lo no político". Como en los buenos tiempos de antaño, lo que resta de la política queda en manos del Estado, pero a éste no se le permite entrometerse en la vida económica: ante cualquier intento de hacerlo, los mercados mundiales responden con medidas punitivas inmediatas y feroces"[8].

La pos-modernidad se acompaña del pos-Estado, lo que ha sido repetidamente advertido por numerosos pensadores[9], al tiempo que en nuestra época el número de Estados se multiplica de manera asombrosa[10]. Pero es fácil percibir que una gran mayoría son Estados débiles, casi fantasmagóricos, y que la totalidad se encuentra sometida al poder económico global.

Otra característica de nuestro mundo es que en él "todos vivimos en movimiento"[11], un movimiento físico o virtual gracias a las nuevas tecnologías, al internet, a las redes sociales, que nos transportan a gran velocidad a latitudes que pueden ser muy lejanas desde el punto de vista físico. Y se vive en movimiento de sociedades caracterizadas, devoradas, por el consumo. El ser consumidor se ha convertido en nota esencial de los seres humanos, para quienes el mismo vivir es consumir. Consumir a gran velocidad, ansiando lo que se anuncia como lo nuevo y que dará espacio a otras novedades. Y al poseer lo que se anunciaba como lo último, deja de satisfacer, se hace a un lado y se espera lo que sea nuevo. "Para el consumidor cabal y maduro, actuar de esa manera es una compulsión, una obligación. Pero esta "obligación", esa presión interiorizada, esa imposibilidad de vivir la vida de otra manera, se le revela disfrazada de ejercicio del libre albedrío"[12]. Sin embargo, si todos los miembros de la sociedad quieren ser consumidores, no todos lo pueden ser, pues la sociedad pronto distingue entre los que tienen capacidad económica y lo que no la tiene, entre "los de arriba" y "los de abajo". Los primeros pueden moverse físicamente a donde quieran, son auténticos turistas, que se distinguen y se separan con claridad de aquellos que no tienen, que son obligados a moverse a donde pueden, pero no en calidad de turistas sin de simples vagabundos. "La aclamada "globalización" está estructurada para satisfacer los sueños y deseos de los turistas. Su efecto secundario -un efecto

colateral, pero inevitable- es la transformación de muchos más en vagabundos. Estos son viajeros a los que se les niega el derecho de transformarse en turistas. No se les permite quedarse quietos (no hay lugar que garantice su permanencia, el fin de la movilidad indeseable) ni buscar un lugar mejor"[13].

De este modo, a partir de estas primeras tesis, Bauman asienta las bases para lo que sucederá aceleradamente a partir de esa primera época, es decir el aumento imparable y asustador del número de "vagabundos" secretados por la sociedad global de consumo, que se mueven sin cesar y se enfrentan con el hecho aterrador de que "los canales de desagüe se han bloqueado".

Podría pensarse, acaso, que el problema reside más bien en el hecho de que quizá somos ya demasiados seres humanos en este planeta. A ello se refiere el título del capítulo segundo de *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, que sirve a Bauman para denunciar la falsedad de esta posición propia del neoliberalismo. "La "superpoblación" es una ficción de actuarios: un nombre en clave para la aparición de un número de gente que, en lugar de contribuir al suave funcionamiento de la economía, torna tanto más difícil la consecución, por no hablar de la subida, de los índices mediante los cuales se mide y evalúa el funcionamiento apropiado. Diríase que el número de dicha gente crece de manera incontrolable, aumentando continuamente los gastos pero nada los beneficios"[14].

La globalización vivida en un mundo de consumo engendra natural y necesariamente un número creciente de vagabundos, de parias, de víctimas colaterales, que son significan una "población excedente", excluida de los beneficios sociales, población superflua, descartable, que nada aportan desde el punto de vista de la producción material e intelectual, que son verdaderos parásitos del cuerpo social. Y Bauman señala que estos seres humanos son señalados cada vez más por la opinión pública y los medios de comunicación como engrosando el número de peticionantes de asilo y siendo verdaderos delincuentes, fuente de terroristas.

En estas circunstancias el Estado, atrapado en el movimiento de la globalización, carente cada vez más de poder político, se ve llevado a renunciar a sus finalidades de brindar protección a las necesidades humanas y, abdicando de esta tarea, entrega esta tarea a las leyes del mercado. De esta manera se inicia la privatización de las que eran tareas esenciales del Estado de bienestar: privatización de la educación, de la salud pública, del orden en las calles e incluso de las prisiones, de los transportes públicos, de los medios de comunicación, del cuidado de los ancianos, del aprovisionamiento de la energía eléctrica e incluso, en casos ya extremos, hasta del agua.

En estas circunstancias, cuando el Estado tiene que justificar su existencia y finalidad, solo lo encuentra en el proporcionar seguridad a los ciudadanos en contra de los peligros que se puedan presentar. A los peligros reales pronto se suman aquellos que el Estado presenta también como verdaderos enemigos de la sociedad, entre los cuales se cuentan los inmigrantes, sobre todo los irregulares, los refugiados, los extranjeros vagabundo, que son vistos como delincuentes y terroristas.

El problema se presenta cuando se constata que esos "residuos humanos" ya no pueden ser eliminados en territorios "vacíos" o "de nadie", y por ello los canales de desagüe de drenaje del excedente humano se han ya obstruido. Los Estados, sobre todo aquellos rezagados en la modernidad, se ven obligados a buscar soluciones locales a problemas que son en verdad globales. Entre esas soluciones "figuran las guerras y las masacres tribales, la proliferación de guerrillas (con frecuencia poco más que cuadrillas de bandidos) muy ocupadas en diezmar mutuamente sus tropas, si bien absorbiendo o 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"[15]. Y Bauman añade: "Quizá la única industria próspera en los países de los rezagados (tortuosa y engañosamente apodados "países en vías de desarrollo") es la producción masiva de refugiados"[16].

Estas son las ideas que aparecen en las primeras páginas de *Archipiélago de excepciones*, que son profundizadas en el desarrollo de la obra. En ellas expone que los refugiados en concreto revelan "lo desconocido" que existe en nosotros, que ellos hacen sentir los horrores de guerras lejanas, el hedor de hogares saqueados y de pueblos exterminados,

lo cual manifiesta "a los establecidos con qué facilidad el refugio de la rutina segura y familiar (segura *por* lo familiar) en la que se amparan podría verse resquebrajado o aplastado y cuán engañosa debe de ser la seguridad de su "establecimiento"[17]. El resultado ha sido –y esto se escribe hace ya más de diez años- que Europa "y sus avanzadas de ultramar (como los Estados Unidos o Australia) parecen buscar respuesta a esos problemas que les eran desconocidos hasta hace poco con políticas igualmente novedosas y casi nunca llevadas a la práctica en la historia europea, dirigidas hacia el interior y no hacia el exterior, centrípetas en vez de centrífugas, implosivas en lugar de explosivas, como la reducción de gastos, el repliegue en sí mismos, la construcción de vallas y alambradas rematas con una red de aparatos de rayos X y de cámaras de circuito cerrado de televisión, el despliegue de más agentes en las cabinas de control de inmigración y naturalización, la reclusión de los refugiados en campamentos estrechamente vigilados y aislados, y el freno a la entrada de nuevos inquilinos potenciales de éstos antes de que tengan oportunidad de reclamar su condición de refugiados o de solicitantes de asilo"[18].

Los "desechos" humanos del mundo globalizado, "los descartables" se encuentran también en las prisiones: se aumenta el número de delitos, las prisiones sufren hacinamientos de inquilinos, los delincuentes son considerados "intrínsecamente malvados y perversos", las sentencias se vuelven cada vez más duras y prolongadas… A esta categoría se asimilan los solicitantes de asilo y refugiados. De este modo se erosiona todo sentimiento de solidaridad y de compasión por aquellos seres humanos que sufren y requieren protección. Pero los Estados localizan con claridad a los enemigos a combatir y contra los cuales debe garantizar a sus ciudadanos una vida de seguridad y tranquilidad.

Se desmantela y destruye así la idea de un "Estado social", y los políticos se guardan bien de emitir promesas para defender y asegurar a los ciudadanos frente a la exclusión y el rechazo. Ahora se trata de proteger a los ciudadanos de los nuevos peligros y amenazas, que son descritos con el más oscuro de los colores. "La nueva demanda popular de un poder estatal fuerte capaz de resucitar las desvanecidas esperanzas de protección social –respaldada por ese Estado- frente a la relegación del desecho, está cimentada sobre la base de la vulnerabilidad y la seguridad *personales,* en lugar de la precariedad y la protección *sociales*"[19].

La advertencia y descripción de los peligros que amenazan la seguridad personal de los ciudadanos –en especial esos seres humanos presentados como delincuentes y terroristas– permiten obtener, además, un gran capital comercial. Lo que se ha hecho es que "se ha dejado en manos de los individuos la búsqueda, la detección y la puesta en práctica de soluciones individuales a problemas socialmente producidos"[20]. Se llega a un mundo en el cual la sociedad ya no se encuentra protegida por el Estado y en las cuales la inseguridad y la incertidumbre nacen de la sensación de impotencia.

Todo esto se vive concretamente en las ciudades, en donde los ciudadanos se ven cada vez más obligados a vivir con extranjeros. Es lo que se analiza en esa pequeña obra publicada en 2005: *Confianza y temor en la ciudad. Vivir con extranjeros*. Son las ciudades las que "se han convertido en el vertedero de problemas de origen mundial"[21]. Es en ellas donde la persona se encuentra constantemente con desconocidos y esos sitios son fuente permanente de temor y angustia, inclusivo de violencia que estalla en algunos momentos. En los desconocidos encontrados se pueden advertir intenciones que se pueden adivinar, pero que nunca se conocen con certeza.

En las ciudades las diferencias sociales y económicas se acentúan: las clases poderosas tienden a aislarse, a encerrarse en sitios que les son reservados y en los cuales se sienten seguras. A ese efecto se levantan barreras, se construyen bardas, se colocan cámaras, se contratan servicios de control de entradas y salidas…todo ello a fin de evitar el contacto con los desconocidos y posibles intrusos. Se genera esa reacción "previsible y generalizada ante lo inconcebible" que es la *mixofobia:* "A medida que se va estableciendo el multilingüismo y la diversidad cultural en el ambiente urbano propios de la era de la globalización, fenómeno que seguramente se intensificará con el tiempo, en vez de declinar, las tensiones que comporta la humillante/perturbadora/irritante extrañeza de la situación seguirá provocando, con toda probabilidad, impulsos segregacionistas"[22].

Bauman hace notar que esta separación física de quienes se juzgan extraños y peligrosos,

en vez de aliviar la tensión y la mixofobia, las potencia, hace más fuerte y resulta totalmente ineficaz. Esto porque quienes "han olvidado o no han querido desarrollar las habilidades necesarias para vivir en medio de la diversidad, no es de extrañar que a tales personas les horrorice cada vez más la perspectiva de toparse cara a cara con los extranjeros"[23].

Pero si las ciudades pueden generar sentimientos de *mixofobia,* también los pueden generar de *mixofilia*. Por ello las ciudades son fuente de profundos contrastes en las reacciones, de sentimientos opuestos, de extrañeza y fascinación, de repulsa y enamoramiento. "La mixofobia y la mixofilia coexisten en todas las ciudades, pero también se hallan en el interior de todas las personas que habitan en ella. Hay que reconocer que se trata de una coexistencia precaria y revuelta, pero que tiene mucha importancia para las personas que son víctimas de los sentimientos encontrados propios de la modernidad líquida"[24] .

Lo que provoca la mixofobia es la segregación de las zonas residenciales y de los espacios abiertos al público, de modo que las soluciones que aparentemente se proponen son causa de los problemas que dicen resolver. Así "la paranoia mixofóbica es un círculo vicioso que actúa como una profecía que lleva en sí el germen de su cumplimiento. Si se ofrece y se acepta la segregación como si fuera un remedio radical para el peligro que representan los extranjeros, la convivencia con ellos se vuelve más difícil cada día"[25].

La solución a esa aversión a los extraños, a la mixofobia, asienta Bauman, es exactamente la opuesta a aquella que se suele proponer: no a la separación y al alejamiento, sino a diseños urbanísticos que faciliten el encuentro y el acercamiento, espacios urbanos abiertos y hospitalarios, en donde las personas puedan tener el placer de acudir y compartir. Podemos anotar que ya las ciudades medievales conocieron la tentación de la construcción de torres cada vez más altas y aisladas, que separaban del pueblo y marcaban el poder de los ricos. Su resultado fue siempre una ambiente de separación y violencia. Fueron una triste profecía de lo que se realiza con frecuencia en nuestros días.

El día de hoy se ha ido más lejos: si en el pasado las ciudades constituían el refugio donde los habitantes eran acogidos y brindaban seguridad, el día de hoy acontece todo lo contrario: las ciudades se han convertido en la causa de los peligros que se pretenden evitar. Si antes eran les espacios residenciales los que se amurallaban, ahora son las ciudades y los países. Estos espacios se llenan de cámaras y de policías, de vallas y controles. "lo malo es que, además de la inseguridad, es posible que también desaparezcan de las calles las principales atracciones de la vida urbana, como la espontaneidad, la flexibilidad, la capacidad para sorprender y ofrecer aventura. El sustituto de la inseguridad no es el éxtasis de la calma sino la maldición del aburrimiento"[26].

La obra de Bauman obliga a reflexionar acerca de las características que deben ofrecer los espacios urbanos, sitios donde los desconocidos se encuentran y donde la vida urbana, distinta de otras colectividades, tiene su máxima expresión, con sus tradicionales alegrías y tristezas, sus expectativas y frustraciones, sus esperanzas y desilusiones. Y nuestro autor cita las palabras de Nan Ellin, analista agudo de las tendencias urbanísticas de nuestros días, quien dice que "Al permitir que prospere la diversidad (de personas, actividades y credos)", el espacio público posibilita la integración (o la reintegración) "sin destruir las diferencias; en realidad las celebra. El miedo y la inseguridad se van calmando gracias a la preservación de la diferencia y al hecho de poder moverse uno a sus anchas por la ciudad"[27].

Más que nunca es un desafío que requiere ser atendido y resuelto de manera adecuado: la construcción de ciudades que permitan a la persona humana alcanzar su perfección en el encuentro con ella misma y con los demás. No se debe olvidar que ellas representan el campo de batalla en donde se enfrentan la mixofobia y la mixofilia, haciendo todo lo posible para que la primera se reduzca y la segunda pueda prevalecer. Es en las ciudades donde los seres humanos deben encontrarse no como enemigos sino como vecinos, donde se deben desarrollar no espacios de lucha y enfrentamiento, sino lugares de encuentro y diálogo, espacios no de violencia y choque, sino de descubrimiento de los otros y ayuda mutua. "La sociedad humana es distinta de un rebaño de animales porque alguien puede sostenerte; es distinta porque es capaz de convivir con inválidos, hasta el punto de que históricamente podría decirse que la sociedad humana nació junto con la compasión y con el cuidado de los demás, cualidades sólo humanas. La preocupación de hoy en día se

centra en este punto: trasladar esta compasión y esta atención a escala planetaria (…) No alcanzo a pensar en nada que sea más importante que esto. Tenemos que empezar por aquí"[28].

Esta tarea se vuelve más apremiante gracias a la obra que Bauman publicó en el año 2007: *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*. Como ya dijimos, esta obra dedica dos capítulos a la temática que nos interesa. El primero de ellos, *La humanidad en movimiento,* vuelve sobre tres idea ya presentes en obras anteriores: a) el hecho de que el capitalismo global de nuestros días produce una masa cada vez mayor de seres humanos superfluos. Estos se enfrentan a la obstrucción de los viejos desagües que permitían en el pasado su eliminación y la ausencia de nuevos para suprimir los desperdicios humanos. Debido a ello la línea que en las ciudades separa a los miembros "útiles" y "sanos" de la sociedad de aquellos otros que "están de más" y son "superfluos" pierde su claridad. "En lugar de seguir siendo una desgracia limitada a una parte relativamente pequeña de la población, como solía percibirse, la consignación como "desperdicios" se convierte en la perspectiva potencial de todos"[29]; b) el mundo capitalista de Occidente, mundo "desarrollado", estimula la producción de un número cada vez mayor de desperdicios humanos, no solo por el desmantelamiento de las estructuras estatales de bienestar sino también llevando a cabo guerras de globalización, desestabilizando un número creciente de sociedades. Se provocan entonces millones de migrantes que siguen los caminos que eran transitados en el pasado por la "población excedente", "despedida de los viveros de la modernidad, sólo que esta vez van en dirección contraria (…). Las dimensiones reales de dicha consecuencia, así como sus repercusiones, aún tendrán que elucidarse y captarse en sus múltiples repercusiones"[30]. El número de refugiados en campamentos aumenta sin que se pueda percibir en el horizonte el fin de su situación, de modo que se vuelve corriente hablar de "situaciones procrastinadas de refugiados", expresión eufemística con la cual se quiere expresar que tales situaciones existen de manera indefinida. Es el caso no sólo de los refugiados palestinos sino también la de muchos otros millones que se encuentran en el Medio Oriente, en Asia y Africa. Los refugiados que se encuentran en tales campamentos "están separados del resto del país que les acoge por un velo de sospecha y resentimiento, invisible pero tupido e impenetrable. Están suspendidos en un vacío espacial en el que el tiempo poco a poco se ha ido deteniendo. No están instalados ni desplazados, no son sedentarios ni nómadas"[31]; c) esta evolución propia de la modernidad líquida va acompañada de un Estado que ha dejado de ser "social" para transformarse en un Estado de "justicia criminal", "penal", fundado en "el control de la delincuencia", un Estado "excluyente". Los Estados cierran sus fronteras, levantan vallas y barreras, se atrincheran y tienden a convertirse en auténticas fortalezas. Las causas de estos fenómenos tienen una raíz común: "la propagación global de la forma de vida moderna, que ha alcanzado a estas alturas los límites más remotos del planeta"[32].

En el segundo de los capítulos de nuestro interés, *Separados, pero juntos*, Bauman presenta nuevamente la idea de que en las ciudades de la modernidad, se encuentran los miembros "sanos" de la sociedad y también los "superfluos", provocando esas dos posibles reacciones que son la mixofobia y la mixofilia. Insiste una vez más en la necesidad de volver a los centros urbanos en lugares de encuentro y diálogo y no de enemistad y confrontación. "Las ciudades contemporáneas son el escenario o el campo de batalla donde los poderes globales y los sentidos e identidades, obstinadamente locales, se encuentran, chocan, luchan y buscan un acuerdo satisfactorio, o al menos soportable, una modalidad de convivencia que pueda ser una paz duradera, pero que por lo general sólo resulta un armisticio, breves intervalos para reparar las defensas dañadas y volver a desplegar las unidades de combate"[33]. Las ciudades son los lugares donde se presentan los problemas que han sido producidos globalmente, lo que explica que la política local, y en particular la urbana, se encuentre enormemente sobrecargada. Pero las ciudades "pueden verse también como laboratorios en los que los modos y las maneras de vivir con la diferencia, que todavía tienen que aprender los habitantes de un planeta cada vez más superpoblado, se inventa día a día, se prueban, memorizan y asimilan"[34].

Algunos años después de *Tiempos líquidos* apareció *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global,* que permite a nuestro autor ahondar en la temática que nos interesa, sobre todo en el capítulo intitulado ¿Son peligrosos los extraños? Una de las ideas básicas expuesta en esta obra es aquella de la naturaleza

securitaria que debe cumplir el Estado en la modernidad para asegurar su legitimidad. Para lograr su propósito basta referirse ante todo a la vulnerabilidad e inseguridad que conoce la existencia humana. Junto a las causas naturales que las explican, la modernidad líquida las hace más profundas a causa de las fuerzas del mercado, que se distinguen por su carácter caprichoso e imprevisible. Este hecho va a conocer una aguda dramatización gracias a otros medios que superan tal inseguridad causada por el mercado. Ese medio que maneja el Estado como una amenaza que se cierne sobre los ciudadanos y cuyos contornos son imprecisos pero muy amenazantes está representado por los delincuentes y los inmigrantes irregulares, categorías que se tiende a identificar.

Bauman menciona diversas campañas electorales en las cuales los candidatos han usado este argumento que parece ser inmejorable para ganar votos. Tal ha sido el caso del enfrentamiento que se dio entre Chirac y Jospin en Francia en 2002, en el discurso electoral que manejó el sucesor de Chirac, Nicolás Sarkozy, el manejado en Portugal por el político Paulo Portas, en Dinamarca por el Partido Popular de Pia Kiersgaard, por Umberto Bossi en Italia, por el Partido del Progreso en Noruega, por el Frente Nacional de Marine Le Pen, del mismo modo, puede añadirse en épocas más recientes (la obra de Bauman data del año 2011) fue un argumento decisivo que supo ser muy bien manejado por quienes buscaban el Brexit de la Gran Bretaña. Más tarde es el argumento en el cual no dejó de manejar Donald Trump en los Estados Unidos primero como candidato y el día de hoy como presidente de uno de los Estados más poderosos. Uno puede estar seguro de que esto se extenderá como reguero de pólvora.

Así Bauman escribe que "el estado de alerta es permanente: se proclaman peligros que acechan a la vuelta de la próxima esquina, filtrándose y rezumando desde campamentos terroristas enmascarados como escuelas y congegaciones religiosas musulmanas, desde *banlieues* poblados de inmigrantes, desde calles miserables infestadas de marginales, desde "barrios peligrosos" incurablemente contaminados de violencia, desde zonas urbanas intransitables, desde las intenciones de pedófilos y otros depravados que andan sueltos, de los mendigos insistentes, de las bandas de menores sedientos de sangre, de los merodeadores y los acosadores…"[35].

Tales amenazas resultan muy útiles y traen como consecuencia que el día de hoy el mundo se perciba como menos seguro que hace diez o quince años. Los políticos se encargan de conducir –dicen– a un rápido retorno a las condiciones de seguridad… lo que permitirá, pueden añadir, la reconquista de la grandeza perdida de la nación.

Mas, asienta nuestro autor, "las preocupaciones por la seguridad y las motivaciones éticas tienen fines opuestos en principio: las perspectivas de seguridad y la intensidad de las intenciones éticas están en pugna"[36]. Es la oposición que existe entre la conflictividad y la comunión, la tendencia a separar y excluir, que es propio de la primera, en contra de la tendencia unificadora que caracteriza la segunda. La seguridad busca encontrar riesgos y suprimirlos, detectando fuentes de inseguridad para eliminanarlas de manera "preventiva", fuentes que no se encuentran incluidas en el universo de la obligación moral porque a los individuos o grupos humanos detectados se les niega el carácter de personas humanas y son considerados como simples objetos a eliminar. Naturalmente con ellos no cabe ninguna posibilidad de diálogo.

Y es aquí donde Bauman recuerda la doctrina de Emmanuel Levinas y su enseñanza relativa al "Otro". El mundo de las obligaciones morales cubre totalmente al "Otro", y la exclusión del último equivale a borrarlo del primero. Los delincuentes, los migrantes "ilegales", los descartables… todos ellos están situados fuera del círculo de responsabilidad moral, del mismo modo que los judíos, los gitanos y los homosexuales carecían de humanidad para el nacional socialismo, quienes ejercían respecto de ellos una acción puramente sanitaria. Con relación a ellos, se dice, no cabe un discurso ético, son *adiofóricos,* en el lenguaje de nuestro autor.

"Una vez *despojado* el Otro de "rostro", su debilidad invita a la violencia con naturalidad y sin esfuerzo, a la inversa de lo que ocurre cuando el rostro está *puesto* y la misma debilidad abre una extensión infinita para la capacidad ética de socorro y cuidado"[37]. Es a partir de estas páginas que Zygmunt Bauman, uniéndose a las voces de Emmanuel Levinas, Martín Buber, Manuel Mounier, Jacques Maritain, y tantos otros, se

convierte en la lúcida conciencia de nuestro tiempo. Al tiempo que sus análisis brillantes de los "daños colaterales" producidos por la modernidad líquida, su discurso se presenta como una defensa vibrante y apasionada de la persona humana, con independencia de la situación en la que se encuentre. Es más: mientras más golpeada por esa modernidad, que le considere como una "vida desperdiciada", un "descartable", más se debe insistir en el rostro humano y en la responsabilidad moral que respecto de él existe.

Pero, por desgracia, las obsesiones por la seguridad son inagotables y una vez que son acogidas y propagadas no existe manera de detenerlas. Víctima de este miedo irracional son los extraños, que encarnan lo incierto y lo impredecible, los cuales serán segregados y separados en las mismas ciudades, como ya se ha visto. Y aunque la tendencia a crear "comunidades cerradas", a vaciar las calles, a crear recintos amurallados, se inició en los Estados Unidos, el día de hoy se ha propagado a numerosos países de la América Latina y de Europa.

La conclusión del capítulo establece que "quizás el efecto más pernicioso, seminal y duradero de la obsesión por la seguridad (el "daño colateral" que ésta perpetra) sea la socavación de la confianza mutua, así como la siembra y reproducción de la sospecha recíproca. Cuando falta la confianza, se trazan fronteras, y cuando se siembra la sospecha, las fronteras se fortifican con prejuicios mutuos y se reciclan en frentes de batalla"[38].

Naturalmente el dilema que se plantea es si queremos vivir en un mundo de recelo y desconfianza o de apertura y solidaridad con los demás. El desafío al que nos enfrentamos consiste en hacer ver "la necesidad de aportar cantidades enormes de buena voluntad, dedicación, disposición al compromiso, respeto mutuo y un rechazo compartido a toda forma de humillación humana"[39].

Las bases estaban suficientemente preparadas para que nuestro autor dedicase toda una obra, la última de su vida, a ese gran desafío que se siente vivamente en todos los países del mundo constituido por los *Extraños llamando a la puerta*[40].

La obra implica una toma de posición frente a los interrogantes que ha planteado para Europa la irrupción en su territorio de un movimiento masivo de migrantes proveniente no sólo de Siria sino también de otros países como Eritrea, Afganistán, Libia, etc. Tal realidad permite a Bauman reflexionar de manera precisa y fundada sobre uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo, con la convicción de que "es improbable que las migraciones masivas vayan a remitir"[41]. El tratamiento del tema lo realiza en seis capítulos.

El primero de ellos, *El pánico migratorio y sus (malos) usos*, presenta puntos básicos: 1) ante todo que la irrupción en Europa de esas migraciones masivas ha causado un verdadero "pánico moral", que significa el temor existente en un gran número de personas que están embargadas por el sentimiento de que se encuentran amenazadas por un gran mal. Este vivo sentimiento de precariedad hace que no exista ya ningún recuerdo de las grandes crisis de refugiados, que, sin embargo, son muy cercanas en el tiempo, como por ejemplo aquella representada por los sudaneses o de los afganos en Australia. Ya frente a ellas los Estados habían reaccionado con medidas inauditas, tales como aquella tomada precisamente por Australia (y en esto siguió una idea sugerida para Europa por Tony Blair, el entonces primer ministro de la Gran Bretaña. Este planteó la posibilidad de enviar fuera de las fronteras de la Unión Europea a los solicitantes de asilo a países a los cuales se les pagaría por esa tarea), que ha decidido derivar a los solicitantes de asilo que pretendan llegar a su territorio a islas –como la isla de Nauru o la de Manus- que se encuentran fuera de su territorio[42]. Pero todo esto ha sido olvidado frente a la crisis que enfrenta Europa; 2) al número ya importante de "personas superfluas" generadas a causa del progreso económico, "se han añadido las consecuencias de la profunda desestabilización (sin visos de solución, según parece) de la región de Oriente Próximo y Medio a raíz de las mal calculadas, temerariamente cortas de miras y, reconozcámoslo, frustradas políticas y aventuras militares de las potencias occidentales en la zona"[43]. El número de solicitantes de asilo y refugiados ha aumentado, además, a causa del creciente número de Estado que se derrumban, al igual que de territorios que, para efectos prácticos, son ya países sin Estado y en los cuales sólo prevalece la violencia, el desorden y "un bandidaje sin descanso"; 3) las migraciones masivas que se contemplan en nuestros días sólo podrán cesar en el momento en que se ataquen las causas que las provocan,

es decir, las terribles desigualdades que existen entre "el mundo desarrollado" y aquel otro "en desarrollo".

Entre tanto, sobre todo en las ciudades, del "mundo desarrollado", se viven grandes ansiedades y miedos, de modo que Alberto Nardelli, periodista del periódico británico *The Guardian,* informaba el 11 de diciembre de 2015, que "cerca del 40 por ciento de los europeos mencionan la inmigración como el problema más preocupante al que se enfrenta la Unión Europea, un porcentaje superior al de cualquier otro"[44]. Se comprende así que el éxito del *Brexit* en Gran Bretaña haya sido mayoritariamente causado por estos miedos experimentados frente al fenómeno; 4) estos movimientos integrados por un precariado emergente no puede menos de hacer nacer en los ciudadanos la impresión de que en cualquier momento pueden "perder sus preciados y envidiables logros, posesiones y posición social"[45]. Es cierto, esos grupos nómadas hacen recordar "de manera irritante, exasperante y hasta horripilante", la fragilidad de nuestra situación y del bienestar que "tan fatigosamente" se ha conquistado. Aunque nada se puede hacer contra las fuerzas globales que han provocado esos movimientos "sí podemos al menos desviar las iras que nos han provocado y nos continúan provocando, y descargar nuestra cólera –indirectamente- sobre quienes, siendo productos de esas fuerzas, tenemos más a mano y a nuestro alcance. Con ello, desde luego, no nos acercaremos lo más mínimo a la raíz del problema, pero tal vez nos aliviemos -durante un tiempo, al menos- de la humillación de nuestro desvalimiento y nuestra incapacidad para resistir la anuladora precariedad de nuestro propio lugar en el mundo"[46]. Estas afirmaciones de Bauman recuerdan y son una perfecta aplicación de las tesis de René Girard sobre la necesidad del sacrificio necesario del "chivo expiatorio" – en este caso los extranjeros que llaman a la puerta- para restablecer el orden social[47]; 5) sin embargo hay algo que debemos tener muy claro, señala Bauman, y es que, las políticas de crear muros en lugar de puentes, de rechazar en lugar de aceptar y dialogar, son "políticas suicidas que no sirven más que para acumular carga explosiva para una futura detonación. Así que también debe quedar muy clara una conclusión que se extrae de todo ello: la única vía de salida de los desasosiegos presentes y de las aflicciones futuras pasa por rechazar las traicioneras tentaciones de la separación; en vez de negarnos a afrontar las realidades de los desafíos que plantea esta época nuestra de "un planeta, una humanidad" lavándose las manos y aislándonos de fastidiosas diferencias, disimilitudes y alejamientos autoimpuestos, debemos buscar ocasiones para entrar en estrecho y cada vez más íntimo contacto con ellas, con la esperanza de que de ello resulte una *fusión* de horizontes, en vez de la *fisión* (inducida y artificiosa, pero también autoexacerbada) de los mismos"[48]. Sí, la única solución real que existe es la *solidaridad* entre los seres humanos; 6) el capítulo que tratamos termina recordando la figura del papa Francisco, quien es "una de las poquísimas figuras públicas que nos ha alertado de los peligros de emular el gesto de Poncio Pilato de lavarnos las manos ante las consecuencias de las vicisitudes actuales, de las que todos somos, simultáneamente y en mayor o menor grado, víctimas y culpables"[49]. Recuerda nuestro autor algunas palabras pronunciadas por el Pontífice durante su visita a Lampedusa el 8 de junio de 2013, lugar donde se inició el presente "pánico moral" y su consiguiente debacle moral: "Hay que hacerse una pregunta: ¿quién es el responsable de la sangre de estas hermanas y hermanos nuestros? ¡Nadie! Esa es nuestra respuesta (…) Hemos perdido el sentido de la responsabilidad hacia nuestros hermanos y hermanas"[50]. El papa Francisco finalizó pidiendo al Señor la gracia de "llorar por nuestra indiferencia, por la crueldad de nuestro mundo, de nuestros propios corazones y de todos aquellos que, desde el anonimato, toman decisiones sociales y económicas que abren la puerta a situaciones trágicas como ésta"[51]. El Papa añadió una interrogante dramática: "¿Ha llorado alguien? ¿Ha llorado alguien hoy en nuestro mundo?"[52].

El capítulo segundo, *Inseguridad a la deriva en busca de un ancla*, explora otro aspecto de la cuestión. Esta se refiere a una consecuencia realizada a partir de la *seguridad* en la cual los seres humanos queremos vivir, la tranquilidad en la existencia de la cual deseamos gozar, y que va a ser aprovechada por los gobernante "en caída" para fortalecer su popularidad y poder. Esta deriva que conduce a lo que nuestro autor denomina *securitización* se realiza ya con claridad en diversos Estados de la Unión Europea. "La *securitización* es un truco de prestidigitador, calculado para ser solo eso; consiste en desplazar la preocupación ciudadana de problemas que los gobiernos son incapaces de manejar (o que no están dispuestos siquiera a intentar manejar)

hacia otros problemas en los que sí sea visible su compromiso y la efectividad (ocasional) de su gestión"[53]. Esta técnica está lejos de ser usada únicamente en el continente europeo, lo es igualmente, e incluso más, en el nuestro propio y en nuestro propio país. México ha sido testigo de cómo es astutamente empleada por sus gobernantes para distraer de problemas que son muy urgentes –como la corrupción o la violencia cada vez más generalizada-, creando "cortinas de humo" o haciendo centrar la atención en otro tipo de problemáticas frente a las cuales tales autoridades se muestran diligentes, "eficientes" y bien dispuestas a resolver.

Pero Bauman se refiere a los casos del presidente Hollande (Francia) y del primer ministro Víktor Orbán (Hungría), cuya popularidad ha aumentado de manera considerable cuando han alertado y luchado contra los inmigrantes irregulares, rápidamente calificados de delincuentes y de terroristas. Se ha llegado a violar flagrantemente las grandes convenciones internacionales sobre los refugiados cuando se ha decidido, por ejemplo, y es el caso más reciente en Hungría, a enviar a la prisión y de manera inmediata a cualquier inmigrante irregular. Con ello la irregularidad en la estancia en un país extranjero es calificada por éste último no como una falta administrativa sino como un delito, y peor aún: a la persona así declarada "delincuente" se le considera automáticamente de "sospechosa de ser terrorista". A este recurso acudió el entonces primer ministro italiano Berlusconi para elevar su prestigio. Tales medidas eran usadas, se decía, para dar "seguridad" a los ciudadanos. Bauman recuerda las palabras escritas por un periodista norteamericano, Roger Cohen, en el *New York Times,* con relación a un tema diferente: "las grandes mentiras producen grandes miedos que producen a su vez grandes ansias de *hombres fuertes"*[54]. La frase usada por el ministro húngaro Orban resume la cuestión: "todos los terroristas son migrantes".

Y existe otra consecuencia importante de este proceso de *securitización:* al establecer la equivalencia migrantes irregulares=delin cuentes=terroristas, se coloca a éstos fuera del universo moral, respecto de los cuales no existe responsabilidad moral. Ellos no merecen compasión, ni solidaridad, ni ayuda: son el peligro a evitar, la amenaza a suprimir. Se trata de una manipulación del lenguaje que, como lo ha indicado recientemente Antonio Augusto Cançado Trindade – Juez de la Corte Internacional de Justicia – prepara y acompaña temibles violaciones de derechos humanos[55]

Todo ello posee tres intenciones diferentes: la primera de ellas ha sido la de crear un sentimiento anti-islámico en toda Europa, de manera tal que se llega a identificar a cualquier persona musulmana como inductores del delito: "culpables de él antes incluso de que se haya cometido crimen alguno, partícipes de la corrupción y de la delincuencia"[56]. Se ha creado así un estereotipo de nefastas consecuencias: al modo como los españoles son vistos en muchas ocasiones solo como bailadores de flamenco, o los gitanos como ladrones o los mexicanos como sentados y durmiendo, cubiertos de un amplio sombrero que cobija su descanso, recostados al lado de un enorme cactus. La segunda intención ha sido la de romper toda posible comunicación entre los migrantes y los países que les reciben, haciendo mínimas las posibilidades de que se les pueda integrar. La tercera intención ha sido crear un verdadero estigma en el grupo "de los que tocan a la puerta", de tal modo que se les produce un sentimiento de vergüenza y de humillación insuperable, que fácilmente se convierte, en el grupo estigmatizado, en un sentimiento de venganza y revancha, lo que contribuye decididamente a la radicalización de los jóvenes musulmanes que se encuentran en Europa. La única solución posible, establece Bauman, es la de la inclusión e integración social en los países que les reciben. "Yo diría que esa es una conclusión que exige de nosotros una elevada atención permanente y una acción tan urgente como resuelta"[57].

Es en el tercer capítulo de la obra, *Por la senda de los hombres (o las mujeres) fuertes,* donde Bauman se refiere explícitamente a Donald Trump, en ese entonces candidato a la presidencia de los Estados Unidos, quien representa el fantasma que "nació (al más puro estilo de Afrodita surgiendo de las espumosas aguas del mar Egeo) de la ansiedad que abruma a "la gran clase media estadounidense", afectada actualmente por unas probabilidades "terriblemente elevadas" de "caer en la pobreza"[58]. Lo que expresan esos nuevos "hombres (o mujeres) fuertes" a través de discursos agresivos pero pegadizos, es el deseo de volver a ser un país fuerte, de reconquistar la grandeza perdida, con la promesa –ilusoria

pero que prende como chispa en troncos secos- de volver a ese estado, promisorio e idílico, en un lapso de tiempo breve, muy corto. Olvidan recordar que en la nueva situación en que se vive, los seres humanos se encuentran abandonados a sus solas fuerzas y que los nuevos "poderes que rigen desde allá en lo alto se desentienden del deber de hacer que las vidas sean vivibles, se privatizan las incertidumbres de la existencia humana"[59]. Quien se encuentra en el poder se encuentra muy ocupado fortaleciendo la incertidumbre existencial que ha hecho surgir y que es necesario fortalecer y hacer crecer. Tal incertidumbre está alimentada, entre otros motivos y como ya dijimos, por "los extraños que llaman a la puerta". Y Bauman recuerda a Eric Hobsbwam, quien escribe que "la reacción xenófoba o racista de la población autóctona en los países o regiones de acogida ante la afluencia masiva de "extranjeros" es, por desgracia, un fenómeno ya familiar en Estados Unidos desde la década de 1890, como lo es también en Europa Occidental desde la de 1960. Pero la xenofobia y el racismo son síntomas, no remedios. En las sociedades modernas, las comunidades y los grupos étnicos están condenados a coexistir, sea cual sea la retórica de quienes sueñan con la vuelta a una nación sin mezclas"[60]. En cualquier sociedad urbanizada, subraya el gran historiador inglés, nos encontramos con extranjeros separados de sus países originales y que nos recuerdan la fragilidad o el progresivo debilitamiento de nuestras raíces familiares.

Es el mismo Eric Hobsbawm quien recuerda, en su estudio sobre *Naciones y nacionalismo desde 1780,* que poner las esperanza en un hombre (o mujer) fuerte que aparezca como ser providencial que sea el salvador, equivale a buscar a alguien que sea "combativa y agresivamente nacionalista: alguien que prometa dejar fuera el planeta globalizado, cerrar unas puertas que perdieron hace mucho tiempo sus bisagras (más bien, las rompimos) y que, precisamente por ello, son totalmente inútiles"[61].

Lo que realmente hace una gran falta es una "conciencia cosmopolita" correspondiente a nuestra propia condición cosmopolita y, lo que es más grave, en ella también se carece de las instituciones políticas capaces de responder a las nuevas condiciones.

No existe mejor manera de describir la situación que al presente vivimos.

El capítulo 4, *Juntos y apiñados,* comienza recordando que el día de hoy ya no existan tierras vacías en donde habitar y que por ello vivimos "una situación que hace que la elección entre la supervivencia y la extinción dependa de nuestra capacidad para vivir "uno junto al otro" en paz, solidaridad y cooperación mutuas, entre extraños que pueden tener opiniones y preferencias similares a las nuestras… o no"[62].

Y aquí cabe una pequeña digresión: al hacer la reseña de una obra anterior de Bauman, ¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?, señalaba que en ella el autor va más allá de la simple descripción del fenómeno estudiado para descubrir las raíces filosóficas más profundas de las relaciones humanas líquidas que caracteriza la sociedad de nuestros días. Su análisis se profundiza al señalar, además, el remedio que juzga adecuado para dar solución a tal realidad[63]. Esto mismo debe decirse con relación a lo que Bauman establece en el capítulo que nos ocupa: va más allá de la simple descripción de las características que presenta el fenómeno para establecer los fundamentos filosófico-jurídicos de la migración general y señala los remedios que juzga adecuados (y necesarios) para resolver los problemas que el fenómeno presenta en la modernidad líquida.

Hace lo primero precisar los fundamentos jurídico-filosóficos de la migración recordando las tesis que Emanuel Kant afirma en su obra *La Paz Perpetua"*[64]. Señala Kant que la construcción de "la paz perpetua" requiere que los Estados libres formen una federación y que deben someter sus diferendos no a través de la guerra sino gracias a un sistema federado por el que se sometan "a leyes políticas y a una coacción legal" y de este modo se une la idea de la federación con aquella de derecho de gentes. Ello conduce a reconocer el derecho a una "ciudadanía mundial" que "debe limitarse a las condiciones de una universal hospitalidad (…) Significa hospitalidad el derecho de un extranjero a no recibir un trato hostil por el mero hecho de ser llegado al territorio de otro"[65]. Este derecho, pues no se trata de pura filantropía, se basa, dice Kant, "en la común posesión de la superficie de la tierra (…) ya que originariamente nadie tiene mejor derecho que otro a estar en determinado lugar del planeta"[66]. Este derecho puede y ha sido abusado cuando las naciones se han servido de este pretexto para conquistar, saquear y aprovecharse de pueblos y tierras extrañas. "Y

esto lo hacen naciones que alardean de devotas y que, anegadas en iniquidades, quieren pasar plaza de elegidas en achaques de ortodoxia"[67].

Con estas afirmaciones, que establecen a la hospitalidad en lugar de la hostilidad como clave de buenas relaciones con extranjeros, Kant se sitúa en la rica línea iniciada por Francisco de Vitoria O. P., uno del fundadores del Derecho Internacional, quien hablaba del derecho de la sociedad natural y comunicación, fundamento del derecho de libre circulación y de comercio, todo ello basado en la consideración del destino universal de los bienes, lo que explica y justifica aquellos bienes que constituyen el patrimonio común de la humanidad.

Todo ello implica que la consideración de los extranjeros, de los migrantes, implica siempre una consideración estrictamente moral… la cual evidentemente desaparece cuando se les niega el carácter de seres humanos. Esto es frecuente en nuestros días, por lo que Hannah Arendt, citada por Bauman, pensaba que "el único nuevo principio moral proclamado en la época moderna resulta ser, no la afirmación de nuevos valores, sino la negación de la moral como tal"[68]. A ese proceso que elimina la dimensión moral en este caso de las relaciones e interacciones humanas, Bauman lo conoce, como ya dijimos, con el nombre de *adiaforización*.

A esta *adiaforización* debemos resueltamente oponernos, dice Bauman, porque equivale a negar la línea de aquello que separa el bien del mal y vaciar de sentido nuestra propia responsabilidad. No se debe aceptar poner fronteras entre grupos humanos que implican responsabilidades morales de otros grupos que carecen de ellos, la dolorosa separación entre "nosotros" y "ellos". Esto significa deshumanizar a quienes no son parte de "los nuestros" y a quienes se les descalifica como seres humanos al usar un lenguaje que tiene tal objetivo: se les llama migrantes ilegales o denominaciones aún más despreciativas. El capítulo se cierra recordando, a modo de ejemplo, al comisionado de Agricultura del rico estado de Texas, Sid Miller, y a quien "no se le ocurre nada mejor que comparar a los refugiados sirios con serpientes de cascabel cuando cuelga en su Facebook imágenes de dichos ofidios junto a otras de refugiados con la siguiente pregunta: ¿Sabrían decirme cuáles de estos bichos no les morderían? Su superior jerárquico, el gobernador Greg Abbott, declara a los periodistas que "no podemos permitirnos ser caritativos con unos pocos a costa de comprometer la seguridad de todos"[69]. Ello al lado de una periodista autora de un artículo intitulado: "¿Barcos de rescate? Yo usaría lanchas cañoneras para parar a los migrantes?"[70], y a quienes también calificaba de "cucarachas" o "humanos salvajes".

El capítulo quinto, sumamente breve, *Problemáticos, molestos, indeseados, inadmisibles,* destaca la importancia que en la agenda de los países ricos está teniendo el crear fronteras, cuyo principal objetivo es mantener alejados a los pobres indeseados, usando todos los objetivos para devolver a sus países de origen incluso a los peticionantes de asilo. Con ello no se tratan de resolver las causas de la pobre y de la marginación sino tan solo de reforzar la seguridad interna de tales países.

Y es en el capítulo sexto, *Las raíces del odio: ¿antropológicas o temporales?,* Bauman se eleva de nuevo a la reflexión filosófica al insistir en la importancia que tiene la "ley moral en mi", que, conforme a lo que recuerda Kant, nos revela el mundo propiamente humano que se encuentra por encima de la animalidad y del mundo sensible. Lo propio del ser humano es la dimensión moral. El individuo tiene como tarea esencial el hacer que la voluntad se someta a la misma. Ello implica la posición de un acto libre, en el cual la voluntad se auto-determine y se someta al dictado de la razón. Pero en la posición de ese acto libre la voluntad se encuentra acompañado de muchos "otros" que la pueden llevar a actuar en dirección contraria. Es toda la importancia del medio social en el cual se vive, de la opinión pública, de los intereses y conveniencias. Los gobiernos y los medios masivos de comunicación tratarán de conducir a la voluntad individual a aquello que ellos juzgan conveniente. El día de hoy "el imperativo categórico [moral] entra en confrontación directa con el miedo a "lo desconocido", personificado por las masas de extraños congregados a nuestras puertas. El miedo impulsivo provocado por la visión de esos extranjeros portadores de peligros inescrutables entabla combate con el impulso moral activado por la visión del sufrimiento humano. Difícilmente será nunca más formidable el reto que tenga que afrontar la moral en su pretensión de persuadir a la voluntad para que esta se oponga a sus órdenes, y difícilmente será nunca más atroz ese empeño de la voluntad por hacer oídos sordos a las

órdenes de la moral"[71]. El peso y responsabilidad de los políticos se muestra como decisivo.

En páginas de profunda claridad el autor se refiere nuevamente al entonces candidato a la presidencia norteamericano caracterizado por su "siniestra retórica de odio racial y religioso", que actúa erosionando peligrosamente los lazos comunitarios y desmantelando colectivos integrados, para dejarlos abandonados a la soledad de sus individualidades aisladas, que fácilmente pueden ser manipulados para sumirlas en un mundo hobbesiano de guerra de todos contra todos. Son fruto fácil para hacerles creer que sus "victimizadores" son los recién llegados, que "la gran amenaza" son "los otros" frente a los cuales solo cabe construir murallas y fronteras.

La disyuntiva se hace ineludible: la posibilidad de la apertura al otro y a su encuentro, que conduce al diálogo "que aspira, si no a un acuerdo incondicional, sí a un entendimiento mutuo"[72], o bien –y es la otra opción- al rechazo y a la condena del otro, al aislamiento y al estéril monólogo.

La conclusión de la obra es clara y aplastante: "Del mismo modo que solo podemos saber bien de qué hablamos si lo hemos vivido, solo podremos saber que la conversación es la vía directa hacia al entendimiento mutuo, la consideración recíproca y, en último término, el acuerdo (aun si este se reduce a "estar de acuerdo en que no lo estamos") si entablamos esa conversación y la mantenemos con vistas a sortear conjuntamente los obstáculos que sin duda surgirán en su recorrido. Sean cual sean esos escollos, y por inmensos que se nos puedan antojar, la conversación seguiría siendo *la* vía directa al acuerdo y, por ende, a la coexistencia pacífica, mutuamente beneficiosa, cooperativa y solidaria, simplemente porque no tiene competidores para tal cometido y, por consiguiente, ninguna opción alternativa viable"[73].

En otras palabras: frente a los otros solo cabe construir puentes o muros, entablar un diálogo o encerrarnos en un estéril monólogo, tratar de vivir humanamente o hundirnos en la inhumanidad, afirmar un discurso de amor o predicar aquel otro del odio. Pero "el otro" es inevitable.

NOTAS

1. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010, 171 pp.
2. Ed. Paidós, Barcelona, 2004, 171 pp.
3. Ed. Katz, Madrid, 2008, 134 pp.
4. Ed. Arcadia, Barcelona, 2006, 77 pp. El título original de este libro es *Fiducia e paura nella città*, Paravia Bruno Mondadori Editori, Milan, 2005.
5. Ed. Tusquets México, México, 2009, 190 pp. El original en inglés apareció dos años antes, en 2007.
6. Fondo de Cultura Económica, México, 2011, 233 pp.
7. Ed. Paidós, Barcelona, 2016, 111 pp.
8. *La globalización. Consecuencias humanas,* op. cit., pp. 89-90.
9. Entre otros, de manera lúcida, por Jürgen Habermans, sobre todo en su obra *Après l'etat-nation,* Librairie Arthème Fayard/Pluriel, 2000, 157 pp.
10. Baste recordar que al nacer la ONU en 1945 la Asamblea General se componía de 51 Estados, en tanto que el día de hoy, 2017, se compone de un total de 193 Estados, lo que significa que en unos 70 años el número de Estados se ha casi cuadruplicado.
11. *La globalización. Consecuencias humanas,* op. cit. p. 103.
12. Ibid., p. 111.
13. Ibid., p. 122.
14. *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias,* op. cit., p. 57.
15 Idem., pp. 96-97.
16. Idem., p. 97.
17. *Archipiélago de excepciones,* op. cit., p. 51.
18. Idem., pp. 51-52.
19. Idem., pp. 81-82.
20. Idem., p. 96.
21. *Confianza y temor en la ciudad. Vivir con extranjeros,* op. cit., p. 27.
22. Idem, pp. 32-33.
23. Idem., p. 35.
24. Idem., p. 36.
25. Idem., p. 38.
26. Idem., p. 54.
27. Idem., p. 57.
28. Idem., p. 74.
29. Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre, op. cit., p. 49.
30. Idem., p. 53.
31. Idem., p. 68.
32. Idem., p. 79.
33. Idem., p. 116.
34. Idem., p. 131.
35. *Daños colaterales. Desigualdades sociales en la era global,* op. cit., p. 80.
36. Idem., p. 83.
37. Idem., p. 84.
38. Idem., p. 99.
39. Idem., p. 100.
40. Obra aparecida pocos meses antes de su sentido fallecimiento, ocurrido el 9 de enero de 2017.
41. *Extraños llamando a la puerta, op. cit*., p. 12.
42. El pasado mes de abril el periódico *El País* informaba, por otra parte, de diversos abusos cometidos en tales centros de detención (según el Consejo de Refugiados de Australia –siempre de acuerdo con el informe periodístico, en los últimos tres años ha habido 33 asaltos sexuales, 67 abusos a niños y hasta siete muertes) con el agravante de que –y esto es lo más escandaloso- el país castiga con dos años de prisión a los empleados que se atrevan a denunciar tales abusos (*El País,* 16 de abril de 2016, p. 44).
43. Zygmunt Bauman, op. cit., p. 11.
44. Cit. por Zygmunt Bauman en op. cit., p. 16.
45. Idem., p. 20.
46. Idem., p. 22.
47. Cfr. Jaime Ruiz de Santiago, *Violencia y pobreza en la sociedad actual,* Revista Estudios, ITAM, México, vol. XIII, n. 114, especialmente pp. 96-101.
48. Idem., p. 23.
49. Idem., p. 25.
50. Cit. por Zymunt Bauman en *Extraños llamando a la puerta,* idem
51. Idem.

52. Idem
53. Idem., pp. 32-33.
54. Cit. por Zygmunt Bauman en op. cit., p. 35.
55. Antonio Augusto Cançado Trindade, *State Responsability in Cases of Massacres*, Netherlands Institute of Human Rights, Utrecht, 2011, pp. 1-71; Antonio Augusto Cançado Trindade, *La Reponsabilidad del Estado en Casos de Masacres – Dificultades y Avances Contemporáneos en la Justicia Internacional*, México, Edit. Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2018, pp.1-104.
56. Idem., p. 40.
57. Idem., p. 45.
58. Idem., p. 47.
59. Idem., p. 57.
60. Cit. por Zygmunt Bauman en op., cit., p. 60.
61. Idem., p. 62.
62. Idem., p. 67.
63. Jaime Ruiz de Santiago, reseña a ¿La riqueza de unos pocos nos beneficia a todos?, en revista Estudios, vol. XIV, núm. 118, ITAM, México, p. 195.
64. Emanuel Kant, *La Paz Perpetua*, 16 edición, Porrúa México, 2013.
65. Op. cit., p. 259.
66. Idem.
67. Idem., p. 261.
68. Cit. por Zygmunt Bauman en op. cit., p. 72.
69. Idem., p. 79.
70. Idem., p. 80.
71. Idem., pp. 95-96.
72. Idem., p. 101.
73. Idem., pp. 103-104.

O TRIBUNAL PENAL ESPECIAL CENTRO-AFRICANO: OS DESAFIOS DO ESTABELECIMENTO DE UMA JUSTIÇA PENAL INTERNACIONALIZADA NA REPÚBLICA CENTRO-AFRICANA[1]

Jean-François Akandji-Kombé
Professor da Universidade Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

Catherine Maia
Professora da Universidade Lusófona do Porto e Visiting Professor da Sciences Po Paris.

RESUMO

Único Estado a ter denunciada a sua situação por duas vezes ao Tribunal Penal Internacional, em 2004 e depois em 2014, a República Centro-Africana também optou, por causa da magnitude das violações perpetradas e das deficiências do seu sistema judiciário, pela criação de uma jurisdição penal internacionalizada. O Tribunal Penal Especial, criado por uma lei orgânica de 2015, de acordo com uma resolução do Conselho de Segurança da ONU, está atualmente em fase de estabelecimento, a fim de julgar os autores das graves violações dos direitos humanos cometidas desde 1 de janeiro de 2003. Projeto conjunto às autoridades da ONU e da República Centro-Africana, o Tribunal está integrado no sistema judiciário nacional, combinando juízes e direito aplicável nacionais e internacionais. A sua missão repressiva, que terá de ser articulada com a competência de outras jurisdições, será decisiva para a luta contra a impunidade e a instauração de uma paz duradoura na República Centro-Africana.

Palavras chave

República Centro-Africana; Tribunal Penal Especial; direito internacional penal; justiça internacional penal; tribunal penal internacionalizado.

ABSTRACT

As the only State to have twice referred its situation to the International Criminal Court, in 2004 and then in 2014, the Central African Republic has also opted, due to the extent of the violations committed and the shortcomings of its judicial system, for the creation of an internationalized criminal court. The Special Criminal Court, created by an organic law of 2015 pursuant to a UN Security Council resolution, is currently being set up, in order to try the perpetrators of the serious human rights violations committed since the 1st January 2003. As a joint project between the UN and the Central African authorities, the Court is integrated into the national judicial system, combining national and international judges and applicable law. Its repressive mission, which will have to be articulated with the jurisdiction of other tribunals, will be decisive for the fight against impunity and the establishment of a lasting peace in the Central African Republic.

Keywords

Central African Republic; Special Criminal Court; international criminal law; international criminal justice; internationalized criminal court.

A República Centro-Africana (RCA), país de violências latentes e de graves exações, tem tudo, à primeira vista, do terreno privilegiado para o exercício da justiça penal. Estas violências, que foram comuns durante a colonização[2], continuaram após o acesso à independência da RCA, a 13 de agosto de 1960. Desde essa data, a redistribuição da violência no Estado "livre" da RCA traduziu-se em vários golpes de Estado e tentativas de golpes de Estado acompanhados por ondas de repressões e atrocidades maciças[3]. Atualmente, apesar do retorno à ordem constitucional em março-abril de 2017, continua o ciclo de exações começado em março de 2013 pelo regime da Séléka, então liderado por Michel Djotodjia. Regime tendo erigido o terror e os assassinatos como verdadeiro sistema de governo, este gerou os movimentos de autodefesa chamados "anti-Balaka"[4] com o seu próprio cortejo de exações, que se somam àquelas cometidas desde 2010 no território da RCA pelo grupo armado ugandense denominado a *Lord's Resistance Army* (LRA).

Dessas crises repetidas, e de suas consequências, devemos ter cuidado para não ter uma visão meramente epifenomenológica, que as tornaria surtos de febre isolados. O facto é que, na RCA, estas são manifestações paroxísticas de uma situação política que se tornou habitual desde a independência. O exercício brutal e o confisco clânico caracterizam o poder do Estado, que acentua cada vez mais estas feições de uma presidência para outra. Assim, a violência – tumultos, golpes de Estado, motins e rebeliões – impôs-se, ao longo do tempo, como a única via praticável para combater esse estado de coisas. A impunidade permanente e generalizada fez o resto no sentido de uma deliquescência do Estado e, sobretudo, da instalação de uma espiral de violências armadas como reguladora dos ciclos políticos[5].

Os responsáveis por essas violências ainda são os que melhor descrevem os atos multiformes em questão. O Acordo de Brazzaville de 23 de julho de 2014, celebrado na presença das autoridades centro-africanas entre os representantes dos grupos armados que operam no território nacional, declara que "os atos de violência incluem as execuções sumárias, a tortura, o assédio, os incêndios voluntários de aldeias, de bens públicos e privados, as destruições dos edifícios religiosos, o saque, a detenção e execução arbitrárias de civis e militares, bem como o recrutamento e uso de crianças-soldados, a violência sexual e o armamento dos civis" (artigo 2)[6]. Embora seja difícil ter estatísticas precisas sobre o número de vítimas dessas atrocidades, que afetam principalmente os civis, é verosímil que quase um milhão de pessoas tenham sido deslocadas e dezenas de milhares tenham morrido entre 2012 e 2015, o que aparece considerável numa população de cerca de 5 milhões de habitantes[7].

O Tribunal Penal Internacional (TPI) não deixou de ser solicitado a propósito de alguns destes atos, sendo a RCA, até à data, o único país que denunciou a sua situação por duas vezes. Assim, depois de ter ratificado o Estatuto de Roma, em 3 de outubro de 2001, o Governo centro-africano denunciou ao TPI, em dezembro de 2004, a situação referente a crimes de guerra e crimes contra a humanidade supostamente cometidos desde 1 de julho de 2002, durante um conflito que eclodiu no seu território e que atingiu o seu auge em 2002 e 2003.

O inquérito aberto em 2007[8] conduziu a um processo contra o antigo vice-presidente congolês Jean-Pierre Bemba Gombo, que foi declarado culpado em 21 de março de 2016 de crimes contra a humanidade (assassinatos e violações) e crimes de guerra (assassinatos, violações e pilhagens) e condenado em 21 de junho de 2016 a 18 anos de prisão, antes de ser absolvido em recurso em 8 de junho de 2018. Uma segunda ação foi interposta mais recentemente, o Governo de Transição da RCA tendo denunciado ao TPI, em 30 de maio de 2014, a situação que ocorre no seu território desde 1 de agosto de 2012. Na sequência desta ação, continua o inquérito, aberto em setembro de 2014, por crimes de guerra e crimes contra a humanidade[9]. Deve-se notar, além disso, o procedimento em andamento perante o TPI contra Dominic Ongwen[10]. Embora o caso se refira a crimes alegadamente cometidos em Uganda, este tem necessariamente um eco centro-africano, sendo o arguido um dos líderes da LRA que atua no leste da RCA, de onde foi levado para o TPI.

É notável que, nestes diferentes processos, nenhuma personalidade centro-africana tenha sido, até hoje, entregada para o TPI, nem sequer acusada. Isto é ainda mais surpreendente, uma vez que, no âmbito dos procedimentos penais contra Jean-Pierre Bemba Gombo, a intervenção do grupo armado que ele liderava, o Movimento

de Libertação do Congo, tinha sido solicitada pelas autoridades executivas centro-africanas da época, podendo-se razoavelmente pensar que, no mínimo, as mesmas não podiam ignorar os atos criminosos para os quais este chefe militar foi condenado.

É neste contexto que se enquadra o Tribunal Penal Especial (TPE) da RCA, jurisdição penal internacionalizada que foi instituída pela Lei Orgânica n.º 15-003 de 3 de junho de 2015[11] e que entrou parcialmente em atividade no decurso do ano de 2017[12].

Dadas as carências passadas da justiça penal, tanto nacional quanto internacional, na RCA, este Tribunal traz consigo a promessa de uma justiça efetiva para as vítimas. É assim, aliás, que os seus proponentes a quiseram e que os seus promotores a apresentam. A experiência internacional acumulada[13] – que mostra que as jurisdições penais híbridas podem ser uma solução para aproximar a justiça do terreno, apresentando, ao mesmo tempo, as melhores garantias – só pode alimentar esta esperança.

Desde que o TPE ainda está numa fase inicial, pouca literatura lhe é dedicada[14]. Por conseguinte, limitar-nos-emos aqui a apresentar esta nova instituição e a questionar a coerência do projeto jurídico. Para tanto, deve-se ter em mente que cada jurisdição penal híbrida se apresenta como uma instituição e uma experiência específicas, precisamente porque cada uma é projetada para se adequar a um contexto nacional singular e para atender às exigências de justiça nesse contexto. A eficácia potencial do dispositivo depende, portanto, pelo menos em parte, do justo equilíbrio alcançado entre, por um lado, a exigência de uma inserção harmoniosa no quadro nacional e, por outro lado, a de uma repressão eficiente dos crimes de direito internacional. Também é importante ressaltar que tal avaliação da eficácia somente será plenamente possível depois de todos os atos que regem este Tribunal e sua ação terem sido adotados, incluindo, em particular, o seu Regimento Interno e o seu Regulamento de Processo e Prova que ainda estão para vir.

No estado atual dos textos em vigor, o desafio da conciliação entre internacionalidade e internalidade aparece em três níveis: o da gênese do TPE (I), o do seu estatuto de jurisdição (II) e o da sua função repressiva (III).

I. O TRIBUNAL PENAL ESPECIAL COMO PROJETO INTERNACIONAL DOMESTICADO

O TPE foi criado por uma lei nacional e encontra nessa lei a sua única base jurídica positiva. O ímpeto da sua criação deve, todavia, ser procurado a nível internacional.

A. O impulso internacional

O TPE tem a sua origem na reação da ONU à recrudescência das violências na RCA a partir do mês de dezembro de 2013.

É importante lembrar, a este respeito, que é em resposta às exações da Séléka no poder que as forças de autodefesa, indevidamente chamadas de cristãs (por oposição às forças da Séléka que se reclamam do islão) e autodesignadas como anti-Balaka, emergiram em diferentes partes do território. Essas milícias anti-Balaka organizaram-se progressivamente até desencadearem, a partir de 5 de dezembro de 2013, uma operação militar de larga escala que veio abalar as relações de força no terreno e agravar a situação de segurança do país. Por ter sido dirigida não apenas contra as forças militares do regime no poder, mas também contra os alegados apoios ao mesmo na população, por um lado, e por as exações então cometidas, ao contrário daquelas perpetradas pelo poder da Séléka, terem sido retransmitidas pela imprensa internacional[15], esta operação militar chamou a atenção do Conselho de Segurança, que decidiu substituir a Missão Internacional de Apoio à RCA liderada pela África (MISCA) pela Missão Multidimensional Integrada das Nações Unidas para a Estabilização na RCA (MINUSCA).

É precisamente no relatório de 2014 do Secretário-Geral das Nações Unidas ao Conselho de Segurança propondo esta transferência de responsabilidade que se encontram os primeiros elementos em que se baseará a decisão de criar o TPE[16]. É certo que este relatório não faz referência ao estabelecimento de uma jurisdição penal. No entanto, pela primeira vez, a luta contra a impunidade está entre as medidas urgentes a serem tomadas para acabar com os massacres e proteger as populações civis. De facto, com base no fracasso das instituições judiciárias e penitenciárias que contribue para a generalização da impunidade (§ 26)[17], o Secretário-Geral recomenda que sejam incluídas na Missão

da ONU preconizada "fortes componentes judiciárias e penitenciárias" (§ 77), bem como uma "componente de direitos humanos para se focar na luta contra a impunidade, o respeito pelo princípio da responsabilidade e a justiça transicional" (§ 80).

Após este relatório, o Conselho de Segurança – observando que a situação na RCA representava uma ameaça à paz e à segurança internacionais na região e agindo ao abrigo do capítulo VII da Carta da ONU – adotou a Resolução 2149 (2014) de 10 de abril de 2014 para dar substância às recomendações do Secretário-Geral. Embora esta resolução não faça referência à criação de uma jurisdição penal, ela proclama que "todos os autores de violações do direito internacional humanitário e dos direitos humanos e de exações devem comparecer perante a justiça" (§ 12), pede às autoridades de transição para que "assumam compromissos específicos e os respeitem, de modo que, quando houver denúncias de violações e abusos, inquéritos sejam abertos o mais brevemente possível para responsabilizar os agressores pelos seus atos" (§ 13), e decide criar a MINUSCA (§ 18), que assumirá as responsabilidades da MISCA (§ 21) e que "poderia, a pedido formal das autoridades de transição e dentro dos limites das suas capacidades e zonas de desdobramento, adotar, a título excecional e sem criar um precedente ou pôr em causa os princípios acordados que regem as operações de manutenção da paz, em zonas em que as forças de segurança nacional não estejam presentes ou não estejam operacionais, medidas temporárias de alcance limitado (...) para manter a ordem pública fundamental e lutar contra a impunidade" (§ 40).

É precisamente como medida temporária e urgente que a MINUSCA e o Governo da RCA assinaram, em 7 de agosto de 2014, um Memorando de Entendimento sobre o Tribunal Penal Especial. Este documento convencional chama as três seguintes observações.

Em primeiro lugar, o texto é tão pormenorizado que poderia ter servido de fundamento para o Tribunal, como no caso do Tribunal Especial para a Serra Leoa ou ainda o das Câmaras Africanas Extraordinárias do Senegal. Com efeito, estabelece em termos gerais tanto a organização do Tribunal, o seu funcionamento, como a sua competência, ao mesmo tempo que define os compromissos das duas partes contratantes. Esta solução, no entanto, não é aquela que foi adotada. A opção escolhida consiste em remeter para um ato de puro direito interno, o Memorando afirmando que "o Governo [centro-africano] compromete-se a criar por via legislativa um Tribunal Penal Especial que terá competência sobre todo o território da República Centro-Africana para investigar, instruir e julgar os crimes graves, abrangendo, entre outros, as graves violações dos direitos humanos e as graves violações do direito internacional humanitário, incluindo as violências sexuais relacionadas com o conflito e as violências graves contra os direitos das crianças, como o recrutamento e uso de crianças nos conflitos, que constituem uma ameaça à paz, à estabilidade ou à segurança na República Centro-Africana" (ponto 4).

Depois, a fundamentação escolhida, a de "medidas temporárias de emergência", surpreende quando se sabe que o TPE, estabelecido por um período renovável de cinco anos[18], é uma instituição integrada na ordem jurisdicional centro-africana com o objetivo de durar no tempo. Por que razão, então, não ter baseado a chamada para a criação desta nova jurisdição no princípio da repressão dos crimes de direito internacional, também presente na Resolução 2149 (2014)? Um exame dos textos no seu contexto leva à hipótese de que somente após a adoção da Resolução 2149 (2014) surgiu a ideia de criar uma jurisdição específica. Efetivamente, nesta resolução, a opção prevista é ainda e unicamente a do TPI. É nesse sentido que a resolução afirma que "alguns dos atos cometidos são de natureza a constituir crimes nos termos do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, do qual a República Centro-Africana é parte" e recorda a decisão da Procuradora do TPI de "realizar um exame preliminar dos crimes alegadamente cometidos na República Centro-Africana desde setembro de 2012" (§ 12).

Finalmente, se o Memorando de Entendimento foi oficialmente concluído a pedido da Chefe de Estado da transição, Catherine Samba-Panza[19], tudo indica que a iniciativa vem, na realidade, das Nações Unidas, e especialmente da MINUSCA. Esta conclusão é acreditada pelo facto de que o executivo de transição (Chefe de Estado e Governo) nunca constituiu uma instância de reflexão ou um grupo de trabalho sobre o assunto, ao contrário da ONU, cuja uma equipe de peritos, dividida

entre Nova York e Bangui, trabalhou vários meses no projeto.

B. A concretização centro-africana

Foi por vezes aludido[20], como parte da contribuição centro-africana, o Fórum Nacional de Bangui, conferência nacional realizada de 4 a 11 de maio de 2015, na qual participaram os representantes das principais instituições sociopolíticas, culturais e confessionais do país, bem como representantes das populações. Ainda assim, temos que concordar sobre o que é esta contribuição. É certo que o Fórum incluía uma comissão de "justiça e reconciliação" que formulou uma série de recomendações neste domínio, retomadas no Pacto Republicano para a Paz, a Reconciliação Nacional e a Reconstrução na República Centro-Africana[21]. No entanto, no que diz respeito ao tribunal aqui em questão, o Pacto não faz nenhuma proposta substantiva. Limitou-se a pedir "o estabelecimento efetivo, com a assistência da comunidade internacional, do Tribunal Penal Especial da República Centro-Africana" e "assegurar, para este fim, o fortalecimento das capacidades técnicas e operacionais das jurisdições locais, do estabelecimento dos mecanismos de proteção dos magistrados, testemunhas e vítimas, e para garantir a implementação dos acordos de assistência jurídica mútua assinados no âmbito da CEMAC, da CEEAC e do CIRGL"[22].

A contribuição centro-africana, que é todavia efetiva, inscreve-se, na realidade, no pós-Memorando de Entendimento, com o projeto de lei governamental, mas igualmente com os trabalhos parlamentares no Conselho Nacional de Transição que levaram à Lei Orgânica de 2015. É de observar que, embora a MINUSCA tenha tomado uma grande parte na redação do projeto de lei, o Governo e o Conselho Nacional de Transição procederam a amplas consultas, incluindo o Sindicato Nacional da Magistratura e a Ordem dos Advogados da RCA, o que permitiu discussões extensas sobre questões tão diversas quanto a competência temporal do TPE, as sanções penais aplicáveis, as reparações para as vítimas, ou ainda a proteção dos juízes, dos advogados e das vítimas[23].

As consultas conduzidas a nível nacional possibilitaram legitimar a escolha de fazer depender a criação do TPE de uma decisão soberana da RCA. Daí uma criação por uma lei nacional e não por uma convenção internacional.

II. O TRIBUNAL PENAL ESPECIAL COMO INSTITUIÇÃO JURISDICIONAL

Jurisdição de um Estado falido com instituições nacionais encolhidas na capital e com serviços públicos por todo lado saqueados, também parte de um sistema jurisdicional nacional quase naufragado[24], o TPE só pode nele concentrar a esperança de uma refundação da justiça centro-africana, e até do próprio aparato estatal, com o risco de ocupar todo o espaço desta refundação e ocultar o facto de que não é exclusivamente nacional, mas internacionalizado.

A. Uma jurisdição integrada no sistema nacional

De acordo com os termos do artigo 1 da Lei Orgânica de 2015, o TPE é uma "jurisdição penal" que se insere "dentro da organização judiciária centro-africana". É, portanto, um órgão habilitado por lei a instruir, julgar e impor sanções, de forma independente e imparcial, segundo o procedimento previsto pelo direito. Estas características sobressaem claramente do Estatuto do TPE, conforme estabelecido pela Lei Orgânica.

Em primeiro lugar, a função que lhe é atribuída é, em todos os aspetos, a de uma jurisdição penal, uma vez que, de acordo com a Lei Orgânica de 2015, o TPE é competente para investigar, instruir e julgar as violações graves dos direitos humanos e do direito humanitário (artigo 3, § 1), que constituem crimes internacionais.

Sempre segundo a Lei Orgânica de 2015, esta função deve ser preenchida em conformidade com as "regras de procedimento aplicáveis", que são "aquelas previstas pelo Código de Processo Penal da República Centro-Africana" (artigo 5). A Lei Orgânica refere-se, assim, ao Código de Processo Penal nacional, estabelecendo, para os órgãos do TPE, uma regra de equivalência com os órgãos preexistentes[25]. Este princípio, no entanto, tem duas atenuações.

Em primeiro lugar, o princípio aplica-se "sem prejuízo das disposições específicas contidas na presente lei e nos regulamentos aprovados para a sua aplicação" (artigo 5), entre os quais o futuro Regulamento de Processo e Prova. Esta reserva, obviamente, atende a uma necessidade lógica. O Código de Processo Penal centro-africano tendo

sido aprovado num momento em que o TPE não existia, não podia ter em conta as necessidades do funcionamento deste último – em particular no que tange aos recursos, investigações ou processos –, nem tampouco as interações entre este Tribunal e os demais elementos do sistema jurisdicional nacional. Por conseguinte, será necessário preencher as lacunas, completando o Código de Processo Penal onde este irá revelar-se deficiente e assegurando simultaneamente, em caso de conflito entre as regras enunciadas no Código e na Lei Orgânica estabelecendo o TPE, a primazia das regras resultantes desta última, imposta pelo artigo 5 supracitado.

Em segundo lugar, outra atenuação ao princípio da aplicação do Código de Processo Penal centro-africano é prevista para os atos de coação e cumplicidade cometidos no território de Estados estrangeiros. Nesse caso, a Lei Orgânica dispõe que: "Na ausência de acordos bilaterais, as regras de procedimento para a cooperação penal internacional aplicam-se aos inquéritos, instrução, julgamento e encarceramento dos autores identificados das infrações da competência material do Tribunal Penal Especial" (artigo 4, § 2).

Além do seu mandato, é a própria organização do TPE que confirma a sua ancoragem na categoria das jurisdições penais. De facto, com uma Câmara de Instrução, uma Câmara de Acusação Especial, uma Câmara de Julgamento, uma Câmara de Recurso, um Ministério Público representado pela Procuradoria Especial e uma Secretaria (artigo 7), o TPE apresenta uma fisionomia análoga à das jurisdições penais, tal como podem ser observadas nas ordens internas. Cada um destes órgãos prefigura funções distintas: inquérito e instrução (Câmara de Instrução, auxiliada pela polícia judiciária), acusação (Procuradoria Especial e Câmara de Acusação Especial), sentença (Câmara de Julgamento e Câmara de Recurso), acompanhamento dos casos (Secretaria).

Finalmente, o TPE apresenta-se como um órgão independente e imparcial. Na realidade, e surpreendentemente, estas qualidades não são enunciadas para caracterizar o próprio Tribunal, uma vez que a Lei Orgânica de 2015 se refere com estes qualificativos apenas aos seus membros, dos quais se exige uma elevada moralidade, imparcialidade e integridade (artigo 20, § 1) e cujas funções são incompatíveis com qualquer outro emprego público ou privado (artigo 20, § 3), bem como ao Ministério Público, que deve ser independente e abster-se de receber "qualquer injunção das autoridades políticas ou de qualquer grupo de pressão" (artigo 34).

Esta circunstância, no entanto, não pode lançar dúvidas sobre o facto de o TPE ter sido verdadeiramente desejado como uma instituição independente e imparcial. As referências a esses requisitos, por serem apenas indiretas na Lei Orgânica, não deixam incertezas a esse respeito. É neste sentido que as várias remissões ao direito judiciário centro-africano, que inclui tais garantias, devem ser interpretadas. Aliás, tratando-se de exigências fundamentais, previstas tanto pela Constituição nacional como pelos tratados internacionais[26], é razoável pensar que o legislador orgânico não pretendia derrogá-las.

Dito isto, um esclarecimento sobre este ponto seria bem-vindo, logo que tanto a independência quanto a imparcialidade não são apenas atributos essenciais esperados de qualquer juiz, mas também uma proteção para o litigante, para que a sua causa seja tratada de forma equitativa. Não é tarde demais para proceder a essa clarificação. A futura adoção dos atos de aplicação da Lei Orgânica e do Regimento Interno do Tribunal proporcionam tal oportunidade[27].

B. Uma jurisdição internacionalizada

Embora o TPE seja integrado no sistema nacional, a preocupação de fazer participar a comunidade internacional na repressão de crimes que chocam a consciência universal e de compensar o fracasso de um Estado centro-africano incapaz de proteger a sua própria população explica que esta jurisdição não seja exclusivamente nacional, mas sim internacionalizada ou híbrida, mesclando no seu estatuto elementos internos e internacionais. Tal internacionalização é visível em vários níveis.

Em primeiro lugar, a nível orgânico, a natureza mista do TPE decorre de uma composição constituída por membros nacionais e internacionais[28]. Assim, a Lei Orgânica de 2015 prevê que 10 dos 21 juízes das Câmaras do TPE sejam internacionais, que 2 dos 4 cargos na Procuradoria Especial sejam atribuídos a internacionais e que uma das duas funções de direção da Secretaria seja destinada a um internacional. Esta distribuição global, no entanto, dá somente uma ideia imperfeita do equilíbrio desejado entre o nacional e o

internacional, o qual varia de um órgão para outro. A variação é primeiramente numérica e aparece, à primeira vista, em favor dos internacionais. Efetivamente, com exceção da Câmara de Julgamento, onde os juízes nacionais são maioritários (6 dos 9), o nível internacional é representado em condições de igualdade em dois órgãos (Câmara de Instrução: 3/3; Procuradoria Especial: 2/2[29]) e tem a maioria em dois outros órgãos (Câmara de Acusação Especial: 3/1; Câmara de Recurso: 3/1). Este desequilíbrio relativo em benefício dos internacionais é compensado pela atribuição das funções de direção a nacionais, seja na presidência das quatro câmaras ou na direção da Secretaria[30]. Esta regra é dispensada apenas para a Procuradoria Especial[31]. No final, e sob reserva do futuro Regimento Interior do Tribunal, o sistema estabelecido é bastante equilibrado, o que deveria ser reforçado pela regra do funcionamento colegial[32] favorecendo a busca de consenso.

Em seguida, no plano da lei aplicável, a natureza mista do TPE manifesta-se na competência material abarcando normas internas e internacionais. Neste sentido, a Lei Orgânica de 2015 prevê que o TPE é competente para investigar, instruir e julgar as graves violações dos direitos humanos e do direito humanitário cometidas no território da RCA desde 1 de janeiro de 2003, "conforme definidas pelo Código Penal centro-africano e de acordo com as obrigações internacionais da República Centro-Africana no âmbito do direito internacional" (artigo 3, § 1), o que impõe uma interpretação do direito nacional em conformidade com os padrões do direito internacional. Neste sentido, a Lei Orgânica de 2015 especifica ainda que: "O Tribunal Penal Especial pode referir-se às normas substantivas e às regras processuais estabelecidas a nível internacional quando a lei em vigor não tratar de uma questão específica, quando existir uma incerteza acerca da interpretação ou aplicação de uma regra de direito centro-africano ou ainda quando se colocar a questão da compatibilidade do mesmo com as normas internacionais" (artigo 3, § 4). Esta remissão para o direito internacional reflete claramente a vontade de resolver as dificuldades colocadas por quaisquer lacunas, incertezas ou contradições no direito centro-africana. Mas, para dizer a verdade, na medida em que qualquer tratado ratificado pela RCA faz parte integrante do ordenamento jurídico do país[33], esta obrigação dos juízes do TPE não é, em si, inovadora.

Além disso, a internacionalização do TPE ainda se percebe no papel da comunidade internacional, tanto para o financiamento como para o funcionamento desta jurisdição, com vista a poder garantir uma justiça credível e eficaz.

Assim, devido às atuais dificuldades económicas atravessadas pela RCA, a Lei Orgânica de 2015 dispõe que: "O orçamento do Tribunal Penal Especial é suportado pela comunidade internacional, nomeadamente por meio de contribuições voluntárias, incluindo a participação da MINUSCA ou qualquer outra operação mandatada pelo Conselho de Segurança ou pelo sistema das Nações Unidas, em consulta com o Governo, dentro dos limites dos recursos orçamentais disponíveis" (artigo 53).

Da mesma forma, na ausência de uma força pública estatal dotada de uma capacidade real de coação física relativamente aos indivíduos e grupos privados, incluindo grupos armados, a Lei Orgânica de 2015 atribui um papel chave à MINUSCA, que atualmente concentra quase exclusivamente a capacidade de coação do país. A MINUSCA é, assim, a coluna vertebral da Unidade Especial de Polícia Judiciária do TPE, que é "responsável por apurar as infrações [que recaem no âmbito material da competência do Tribunal], recolher as provas e procurar os perpetradores para os apresentar ao Procurador Especial" (artigo 28, § 1). Além disso, está previsto que: "Mediante pedido fundamentado do Procurador Especial, a MINUSCA pode decidir colocar à disposição do Tribunal Penal Especial tantos policiais quanto o chefe da componente policial desta missão das Nações Unidas julgar necessário para assistir o Procurador Especial e os juízes de instrução nos seus inquéritos e investigações" (artigo 32, § 1). Mais genericamente, é também nas forças da MINUSCA que a pesada tarefa de proteger testemunhas, advogados e membros do TPE será colocada.

III. O TRIBUNAL PENAL ESPECIAL COMO ÓRGÃO DE REPRESSÃO PENAL

É obvio que o TPE é um órgão de índole repressiva, nem que seja pela sua denominação. Resta esclarecer o que esta natureza implica. Estes esclarecimentos serão fornecidos sob o ângulo de um duplo questionamento: quanto aos contornos da missão repressiva do TPE, por um lado, e quanto às interações deste Tribunal com as outras jurisdições penais, por outro lado.

A. A missão repressiva do TPE

A fim de delinear os contornos da missão repressiva do TPE – a única expressamente prevista pela Lei Orgânica de 2015[34]–, examinaremos sucessivamente as infrações a serem punidas, as pessoas a serem julgadas e as sanções a serem aplicadas.

1. Competência *ratione materiae*

De acordo com o artigo 3 da Lei Orgânica de 2015, o TPE é competente para julgar "as graves violações dos direitos humanos e as graves violações do direito internacional humanitário (...), conforme definidas pelo Código Penal centro-africano e de acordo com as obrigações internacionais da República Centro-Africana no âmbito do direito internacional, nomeadamente o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra".

Embora a Lei Orgânica identifique expressamente estas três categorias de crimes, não as define ela própria, mas remete para outras fontes, designadamente o Código Penal centro-africano enquanto fonte privilegiada, bem como o direito internacional.

Como entender esta referência ao direito internacional? Significa que o direito interno conteria incoerências ou incompatibilidades com as normas internacionais que deveriam ser apagadas? Esta posição foi defendida[35]. Mas tal asserção é discutível.

De um modo geral, no que diz respeito a estas três categorias, o Código Penal centro-africano de 2010, atualmente em vigor, transpôs estritamente o direito internacional. Assim, ele reitera as definições enunciadas, respetivamente, nos artigos 6, 7 e 8 do Estatuto do TPI, que ele não deixa de referir a cada vez. Esta retomada é quase integral para os crimes contra a humanidade[36]. Se, no que diz respeito aos crimes de guerra[37], o legislador centro-africano tem sido mais elíptico, é provavelmente porque a lista dos atos que constituem tais crimes é interminável no próprio Estatuto de Roma. A integração na lei nacional das grandes categorias de infrações graves do artigo 8 do Estatuto de Roma é suficiente, no entanto, para demonstrar a intenção do legislador de permanecer fiel à definição internacional. Assim, a referência ao direito internacional deve ser vista como essencialmente destinada a levar em conta os contributos da jurisprudência dos tribunais penais internacionais e do TPI.

O crime de genocídio, pelo contrário, apresenta duas especificidades[38]. Por um lado, o Código Penal centro-africano vai além dos critérios de "grupo nacional, étnico, racial ou religioso" do Estatuto do TPI, que retomou aqui a formulação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio de 1948. Amplia consideravelmente o escopo do genocídio, definindo-o como o facto de cometer um dos atos enumerados, em execução de um plano concertado, com a intenção de destruir total ou parcialmente "um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, *ou um grupo determinado por critérios arbitrários*"[39]. Por outras palavras, o legislador centro-africano parece ter desejado ir além da base mínima fixada pelo direito internacional, alargando o âmbito da infração e, consequentemente, reforçando a proteção das vítimas potenciais contra o imaginário ilimitado dos seres humanos no cometimento de atrocidades. Por outro lado, todavia, o Código Penal centro-africano exige que o genocídio seja cometido no quadro de um "plano concertado", uma condição que não existe no artigo 6 do Estatuto do TPI e que, no contexto das violências por parte dos grupos armados centro-africanos, frequentemente pouco organizados, poderia revelar-se particularmente difícil de provar.

Estas três categorias de crimes internacionais não esgotam a competência material do TPE já que, como indica o advérbio "nomeadamente", eles são mencionados apenas como exemplos de "violações graves" dos direitos humanos e do direito humanitário.

A questão é, portanto, se existem outras violações graves, cujo TPE poderia ser levado a julgar. A este respeito, as três categorias de crimes internacionais, conforme definidas no Estatuto do TPI, oferecem certamente o enunciado mais abrangente e sistemático, até hoje, de violações graves do direito internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário. Mas a sua repressão está condicionada ao seu cometimento em larga escala, deixando de lado violações graves, mas isoladas, que poderiam entrar do escopo material da competência do TPE. Além disso, a redação dos artigos relevantes da Lei Orgânica abre a possibilidade para que sejam aplicadas outras incriminações previstas por outros textos de direito internacional penal,

como o terrorismo. Caberá ao TPE decidir aproveitar ou não essas potencialidades.

2. Competência *ratione loci*

Do ponto de vista da sua localização geográfica, a Lei Orgânica de 2015 estabelece que, para caber na competência do TPE, os crimes devem ter sido "cometidos no território da República Centro-Africana" (artigo 3, § 1). Atos criminosos cometidos em território estrangeiro também podem caber na competência do TPE, desde que estejam ligados a um ato principal localizado na RCA. Este será o caso dos "atos de coação e cumplicidade" aludidos no artigo 4 da Lei Orgânica. A formulação deste artigo, que se refere a atos "cometidos no território de Estados estrangeiros com os quais o Estado centro-africano está vinculado por acordos de assistência jurídica mútua", parece subordinar a competência do TPE à existência de acordos entre a RCA e o Estado estrangeiro em causa. Isso não pode deixar de surpreender, pois a infração é uma coisa, as condições judiciárias da sua repressão são outra coisa. Porém, se esta interpretação vier a ser confirmada, seria importante que a diplomacia centro-africana acompanhasse de perto a ação do TPE, com vista a evitar uma diferença chocante no tratamento entre os responsáveis dos crimes em função da localização das suas ações.

3. Competência *ratione temporis*

Do ponto de vista temporal, o TPE só pode conhecer dos crimes cometidos "desde 1 de janeiro de 2003" (artigo 3), sem que qualquer data final esteja fixada na Lei Orgânica de 2015. Quer esta data de partida seja ou não considerada como arbitrária, ela não autoriza exceções, permitindo assim abarcar as violações perpetradas durante o golpe de Estado de 8 de maio de 2003 e durante as várias crises político-militares que eclodiram desde então[40]. Contudo, permanece a questão da competência das jurisdições penais de direito comum no que tange a atos anteriores a 1 de janeiro de 2003, desde que a repressão de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra também cabem na sua competência ao abrigo do Código Penal centro-africano[41]. Esta questão coloca-se com acuidade, na medida em que a lei de amnistia aprovada em 2008, que poderia impedir o julgamento de certos perpetradores, excluiu expressamente do seu âmbito de aplicação o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, ou seja, crimes caracterizados pela sua imprescritibilidade em virtude do direito internacional. Esta imprescritibilidade está, aliás, também consagrada na Lei Orgânica de 2015, que prevê que "os crimes que cabem na competência do Tribunal Penal Especial são imprescritíveis" (artigo 3, § 2), bem como no Código Penal centro-africano, que associa a imprescritibilidade à exclusão da amnistia e do indulto, e à inoponibilidade de qualquer imunidade consagrada em direito nacional[42].

4. Competência *ratione personae*

No que respeita à responsabilidade penal dos perpetradores dos crimes, os textos aplicáveis pelo TPE singularizam-se pelo anseio de permanecer o mais próximo possível do direito internacional. No entanto, fontes internas e fontes internacionais devem ser combinadas para se chegar a uma visão geral do âmbito da competência pessoal do Tribunal. A Lei Orgânica de 2015 estabelece as regras que regem a responsabilidade individual (artigos 54, 55 e 56), por um lado, e a dos líderes militares e dos superiores hierárquicos (artigos 57 e 58), por outro lado, enquanto a questão das causas de extinção das penas e das imunidades é abordada apenas pelo Código Penal centro-africano.

Muito classicamente, a Lei Orgânica de 2015 estabelece o princípio da responsabilidade individual: "Qualquer pessoa que comete um crime cabendo na competência do Tribunal Penal Especial é individualmente responsável" (artigo 54), isto "sem qualquer distinção baseada na qualidade oficial" (artigo 56). Como é o caso a nível internacional, um indivíduo pode, portanto, ser penalmente responsabilizado, independentemente de ter agido sozinho ou em grupo, devido a diversas formas de participação no crime, incluindo a omissão, a cumplicidade, ou até a tentativa[43]. Esta responsabilidade individual é incorrida tanto por pessoas singulares como por pessoas coletivas, incluindo empresas[44].

Deve ser assinalado que, ao contrário do TPI[45], a responsabilidade criminal dos menores no momento da comissão dos factos não está expressamente excluída. Num contexto de uso maciço pelos grupos armados de crianças-soldados – tanto vítimas quanto carrascos – é questionável se é um descuido. A resposta a esta pergunta não é óbvia. Alguns tribunais

mistos previram esta competência, mas não a implementaram na prática. O Tribunal Especial para a Serra Leoa, por exemplo, renunciou rapidamente sob a pressão das organizações não-governamentais e da UNICEF, enquanto os Painéis Especiais do Timor-Leste permanecem, segundo o nosso conhecimento, a primeira e única jurisdição internacionalizada a ter acusado e condenado um menor num processo penal[46]. O facto é que, tal como o TPE, os estatutos dos tribunais penais internacionais *ad hoc* para a ex-Jugoslávia e o Ruanda e a maioria dos estatutos dos tribunais mistos mantiveram silêncio a este respeito, e que os recursos financeiros e humanos necessariamente limitados os conduziram a dirigir os seus processos contra os principais líderes que assumem a maior responsabilidade pelos crimes cometidos. É provável que o TPE também opte por esta linha de política criminal.

Quanto aos chefes militares e aos superiores hierárquicos, a Lei Orgânica faz sua a problemática do Estatuto do TPI. Com efeito, estes são considerados penalmente responsáveis pelos crimes cometidos pelas forças ou pessoas sob o seu comando ou autoridade e controlo efetivos (artigos 57 e 58). Esta responsabilidade é sem prejuízo da responsabilidade individual que eles incorram nas condições descritas acima, particularmente pelas ordens dadas (comissão do crime por interposta pessoa ou participação no crime). Pois, o chefe militar ou o superior hierárquico não conseguiu exercer o controlo esperado sobre as suas forças ou os seus subordinados. Este será o caso se ele sabia ou devia saber que as suas forças estavam a cometer ou estavam prestes a cometer crimes e que não tomou todas as medidas apropriadas para impedir a sua execução.

O Código Penal centro-africano complementa estas disposições excluindo, por um lado, qualquer possibilidade de amnistia ou indulto e, por outro lado, imunidades jurisdicionais de qualquer tipo. Estas disposições são de suma importância na RCA, um país onde a cultura da impunidade é particularmente persistente. Os riscos são altos, na verdade, que o poder judicial seja curto-circuitado pelo apagamento das consequências dos crimes cometidos, quer pelo jogo de amnistia[47] ou do indulto[48], quer pela imunidade atribuída aos titulares dos cargos mais altos do Estado. Até ao momento, esses mecanismos conseguiram neutralizar qualquer procedimento criminal. Isto mostra o quão fortes são as expectativas da sociedade civil centro-africana, e especialmente das vítimas, com relação a esta nova jurisdição que é o TPE. Não se pode subestimar as dificuldades e pressões consideráveis que inevitavelmente surgiriam se os processos fossem dirigidos contra certas personalidades, como o chefe de Estado ou parlamentares. Porém, ao optar, como seria desejável, por uma aplicação rigorosa destas disposições do Código Penal – mesmo que um eventual "acordo de paz" viesse a proclamar a impunidade – o Tribunal inscreveria a sua ação numa jurisprudência agora firmemente estabelecida em todo o mundo[49].

5. Penas aplicáveis

A questão das penas aplicáveis foi extensamente debatida durante os trabalhos preparatórios da Lei Orgânica que institui o TPE, tendo como ponto focal a pena de morte. Os debates alcançaram um resultado *a priori* paradoxal: as penas aplicáveis são aquelas especificadas no Código Penal centro-africano – que prevê a pena de morte – mas esta é excluída a favor da prisão perpétua como sentença máxima (artigo 59). Em apoio a essa exclusão, o artigo 59 invoca vários instrumentos internacionais consistentes com o movimento em direção à abolição universal: o artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, o artigo 77 do Estatuto do TPI de 1998, a Declaração da Conferência Continental sobre a Abolição da Pena de Morte em África (Declaração de Cotonou) de 2014 e a Resolução 69/186 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 2014 relativa à "Moratória sobre a Aplicação da Pena de Morte", que recebeu o voto favorável da RCA. É precisamente para avançar nesta direção que, para além do Estatuto do TPI, a pena de morte foi sistematicamente afastada dos estatutos dos tribunais penais internacionais *ad hoc* e do conjunto dos tribunais mistos[50].

É necessário considerar que, pelo efeito deste artigo 59 da Lei Orgânica, é doravante revogado o artigo 158 do Código Penal centro-africano, que prevê a pena de morte para o crime de genocídio, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade? Uma resposta afirmativa seria exigida em virtude do princípio *lex posterior derogat legi priori*. No entanto, a aplicação deste princípio pode ser discutida, dada a natureza especial da Lei Orgânica que cria o TPE, que se opõe a que seja considerada

como revogando uma lei geral (o Código Penal). Assim, logicamente, a pena de morte deveria ser mantida no arsenal das sanções aplicáveis pelas jurisdições penais ordinários. Espera-se, portanto, que a preocupação pela coerência acabará por prevalecer na prática dos tribunais chamados a julgar os atos relacionados com as crises centro-africanas. Na verdade, não haveria lógica em aplicar a pena de morte para crimes de menor gravidade do que aqueles cabendo na competência do TPE. Se esta perspetiva prática se materializasse, a exclusão da pena de morte perante o TPE terá então abolido *de facto* esta pena no sistema jurídico centro-africano no seu todo, na pendência da sua futura abolição *de jure*[51], que seria o culminar do compromisso assumido pelo Governo centro-africano em 1981 de deixar de aplicar esta pena.

B. As interações com outras jurisdições

Dada a magnitude das crises sucessivas na RCA, o número de pessoas suscetíveis de serem julgadas por tribunais penais é de dezenas de milhares.

Escusado será dizer que o TPE sozinho não pode fazer face. Coube então ao legislador orgânico centro-africano prever regras para a distribuição do contencioso. O espírito desta repartição poderia ter sido o seguinte: ao TPI, os responsáveis de primeiro plano, os líderes de grupos armados e os chefes de Estado; ao TPE, os elementos do grupo de comando secundário (ou intermediário); e aos tribunais penais nacionais de direito comum o resto, ou seja, os agentes de execução, que são essencialmente soldados. Tal distribuição teria tido o grande interesse não apenas de circunscrever antecipadamente o número de casos a serem julgados pelo TPE mas também, e acima de tudo, de fazer julgar os maiores responsáveis fora do território nacional e, assim, neutralizar, pelo menos em parte, as potencialidades desestabilizadoras de tais procedimentos para a sociedade centro-africana. A solução escolhida foi diferente e consiste, essencialmente, em resolver os problemas de coordenação dos processos quando estes surgem, com base em alguns princípios.

1. Interações com os outros tribunais penais centro-africanos

Em relação às interações entre o TPE e as outras jurisdições centro-africanos, o princípio estabelecido na Lei Orgânica de 2015 é o seguinte: "Em caso de conflito de competência com outra jurisdição nacional, o Tribunal Penal Especial tem primazia para investigar, instruir e julgar os crimes e delitos conexos que são da sua competência" (artigo 3, § 3). Deve-se notar que, no momento em que esta disposição foi elaborada, o único caso de conflito contemplado era aquele entre o TPE e as jurisdições penais de direito comum. Mas a formulação escolhida é suficientemente geral para abranger também as relações com a jurisdição militar que, entretanto, a Assembleia Nacional, por iniciativa do Governo, decidiu estabelecer.

A regra, consistente com o padrão dos tribunais penais internacionais *ad hoc* e dos tribunais internacionalizados, é a da primazia do TPE. No entanto, como as experiências anteriores mostram, a sua efetividade dependerá principalmente dos mecanismos destinados a aplicá-la nos casos concretos. A Lei Orgânica de 2005 criou um mecanismo de filtragem precoce, cuja implementação compete, concomitantemente, ao Procurador Especial do TPE, por um lado, e às autoridades de investigação e de instrução das jurisdições penais estritamente internas, por outro lado.

O Procurador Especial, que inicia os processos, tem a obrigação de verificar para cada caso se este cabe na competência do TPE ou de outra jurisdição (artigo 35, § 1)[52]. Na primeira hipótese, pode exigir a abertura de um inquérito policial ou de uma informação judiciária. Na segunda hipótese, o caso é transmitido ao Ministério Público junto do Tribunal de Grande Instância territorialmente competente ou ao tribunal militar. A abordagem é a mesma em relação aos casos apresentados nessas outras jurisdições: estas são obrigadas a declinar a sua competência a favor do TPE se o caso for da competência deste último (artigo 36, § 2). Na prática, a apreciação deve ser feita sistematicamente pelas autoridades de investigação ou de instrução dessas outras jurisdições. No entanto, o Procurador Especial, agindo a título subsidiário, pode igualmente solicitar a declinação de competência ao Procurador Geral junto do Tribunal de Recurso do qual depende o Ministério Público chamado a pronunciar-se. Em caso de discordância caberá decidir ao Tribunal de Conflitos, competente no sistema centro-africano para

resolver as controvérsias relativas à competência jurisdicional.

O dispositivo de regulação assim configurado é menos rígido do que parece. Em primeiro lugar, deve-se observar que, embora o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra sejam da competência do TPE, estes não são formalmente excluídos da competência das outras jurisdições, especialmente dos tribunais penais ordinários. A sua participação na ação penal contra os alegados perpetradores destas graves violações dos direitos humanos e do direito internacional humanitário não pode, portanto, ser rejeitada. É certo que, num acórdão de 11 de abril de 2006, a Cour de Cassation centro-africana concluiu que os tribunais nacionais não podiam julgar tais crimes. Mas a incapacidade decretada era meramente factual e não jurídica. Não significa, portanto, incompetência. A fim de remediar este desamparo, bastaria superar o obstáculo constituído, segundo a Cour de Cassation, pela "incapacidade dos serviços judiciários centro-africanos para levar a cabo os inquéritos ou investigações". A este respeito, é interessante assinalar que, de acordo com algumas fontes[53], a MINUSCA consideraria seriamente a possibilidade de que, em certos casos, os inquéritos e investigações sejam geridos pelo TPE, enquanto as jurisdições ordinárias seriam incumbidas do julgamento. Poder-se-ia mesmo, seguindo essa lógica, chegar a uma distribuição do contencioso de acordo com a posição dos acusados na hierarquia das organizações criminosas.

Em segundo lugar, deve-se observar, mais prosaicamente, que o dispositivo de regulação, tal como previsto, não oferece a garantia absoluta de que os casos de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra serão todos investigados e julgados pelo TPE. Com efeito, além do facto de que o TPE pode, na sua apreciação dos recursos interpostos perante ele, não fazer sistematicamente coincidir natureza do crime e competência, as suas possibilidades de intervenção regulatória nos casos julgados pelos tribunais internos podem ser reduzidas devido à falta de informações.

Finalmente, é forçoso admitir que, se os grandes princípios de distribuição dos processos são fixados pela Lei Orgânica, a ou as linhas divisórias entre o TPE e as outras jurisdições centro-africanas só serão estabelecidas com precisão através da prática. Isto é nitidamente uma concessão ao princípio da realidade, sobretudo tendo em conta o número excecionalmente elevado de pessoas suscetíveis de serem julgadas.

2. Interações com o Tribunal Penal Internacional

O legislador orgânico não se interessou apenas às relações entre o TPE e as jurisdições nacionais. Ele também estabeleceu uma regra de conflito de competências entre o TPE e o TPI em favor deste último. Assim, prevê-se que quando "é estabelecido que o Procurador do Tribunal Penal Internacional deu início a um processo que, concomitantemente, cabe na competência do Tribunal Penal Internacional e do Tribunal Penal Especial, o segundo declinará a sua competência em benefício do primeiro" (artigo 37, § 1).

Este princípio de primazia do TPI sobre o TPE aparece totalmente inédito. Em primeiro lugar, marca uma rutura com o direito e a prática das próprias jurisdições internacionalizadas. Tal disposição está efetivamente ausente dos estatutos das diversas jurisdições híbridas que foram estabelecidas até agora. Isso é facilmente explicado pela razão de ser de sua criação. As jurisdições híbridas destinam-se a fornecer sólidas garantias – particularmente em termos de eficácia, independência e imparcialidade – aos procedimentos que ocorrem num quadro nacional específico, acerca do qual existem razões para duvidar da capacidade ou da vontade de processar e julgar equitativamente. A sua criação torna, em toda lógica, supérflua a afirmação de uma primazia em favor do TPI.

Além disso, tal primazia marca igualmente uma rutura com o próprio Estatuto de Roma. Na realidade, o princípio enunciado pelo artigo 1 deste Estatuto é o da complementaridade com as jurisdições penais nacionais. Verdadeira coluna vertebral do sistema instituído pelo Estatuto de Roma, ele coloca o juiz nacional em primeira linha da repressão penal, na medida em que a luta contra a impunidade deve primeiramente ser realizada mediante o fortalecimento das capacidades nacionais indispensáveis aos inquéritos e investigações dos crimes mais hediondos. Ao contrário do que está previsto para o TPE que, apesar de ser uma jurisdição internacionalizada não deixa de ser uma jurisdição organicamente nacional, o TPI tem

competência apenas em caso de incapacidade ou de ausência de vontade de processar dos tribunais nacionais.

Tal inversão de perspetiva pode ser interpretada de maneiras diferentes. Pode ser vista como um sinal de desconfiança para com as jurisdições centro-africanas, TPE incluído, consideradas como sofrendo de uma incapacidade estrutural que justifica uma vigilância internacional permanente. Mas essa inversão poderia ser apenas a marca da cautela inspirada pela situação atípica do Estado centro-africano. Importa lembrar que, no momento do estabelecimento do TPE, o TPI tinha recebido duas denúncias (e continua hoje a ser o caso) cobrindo a maior parte do período para o qual o TPE também é competente. A realidade jurídica é, portanto, a de uma competência concorrente entre os dois níveis de jurisdição – internacionalizado e internacional – num contexto no qual as condições de funcionamento das jurisdições estabelecidas em direito interno não parecem ser seguras, inclusive no que diz respeito ao TPE. Este contexto bastante singular sugere que a primazia da justiça internacional é, sobretudo, uma primazia de precaução.

De qualquer modo, mais uma vez, é à prática que caberá resolver, num objetivo comum de luta contra a impunidade, os conflitos de jurisdições que poderão surgir nas relações entre o TPI, o TPE e os tribunais nacionais.

PERSPETIVAS: EM JEITO DE CONCLUSÃO

O TPE, cujos delineamentos foram aqui traçados, tem decerto os meios jurídicos da sua ação. Seguramente, incertezas permanecem quanto a certos elementos do seu funcionamento, mas é a lei do gênero para todas as jurisdições híbridas, pois elas têm que lidar com os mais variados ambientes. O porvir do TPE dependerá do dinamismo dos processos que serão levados a cabo pelos juízes e da sua vontade de cumprir o seu mandato. Mas também dependerá do contexto geral do país. E é aí, sem dúvida, que as preocupações podem aparecer, e isso a dois níveis.

No plano da segurança, o conflito que constitui o teatro de crimes que o TPE é chamado para julgar está longe de estar terminado. Pelo contrário, parece estar atualmente no auge, com uma intensificação das hostilidades entre 14 grupos rebeldes fortemente armados, e mesmo entre estes e as forças da MINUSCA, num território que está a quase 80% sob controlo exclusivo desses grupos. Nestas circunstâncias, cada ato de inquérito ou de investigação deveria exigir a implementação de uma força armada considerável, que poderá não ser mobilizada, dada a interpretação que a MINUSCA tem do seu mandato, e dadas as regras de engajamento que ela se fixou.

Além disso, no plano da política, deve-se acrescentar a estratégia de paz privilegiada pelas autoridades nacionais. O mínimo que pode ser dito a esse respeito é que esta estratégia é plural e que, essencialmente, deixa à justiça um lugar vago. O pluralismo dos projetos e, portanto, a ausência de consenso, é uma realidade. Atualmente, existem três projetos principais: um projeto de iniciativa parlamentar centro-africana denominada "Iniciativa Parlamentar para a Adoção de um Plano de Paz na República Centro-Africana"; um projeto liderado por uma ONG religiosa ligada ao Vaticano, a Comunidade de Sant'Egidio, que assumiu a forma de um "Acordo Político para a Paz na República Centro-Africana" (ou "*Entente de Sant'Egidio*"); e um projeto de origem intergovernamental, liderado pela União Africana e apoiado pelo executivo centro-africano, que se concretizou numa "Iniciativa Africana de Paz". Destes três projetos, apenas o de origem parlamentar mantém a justiça como componente central do processo de paz e exclui a amnistia para os crimes internacionais que são da competência do TPE e do TPI. No atual ambiente político nacional, no entanto, esta posição permanece isolada. A forte tendência, apoiada pelo Presidente da República, o Governo e as instituições internacionais (e parceiros financeiros), é antes privilegiar o diálogo político com os grupos armados e promover o estabelecimento de uma comissão de "verdade e reconciliação", dando prioridade à resolução não judicial – e não repressiva – dos conflitos.

Neste contexto, o TPE é um desafio para a ancoragem da justiça na RCA.

NOTAS

1. O presente artigo foi publicado numa versão em francês na *Revue belge de droit international*, vol. 50, 2017, pp. 127-152. É dependente de um contexto nacional particular marcado pela natureza de Estado falhado da RCA, o que necessariamente tem implicações sobre as fontes e os trabalhos preparatórios. Em relação às fontes, a maioria dos documentos utilizados como suporte para a redação não foram publicados em boa e devida forma, ou até não foram publicados. Por exemplo, a Lei Orgânica que estabelece o Tribunal, o Código Penal e o Código de Processo Penal centro-africanos só são acessíveis através da internet, enquanto o Memorando de Entendimento entre a MINUSCA e o Governo centro-africano para o estabelecimento do Tribunal Penal Especial, os dois relatórios parlamentares sobre o projeto de Lei Orgânica, ou ainda a decisão do Tribunal Constitucional relativa a esta lei, não foram publicados. Embora os autores disponham dos documentos referidos, as restrições editoriais não permitem disponibiliza-los para os leitores. Em relação aos trabalhos preparatórios dos textos institutivos, os estudos do tipo do que está aqui conduzido lhes reservam um lugar significativo. Isto foi impossível neste caso. Com efeito, na RCA, a prática parlamentar não é a de um estabelecimento de relatórios integrais das sessões e debates parlamentares. A única fonte que evoca os debates é o relatório parlamentar, que é bastante indigente além de não ser publicado. Note-se, entretanto, a publicação de um livro que comporta em anexo, para além dos principais documentos acima mencionados, os planos de paz relacionados com a questão da justiça. Ver J.-F. Akandji-Kombé, *La Cour pénale de la République centrafricaine: quel projet de justice?*, Paris, IpaP, 2017. Note-se também que as traduções necessárias ao presente estudo são nossas.
2. Isso não significa que o período pré-colonial seja isento de conflitos e atrocidades. Sobre este ponto, ver nomeadamente P. Kalck, *Histoire centrafricaine: des origines à 1966*, Paris, L'Harmattan, 1992, especialmente pp. 59 e ss.
3. Ver J. Binoua, *Centrafrique, l'instabilité permanente*, Paris, L'Harmattan, 2005.
4. A respeito da Séléka, os anti-Balaka e o poder de transição, ver R. Marchal, *Brève histoire d'une transition singulière*, ROSCA-G&D, setembro de 2016. Atualmente, o país conta com nada menos que 14 grupos armados ilegais, que controlam quase 80% do território.
5. Ver nomeadamente: FIDH, *République centrafricaine. Oubliées, stigmatisées: la double peine des victimes de crimes internationaux*, outubro de 2006; Human Rights Watch, *République centrafricaine. État d'anarchie: rébellions et exactions contre la population civile*, setembro de 2007.
6. Uma listagem detalhada das principais exações foi feita pela ONU e pela ONG Human Rights Watch: ONU, *Rapport du Projet Mapping documentant les violations graves du droit international des droits de l'Homme et du droit international humanitaire commises sur le territoire de la République centrafricaine de janvier 2003 à décembre 2015*, maio de 2017; Human Rights Watch, *Crimes impunis: crimes de guerre, crimes contre l'humanité et la Cour pénale spéciale en République centrafricaine*, julho de 2017.
7. Ver o relatório final da Comissão Internacional de Inquérito sobre a República Centro-Africana, S/2014/928, 22 de dezembro de 2014.
8. Num comunicado de imprensa de 22 de maio de 2007, o Procurador afirmou: "Une analyse préliminaire des crimes présumés a mis en évidence qu'un pic de violence et de criminalité fut atteint en 2002 et 2003. Des civils furent tués et violés, des maisons et des commerces pillés. Les crimes présumés se sont produits dans le contexte d'un conflit armé entre le Gouvernement et des forces rebelles. C'est la première fois que le Procureur ouvre une enquête dans laquelle les allégations de crimes sexuels excèdent largement le nombre d'assassinats présumés".
9. Num comunicado de imprensa de 24 de setembro de 2014, o Procurador declarou: "Les informations en ma possession fournissent une base raisonnable permettant de croire que la Séléka et les groupes anti-Balaka ont commis des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, notamment le meurtre, le viol, le déplacement forcé, la persécution, le pillage, les attaques contre des missions d'aide humanitaire et le fait de faire participer des enfants âgés de moins de quinze ans à des hostilités. La liste des atrocités commises est interminable (…) Le renvoi de la situation du 30 mai 2014 par les autorités centrafricaines démontre une volonté

de lutter contre l'impunité pour les crimes commis à grande échelle et de rendre justice aux victimes".

10. Este procedimento segue uma denúncia ao TPI pelo Governo do Uganda, em 16 de dezembro de 2003.

11. A Lei Orgânica n.º 15-003 relativa à criação, organização e funcionamento do Tribunal Penal Especial foi adotada pelo Conselho Nacional de Transição em 22 de abril de 2015, ou seja, durante o período transitório que terminou em 31 de março de 2016. Foi declarada conforme com a Carta Constitucional de Transição pelo Tribunal Constitucional de Transição na sua decisão n.° 006/15/CCT de 20 de maio de 2015 (sob reserva de algumas modificações textuais menores), e promulgada pela Chefe de Estado de Transição em 3 de junho de 2015. Salvo indicação em contrário, os artigos aos quais será feita referência farão parte desta lei.

12. Em 26 de agosto de 2016, foi celebrado um acordo, principalmente financeiro, entre o Governo centro-africano e a ONU, com vista à operacionalização do Tribunal, o que permitiu o início do processo de recrutamento dos juízes e agentes da nova instituição desde janeiro de 2017. Por enquanto, foram criados somente os órgãos de inquérito e de investigação.

13. Ver especialmente: A.-C. Martineau, *Les juridictions pénales internationalisées: un nouveau modèle de justice hybride?*, Paris, Pedone, 2007; H. Ascencio, É. Lambert-Abdelgawad, J.-M. Sorel (dir.), *Les juridictions pénales internationalisées (Cambodge, Kosovo, Sierra Leone, Timor Leste)*, Paris, Société de législation comparée, 2006.

14. Ver em particular: P.I. Labuda, "The Special Criminal Court in the Central African Republic: failure or vindication of complementarity?", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 15, 2017, pp. 175-206; J. Guillaumé, "La Cour pénale spéciale en République centrafricaine: un modèle novateur de justice internationale?", *in* J. Fernandez (dir.), *Justice pénale internationale*, Paris, CNRS Éditions, 2016, pp. 279-302. Ver também J.-F. Akandji-Kombé, *La Cour pénale de la République centrafricaine: quel projet de justice*, *op. cit.*

15. Durante os primeiros meses do regime de Séléka, a imprensa e os meios de comunicação internacionais tinham abandonado a RCA.

16. Relatório do Secretário-Geral sobre a República Centro-Africana, preparado de acordo com o parágrafo 48 da Resolução 2127 (2013) do Conselho de Segurança, S/2014/142, 3 de março de 2014.

17. A situação não mudou muito nem aquando da adoção da Lei Orgânica de 2015 implementando o TPE, nem na fase atual de operacionalização do Tribunal. A este respeito, ver especialmente: *Rapport de la Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'Homme sur la situation des droits de l'Homme en République centrafricaine*, A/HRC/25/43, 19 de fevereiro de 2014; *Rapport du Secrétaire général sur la situation en République centrafricaine*, S/2016/824, 29 de setembro de 2016.

18. O artigo 70 da Lei Orgânica de 2015 prevê que: "La décision de renouvellement, qui doit intervenir au moins six mois avant la date d'expiration du mandat de la Cour, sera prise à l'initiative du Gouvernement de la République centrafricaine, en concertation avec l'Organisation des Nations Unies. La Cour pénale spéciale est automatiquement dissoute dès que l'ensemble des procédures dont elle a été saisie auront été définitivement jugées".

19. Carta datada de 9 de abril de 2014 da Presidente de Transição, solicitando a adoção das "medidas temporárias de emergência" mencionadas no parágrafo 40 da Resolução 2149 (2014) do Conselho de Segurança.

20. Ver G.M. Musila, *La Cour pénale spéciale et autres options de responsabilité en République centrafricaine: recommandations politiques et juridiques*, Nuremberga, Académie internationale des principes de Nuremberg, 2016, pp. 17-18.

21. Ver o Relatório Geral do Fórum Nacional de Bangui, disponível no seguinte link: https://jfakiblog.files.wordpress.com/2016/05/forum-de-bangui-rapport-general.pdf. Deve-se notar que o Pacto é um documento assinado pelo Governo, os grupos armados e os representantes da sociedade civil.

22. Respetivamente Comunidade Económica e Monetária da África Central, Comunidade Económica dos Estados da África Central e Conferência Internacional sobre a Região dos Grandes Lagos.

23. Ver M. Loudegue (Relator-Geral) e B. Ouango-Ndackalla (Relator-Geral Adjunto), *Rapport de la Commission intérieure, lois et affaires administratives sur le projet de loi portant création de la Cour pénale spéciale*, Conselho Nacional de Transição, 1ª sessão ordinária de 2015, de 2 de março a 30 de maio de 2015.

24. O relatório do Secretário-Geral da ONU sobre a RCA de 3 de março de 2014 (S/2014/142) destaca claramente a falência do sistema judiciário e penitenciário da RCA após os massacres de dezembro de 2013: "les tribunaux ont été systématiquement détruits et les attaques contre des établissements pénitentiaires se sont soldées par la libération ou le meurtre de détenus, tandis que les juges étaient constamment menacés. Les tribunaux et les prisons ont cessé toute activité, bien que la prison centrale de Bangui ait rouvert le 14 février après l'intervention du chef d'État de la transition. Les fonctionnaires et les magistrats ont abandonné leur poste et il est devenu impossible de traduire les suspects en justice, de les incarcérer ou même de les arrêter. Seuls quelques représentants des institutions ont repris leurs fonctions à Bangui" (§ 26).

25. De acordo com o artigo 45 da Lei Orgânica de 2015, "les règles de procédure suivies devant la Chambre d'accusation spéciale de la Cour pénale spéciale sont celles qui régissent les Chambres d'accusation des Cours d'appel".

26. Deve-se notar que o quadro constitucional da RCA mantém alguma ambiguidade a este respeito. O único princípio claramente estabelecido pelas sucessivas Constituições é o da independência. A Constituição atualmente em vigor de 30 de março de 2016, como as suas antecessoras, consagra-o em várias disposições: artigo 107: "La justice constitue un pouvoir indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif"; article 108: "Les juges sont indépendants. Ils ne sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions, qu'à l'autorité de la loi. Les magistrats du siège sont inamovibles". Da leitura dessas disposições desprende-se que, se a independência é efetivamente uma exigência constitucional, esta é concebida exclusivamente como uma garantia ou prerrogativa da instituição judiciária e não como um direito protetor dos litigantes. Isso pode ser explicado pelo facto de que a Lei Fundamental – apesar de incluir uma lista alegadamente exaustiva de direitos e liberdades – em nenhum lugar garante o direito a um julgamento justo e equitativo, do qual tradicionalmente se destaca, de acordo com os padrões internacionais, o direito de acesso ao juiz, o direito a um julgamento dentro de um prazo razoável, o direito a um tribunal independente e o direito a uma justiça imparcial. É, portanto, apenas por referência aos tratados internacionais de direitos humanos que vinculam a RCA, e porque esses tratados fazem parte integrante do direito centro-africano em posição de superioridade às leis (artigo 94 da Constituição de 2016), que se pode concluir no plano interno à consagração da independência e da imparcialidade das jurisdições como direito humano.

27. No contexto desta clarificação, pode ser vantajoso generalizar a formulação da exigência de independência que se encontra no artigo 34, § 1, da Lei Orgânica, segundo o qual: "Le Ministère public près la Cour pénale spéciale est indépendant et s'interdit de recevoir quelque injonction des autorités politiques ou de quelque groupe de pression". Essa formulação é, de facto, mais exigente do que aquela convencionalmente usada nos instrumentos internacionais, na medida em que fere de ilegalidade e ilegitimidade não apenas as ordens e outras pressões advindas dos poderes executivo e legislativo (as "autoridades políticas"), mas igualmente aquelas vindo de "qualquer grupo de pressão". Acima de tudo, é provavelmente a mais adaptada a um contexto de poder policêntrico ou difuso como o existente na RCA, isto é, numa sociedade em que as autoridades públicas exercem na realidade apenas uma ínfima parte do poder de coação, sendo o resto compartilhado entre os mais diversos atores, começando pelos grupos armados.

28. Os membros internacionais são, segundo o artigo 24 da Lei Orgânica de 2015, propostos pela MINUSCA entre os "magistrados, juízes e escrivães internacionais, devidamente qualificados para serem nomeados para as funções judiciárias mais altas nos seus respetivos países" e na sequência de um processo de seleção por ela conduzido. São nomeados pelo chefe de Estado, na sua qualidade de presidente do Conselho Superior da Magistratura. O procedimento de nomeação dos membros nacionais é mais complexo. Varia de acordo com o corpo profissional do candidato, o acesso a funções no TPE estando aberto aos magistrados em exercício, aos advogados inscritos na Ordem dos Advogados da RCA e professores universitários de direito (artigo 21). Os primeiros procedimentos de nomeação foram concluídos no primeiro semestre de 2017. Estas nomeações são parciais, tendo sido feita a escolha de uma "implementação progressiva" do TPE que, em primeiro lugar, deve privilegiar o apoio aos inquéritos e às investigações (artigo 71). Por enquanto, foram nomeados como membros internacionais: o Sr. Toussaint Mutazini Mukimapa (RDC) como Procurador Geral; a Sra. Adelaïde Dembélé

(Burkina Faso) e a Sra. Emmanuelle Ducos (França) como juízas na Câmara de Instrução; e como membros nacionais: o Sr. Alain Ouaby-Bekaï, Procurador Especial Adjunto; o Sr. Alain Tolmo, Substituto do Procurador; os Srs. Patience Grengbo e Michel Ngokpou, juízes da Câmara de Instrução, e o Sr. Jacob Sanny-Damili, juiz da Câmara de Acusação.

29. Esta proporção aplica-se à configuração mínima do Ministério Público. Se necessário, o número de membros do Ministério Público poderá, todavia, ser aumentado com a nomeação de substitutos adicionais. No caso de este número se tornar ímpar, a maioria numérica seria então concedida à parte internacional (artigo 18, § 2).

30. O Escrivão Chefe é um nacional e tem por adjunto um internacional (artigo 15).

31. O Procurador Especial é um internacional, enquanto o Procurador Especial Adjunto é um nacional (artigo 18, § 1).

32. Esta regra é rigorosamente aplicada no funcionamento da Câmara de Instrução: em cada Gabinete de Instrução – existem três – a assinatura concomitante do juiz nacional e do juiz internacional é exigida na parte inferior de todos os atos processuais sobre o mérito do caso (artigo 41).

33. Solução constante, atualmente consagrada no artigo 94 da Constituição da RCA de 2016.

34. Na RCA, as expectativas de reparações para as vítimas parecem tão grandes quanto aquelas para punir os criminosos. No entanto, até agora, a impunidade concedida pelos acordos sucessivos de paz ou de pós-crise impediu a consideração do sofrimento causado às vítimas. A Lei Orgânica de 2015 instituindo o TPE não contém nenhuma disposição que possa abrir tal perspetiva. Embora ela não ignore as vítimas, estas são consideradas apenas do ponto de vista do processo penal. Assim, ela prevê que o TPE "veille particulièrement à la protection des victimes et des témoins par des mesures spécifiques définies précisément par le règlement des preuves et procédures de la Cour et comprenant, entre autres, la tenue d'audiences à huis-clos et la protection de l'identité des victimes et des témoins" (artigo 3, § 5). A lei ainda prevê que as vítimas podem pôr em movimento a ação pública recorrendo ao juiz de instrução para factos que cabem na competência do TPE através de uma queixa com constituição de parte civil (artigo 40). Além disso, as vítimas indigentes (mas também os arguidos e réus indigentes) poderão beneficiar dos serviços de um advogado oficioso (artigo 64). Finalmente, o TPE e o Governo, no interesse das vítimas, têm a obrigação de preservar os documentos recolhidos e os autos dos processos julgados pelo Tribunal (artigo 69). O silêncio da Lei Orgânica nesse ponto está longe de ser atípico. Olhando de perto, isso não é diferente nos estatutos das outras jurisdições *ad hoc* encarregadas da repressão dos crimes internacionais, o que não as impediu de conhecer pedidos de reparação após a ação criminal. Silêncio, portanto, não significa exclusão. Além do facto de que o TPE poderia ele próprio especificar este procedimento por meio do seu futuro Regulamento de Processo e Prova, se necessário inspirando-se das regras aplicáveis perante o TPI, a ação de reparação será possível pela constituição de parte civil, de acordo com as regras processuais do direito centro-africano.

35. Ver, em particular, Amnesty International, *République centrafricaine. Le long chemin vers la justice: l'obligation de rendre des comptes*, Londres, 2017, especialmente pp. 41 e 42.

36. Artigo 153 do Código Penal centro-africano. Para o texto do Código: www.ilo.org/dyn/natlex/docs/SERIAL/88116/100661/F1881819351/CAF-88116.pdf.

37. Artigos 154, 155, 156 e 157 do Código Penal centro-africano.

38. Artigo 152 do Código Penal centro-africano.

39. Nós enfatizamos.

40. Ver as referências contidas nas notas de rodapé 2 a 6.

41. Ver, *supra*, os desenvolvimentos sobre a competência *ratione materiae*.

42. Artigo 162 do Código Penal centro-africano.

43. De acordo com o artigo 55 da Lei Orgânica de 2005, "une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si: a) elle commet un tel crime que ce soit individuellement, conjointement avec une autre personne ou par l'intermédiaire d'une autre personne, que cette autre personne soit ou non pénalement responsable; b) elle ordonne, sollicite ou encourage la commission d'un tel crime, dès lors qu'il y a commission ou tentative de commission de ce crime; c) en vue de faciliter la commission d'un tel crime, elle apporte son aide, son concours ou toute autre forme d'assistance à la commission ou à la tentative de commission de ce crime, y compris en fournissant les

moyens de cette commission; d) elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert ; cette contribution doit être intentionnelle et, selon le cas, viser à faciliter l'activité criminelle ou le dessein criminel du groupe, si cette activité ou ce dessein comporte l'exécution d'un crime relevant de la compétence de la Cour ou est faite en pleine connaissance de l'intention du groupe de commettre ce crime; e) s'agissant du crime de génocide, elle incite directement et publiquement autrui à le commettre; f) elle tente de commettre un tel crime par des actes qui, par leur caractère substantiel, constituent un commencement d'exécution mais sans que le crime soit accompli en raison des circonstances indépendantes de sa volonté (…)".

44. A este respeito, o artigo 160 do Código Penal centro-africano dispõe que: "Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables du crime de génocide, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des crimes de terrorisme".

45. Artigo 26 do Estatuto do TPI: "La Cour n'a pas compétence à l'égard d'une personne qui était âgée de moins de 18 ans au moment de la commission prétendue d'un crime".

46. *Deputy General Prosecutor for Serious Crimes v. X*, caso n.° 04/2002, sentença transitada em julgado, 12 de dezembro de 2002.

47. A esse respeito, deve-se mencionar a lei de amnistia promulgada pelo Presidente François Bozizé, em 29 de setembro de 2008. A amnistia era prevista para os responsáveis e membros dos grupos político-militares no território nacional ou no exílio entre 15 de março de 2003 e a data de promulgação. Embora estabeleça que são excluídas "les incriminations visées par le Statut de Rome, notamment le crime de génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre et tout autre crime relevant de la compétence de la Cour pénale internationale", esta lei teve o efeito de impedir qualquer processo judiciário.

48. A "Entente de Sant'Egidio", acordo de paz assinado em 19 de junho em Roma entre o Governo centro-africano e os representantes dos grupos armados, refere-se expressamente ao direito de indulto presidencial. Esta referência surgiu de alguma forma por omissão, tendo a Assembleia Nacional indicado numa recomendação, adotada em 26 de maio de 2017 por unanimidade e intitulada "Iniciativa Parlamentar para a Adoção de um Plano de Paz na República Centro-Africana", que ela considerava que os crimes cabendo na competência do TPE e do TPI não podiam ser amnistiados.

49. Ver nomeadamente J.A.E. Vervaele, "Violations graves des droits de l'Homme et crimes internationaux: du *jus (non) puniendi* de l'État nation à un *deber puniendi* impératif tiré du *jus cogens*", *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, 2014, pp. 487-521.

50. Observe-se que o Ruanda, cujo voto contra a Resolução 955 (1994) do Conselho de Segurança criando o TPIR tinha sido parcialmente motivado pelo facto de a pena de morte estar prevista no seu Código Penal, finalmente decidiu abolir esta pena em 2007. Tal decisão era uma condição para o TPIR poder transferir arguidos para os tribunais nacionais.

51. Por mais desejável que seja, o desfecho abolicionista não é garantido, inclusive em países com tribunais híbridos, como o mostram os exemplos da Serra Leoa e do Líbano, países onde condenações à morte continuam a ser pronunciadas, embora não executadas.

52. Se o artigo 35 da Lei Orgânica se refere apenas às "jurisdições penais ordinárias", isso se deve ao facto de que, no momento da sua elaboração, as missões de investigação e de sanção penal ainda não tinham sido estendidas ao juiz militar.

53. Ver Amnesty International, *République centrafricaine. Le long chemin vers la justice: l'obligation de rendre des comptes*, *op. cit.*, pp. 43-44.

LA EDUCACIÓN DE GÉNERO Y LA IGLESIA: EL MOVIMIENTO DE RETROCESO EN EL PME (PLAN MUNICIPAL DE EDUCACIÓN) EN FORTALEZA

Larissa Maria de Queiroz
Maestra en Antropología por la Universidad de Salamanca, España (2015); Doctoranda en Estudios Interdisciplinares de Género y Políticas de Igualdad, también por la Universidad de Salamanca; Profesora de grado y posgrado en Uniateneu.

RESUMEN

El artículo discute la posición de los líderes de las iglesias en Brasil en relación a la educación de género, específicamente en lo que se refiere a la aprobación de los Planes Municipales de Educación y la discusión sobre Diversidad Sexual y de Género como posibilidad de construcción de sujetos sociales críticos, que reproducen en sociedad una nueva mentalidad en relación a la orientación sexual, dirigir el prejuicio y encontrar mecanismos para que la violencia de género sea mitigada. El objetivo es ponderar sobre la construcción de este documento escolar que debe cumplir su papel de formar sujetos críticos y participantes en sociedad. El método de investigación es el análisis bibliográfico sobre el hecho, por medio de periódicos, libros, artículos y documentos circulares. Los resultados apuntan a la reflexión filosófica sobre los estigmas de la sexualidad humana. Concluimos informando que la educación de género y diversidad es un camino eficaz para suscitar debates en torno a la negatividad del prejuicio sexual y que las relaciones de poder en sociedad puedan ser reexaminadas como consecuencia de un país más armonioso socialmente.

Palabras clave

PME; Fortaleza; iglesias; educación de género.

ABSTRACT

The article discusses the position of the leaders of the churches in Brazil in relation to gender education, specifically with regard to the approval of the Municipal Education Plans and the discussion on Sexual and Gender Diversity as a possibility of building critical social subjects, who reproduce in society a new mentality in relation to sexual orientation, direct the preconception and find mechanisms for gender violence to be mitigated. The objective is to ponder on the construction of this school document that must fulfill its role of forming critical subjects and participants in society. The research method is the bibliographical analysis on the fact, by means of newspapers, books, articles and circular documents. The results point to philosophical reflection on the stigmas of human sexuality. We conclude by informing that gender and diversity education is an effective way to provoke debates about the negativity of sexual prejudice and that power relations in society can be reexamined as a consequence of a more socially harmonious country.

Keywords

SMEs; Strength; churches; Gender Education.

1. LA EDUCACIÓN QUE TENEMOS

Con el avance de los estudios sobre el comportamiento humano y sobre el alcance de la enseñanza y la educación en la vida de los individuos, se notó que la educación de género es un componente fundamental en la escolarización en todas las fases, por lo que se busca incluirlo en los planes de educación. Pero en el proceso de aprobación de los Planes Municipales de Educación en todo el territorio nacional, las cámaras de los concejales de diversas ciudades brasileñas se han convertido en un verdadero campo de batalla del odio y de la intolerancia. Después de largos procesos de participación -que involucrar a profesores, organizaciones de la sociedad civil y gestores públicos en la tarea de delinear prioridades para

la próxima década- los Planes comenzaron a ser recortados en las cuestiones que se refieren al género ya la sexualidad.

El tema se muestra cada vez más necesario, pues la violencia relacionada con la orientación sexual y el radicalismo son crecientes. La investigación de la Universidad Federal de São Carlos (2017) apuntó que los ambientes familiares y religiosos también son lugares predominantes de discriminación debido a la orientación sexual. Con ello, los investigadores creen que el análisis de las cuestiones familiares y religiosas como causantes de la violencia contra los homosexuales debe estar en la agenda de proposiciones y acciones para que haya superación de esos problemas en el cotidiano escolar. La misma encuesta mostró que el 32% de los homosexuales entrevistados afirmaron sufrir prejuicios dentro de las aulas y también que los educadores aún no saben reaccionar apropiadamente ante las agresiones, que pueden ser físicas o verbales, en el ambiente escolar. Los datos, según los investigadores, convergen con aquellos presentados en investigación del Ministerio de Educación que escuchó 8.283 estudiantes en el grupo de edad de 15 a 29 años, en el año escolar de 2013, en todo el país, y constató que el 20% de los alumnos no quiere compañero de clase homosexual o transexual.

En este escenario, como defensores de los derechos LGBT (Lesbianas, Gays, Bisexuales, Travestis, Transexuales y Transgéneros) y activistas de los derechos de las mujeres reivindican que es papel de la escuela discutir género y sexualidad, fieles portando rosarios, cruces y franjas expresaron repudio a lo que fue calificado como "ideología de género". Por lo tanto, ocurre la distorsión del tema y la incitación al odio en lugar de una discusión en profundidad sobre el tema y el motivo de que esté en la escuela (GDE, 2009)

La educación es una puerta de entrada del individuo en la sociedad externa al hogar, por lo que hay que avanzar en las prácticas educativas y sociales. Es sabido que hay evolución de la sociedad y que discusiones que antes no se hacían, como la división de tareas domésticas, ya son posibles. Discutir el género es mostrar que puede existir igualdad y respeto en la sociedad y en la escuela. (CANDAU,2008)

En el contexto de intolerancia en que Brasil todavía se inserta, en que casos como el del niño Alex ocurren es especialmente relevante pensar en educación de género y combate al prejuicio contra los homosexuales. El niño de 8 años fue muerto en 2014 por su propio padre por gustarle lavar la vajilla y la danza del vientre. Él tomaba sordas constantes del padre que le mandaba "andar que ni hombre". No se sabe si Alex era homosexual, pero relatos de diversos familiares y vecinos aseguran que su padre era homofóbico. El hermano mayor del chico ya había sido rechazado por su padre, por no ser "lo suficientemente mal". Después de uno de los "correctivos", el hígado de Alex se rompió, ocasionando su muerte.

La violencia de este caso es aún más trágica cuando se podría haber evitado: Alex vivía con su padre en Río de Janeiro, porque su madre había decidido no matricular el hijo en la escuela, con miedo a la reacción de los otros estudiantes a la manera del hijo. Al salir de Mossoró (RN) para vivir con su padre, la intolerancia terminó por hacer otra víctima fatal. Los episodios como éste son causados por el prejuicio y el odio sistémico que fomentan la ignorancia, el oscurantismo y la violencia. Por eso hay muchas razones para que la educación brasileña debe preocuparse por las cuestiones de género y sexualidad y tratarlas como contenido escolar y de formación de los ciudadanos.

La discusión sobre género en las políticas educativas parte de una falacia cruel: la de que género, sexualidad e identidad de género son invenciones ideológicas. Hoy en día, es muy común ver la descalificación de determinadas visiones del mundo como siendo "ideológicas", o sea, un ideario sin anclaje en la realidad.

En respuesta a estas afirmaciones, la Asociación Brasileña de Antropología (ABA) publicó el "Manifiesto por la igualdad de género en la educación: por una escuela democrática, inclusiva y sin censuras", firmado por 113 investigadores y grupos de estudios, que pretende desmitificar esos argumentos. Algunos puntos del manifiesto son los siguientes:

A diferencia de "ideologías" o "doctrinas" sostenidas por la fundamentación de creencias o fe, el concepto de género está basado en parámetros científicos de producción de saberes sobre el mundo. Género, en cuanto un concepto, identifica procesos históricos y culturales que clasifican y posicionan a las personas a partir de una relación sobre lo que se entiende como femenino y masculino. Es un operador que crea sentido para las diferencias percibidas en

nuestros cuerpos y articula personas, emociones, prácticas y cosas dentro de una estructura de poder. Y es, en ese sentido, que el concepto de género ha sido históricamente útil para que muchas investigaciones consigan identificar mecanismos de reproducción de desigualdades en el contexto escolar (...) Cuando se reivindica, entonces, la noción de "igualdad de género" en la educación, la demanda es por un sistema escolar inclusivo que crea acciones específicas de combate a las discriminaciones y que no contribuya a la reproducción de las desigualdades que persisten en nuestra sociedad. Hablar en una educación que promueve la igualdad de género, sin embargo, no significa anular las diferencias percibidas entre las personas (lo que ha sido ampliamente distorsionado en el debate público), sino garantizar un espacio democrático donde tales diferencias no se desdoblen en desigualdades. Exigimos que el derecho a la educación sea garantizado a cualquier ciudadana o ciudadano brasileño y, para ello, políticas de combate a las desigualdades de género necesitan ser implementadas. (...) (ABANT, 2018 pp.1.2)

En el debate ¿"Por qué discutir género en las escuelas?", que tuvo lugar en la Cámara de los concejales de São Paulo, también rebatieron las acusaciones de que el género es una ideología y sí una cuestión que obliga a la sociedad a discutirla, porque es una relación de poder que mata a las personas, que las violenta y subyuga a millones de individuos.

La violencia contra la mujer está generalizada en la sociedad y en la escuela también. No faltan ejemplos de casos que ocurren en las escuelas como el caso de una niña de 12 años fue violada dentro de una escuela en São Paulo por un niño de 14, con ayuda de otros dos niños. En las periferias de esa misma capital, videos de Youtube y corrientes de Whatsapp propagan las Top 10, un ranking en el que las niñas son listadas e insultadas como "vadias, pirañas" y decenas de otros adjetivos perversos. Las afectadas por esta práctica intentan muchas veces o suicidios o abandonan sus rutinas escolares. Una encuesta reciente de la Agencia É Nois reveló que el 77% de las niñas creen que el machismo impacta su desarrollo escolar y social.

En el caso de las mujeres agredidas, el 48% de las mujeres agredidas fueron violadas en sus hogares, según datos del PNAD / IBGE de 2009,3 de cada 5 mujeres relatan haber sufrido violencia dentro de relaciones y el 56% de los hombres se reconoce como agresor en algún momento de la vida. En 2014, Brasil recibió 52.957 denuncias de violencia contra la mujer. En la última década, unas 44.000 mujeres fueron asesinadas en el país. En el año 2003, los homicidios y la juventud en Brasil muestran que los homicidios de mujeres aumentaron el 17,2% entre 2001 y 2011, año en que 4,5 mil mujeres fueron asesinadas en Brasil.

La enumeración anterior es corta cerca del tamaño de la violencia de género que afecta al país. La lista podría crecer infinitamente. La escuela, como espacio donde esa sociabilidad se forma y puede ser transformada, ¿debe quedar alejada del debate de género y de cómo su construcción cultural contribuye al crecimiento de esa violencia?

Ser homosexual o transexual en Brasil es un martirio. Desde temprano, cualquier comportamiento que huya de lo que se considera "normal" es tratado con desprecio, asco, violencia física y psicológica, como en el caso del niño Alex. Pero la violencia va más allá: en marzo de este año, Peterson Ricardo de Oliveira, de 14 años, murió tras ser golpeado en una escuela pública de la Gran São Paulo por el hecho de que sus padres eran gays. Los hechos como estos se multiplican a lo largo de los estados brasileños.

El grupo gay de Bahía (GGB), en su informe de 2013-2014, mostró que un gay es asesinado cada 28 horas en el país, fueron 312 asesinatos de personas sexualmente diversas en 2013. El informe sigue con más datos chocantes:

Brasil confirma su posición de primer lugar en el ranking mundial de asesinatos homofóbicos, concentrando el 44% del total de ejecuciones de todo el planeta. En los Estados Unidos, con 100 millones más de habitantes que nuestro país, se registraron 15 asesinatos de travestis en 2011, mientras que, en Brasil, se ejecutaron 128 "trans". El riesgo, por lo tanto, de una trans ser asesinada en Brasil es el 1.280% mayor que en los Estados Unidos (GGB, 2015 p. 38).

Otro aspecto es que la violencia de género y el prejuicio alejan a los alumnos de la escuela, llevando a la evasión escolar, por lo que es necesario tener Planes Municipales de Educación que enfrenten la discriminación y la evasión escolar de LGBT. Entre las poblaciones trans, las tasas de evasión son aún mayores, lo que limita las opciones profesionales y de vida

de estos individuos, apartados de los estudios y del mercado de trabajo por el prejuicio. Muchas veces los alumnos y alumnas que se reconocen como trans son invisibles en las escuelas, no siendo llamados por el nombre social y se ven obligados a abandonar la escuela. Aun así, algunos profesores y los educadores no se conmueven, ¿llevando al cuestionamiento de por qué las personas cis-géneros tienen garantizado derecho a la vida y ellos y ellas no? ¿Por qué esta diferencia? Esto debe ser discutido para que podamos cambiar esa realidad educativa.

Además de la necesidad en el contexto brasileño, la no discusión de género va contra diversos tratados internacionales firmados por Brasil. Son algunas decenas de conferencias internacionales, tratados, convenciones y acuerdos que estarán siendo descuidados si los Planes Municipales de Educación excluyen los términos ligados al género:

Un PME (Plan Municipal de Educación) que contemple las discusiones de género dice mucho más respeto a las mujeres, que son el 50% de la población. Discutir el género en las escuelas significa cuestionar la violencia contra la mujer y deconstruir la mentalidad machista. Cuestionar en el aula la razón de que tengan salarios menores y espacio reducido en los parlamentos. [Cuestionar eso] es, incluso, ir en la dirección de documentos internacionales para la promoción de derechos de las mujeres que van desde la Carta de las Naciones Unidas a la Declaración de los Derechos Humanos, pasando por la Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a las Mujeres que otorgó a las mujeres los mismos derechos civiles que gozan los hombres, [negar el género] es pasar por encima de la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 1953, la Convención de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1951, que dispone sobre igualdad de retribución entre los géneros, la Convención de la OIT de 1952 sobre el amparo materno, el Convenio de la OIT de 1958 que dispone sobre la discriminación en materia de empleo, la [resolución de la] 156 de la OIT de 1981, que extiende a los hombres la responsabilidad sobre la familia, la Convención Americana de Derechos Humanos de San José, la Convención Mundial de Mujeres de la Ciudad de México, que reconoció el derecho el de la mujer a la integridad física, incluso, a la autonomía de decisión sobre su cuerpo y el derecho a la maternidad opcional, la Convención para Eliminar Todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer, de 79, así como las conferencias mundiales sobre la mujer de Copenhague y Nairobi, de 80 y 85, también la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, que tuvo lugar en Belem do Pará de 1994 y una serie de compromisos internacionales asumidos por Brasil en nombre de la igualdad de género. En esta casa, las mujeres y las niñas reclutadas en sus comunidades religiosas muestran carteles que dicen no al género (GGB, 2015)

El machismo impacta el aprendizaje y la autopercepción de niños y niñas. La forma en que los alumnos son evaluados y percibidos por los adultos impactan fuertemente la percepción que tienen de sí. Aunque diversos roles de género se pasan de generación en generación de manera explícita, existen prejuicios invisibles, currículos ocultos de la educación. Uno de ellos fomenta la idea de que los niños son más talentosos para Exactas y serán mejores científicos, ingenieros y técnicos de informática, pero una investigación reciente, divulgada por The New York Times, ayuda a deconstruir este mito.

Pensando sobre el origen de esa ausencia femenina en las áreas de exactas, investigadores de la Universidad de Tel Aviv condujeron un experimento con 3 grupos de alumnos, desde la 6ª serie hasta el final de la escolaridad. Cada alumno hizo dos pruebas idénticas sobre una serie de materias, y las pruebas fueron corregidas por 2 grupos de profesores: uno que sabía los nombres de los alumnos (y por lo tanto era capaz de deducir el sexo de ellos) y uno que corrigió pruebas anónimas (GDE, 2009).

Mientras las respuestas de los alumnos eran idénticas, las correcciones fueron desiguales. El grupo de profesores que sabía los nombres dio notas mayores a los niños; la corrección anónima, en cambio, dio notas mayores para las niñas. Este efecto, sin embargo, sólo ocurrió con las pruebas de Matemáticas y Ciencias - las evaluaciones de inglés, por ejemplo, tuvieron correcciones parecidas. La conclusión de los investigadores fue que, en Matemáticas y Ciencias, los profesores sobreestimar las capacidades de los niños y subestimar las de las niñas, y que eso produce un efecto duradero. Cuando estos grupos de alumnos observados estaban cerca de la graduación, pocas niñas

mostraron interés por las áreas de Ciencias Exactas.

La desigualdad de género también afecta a los niños. Los estudios demuestran que el fracaso escolar y la evasión de jóvenes están vinculados a referencias de masculinidades difundidas socialmente. Una identidad masculina basada en la agresividad y en la indisciplina cada vez más alejados los niños de los bancos escolares en una proporción del 37,9% de ellos, según datos del IBGE en 2011, negándoles su derecho a la educación y reproduciendo una cultura de la violencia.

En cuanto al espacio educativo brasileño, los papeles se siguen reproduciendo, principalmente en los acontecimientos "lúdicos" de danza, teatro, deportes y otras manifestaciones que ocurren en la Institución Escuela. Las "territorialidades" son ejemplificadas a través de actividades para "niños" y "niñas" como reglas sociales, con códigos y significados que indican "feminidad" y "masculinidad" - en el sentido estricto -, de "normalidad" de funciones sociales previamente determinadas y determinadas y, por lo tanto, culturalmente impuestas. Si una niña se inscribe en el equipo de fútbol o un niño en el grupo de baile la "normalidad" es vista de forma peyorativa, "instintivamente" preconcebida, hiriendo de manera amplia la "feminidad" y la "masculinidad" indicada como regla ya partir de ese juicio de valor -y de otros-, se crean estigmas, chismes, rótulos, dudas, depreciaciones y juicios sin precedentes. (MACEDO, 2002)

El prejuicio sexual que se estimula a través de "chistes", "bromas" y varias maneras de bullying surge como automatizado y, muchas veces, se encuentra estereotipado a la luz del comportamiento conservador que aún está presente en diversos "Aparatos Ideológicos del Estado" (Althusser, 2007) como en las Escuelas, en las Iglesias, en la propia Familia, etc. Sobre el prejuicio, la segregación y el estigma es un hecho que necesitamos "descongelar" las actitudes que causan violencias e inferiorizaciones en la sociedad y congelar, combatir, impedir la intolerancia de tal forma que podamos orientar la capacidad cognitiva y formativa del ser humano para que, finalmente, sea un individuo eminentemente humano. Se reitera que el ser humano necesita "humanizar", conocer derechos, desarrollar aspectos sociales de la vida ciudadana, manifestar sus inquietudes y conquistar referencias de respeto mutuo, especialmente entre las llamadas minorías sociales.

Es inconcebible que en el Sistema Educativo no haga esta discusión. La propia Escuela como Institución necesita perfeccionar conocimientos y comprender que la sociedad es dinámica, que camina en constante transformación histórica y que los aclamados procesos educativos basados en la Teoría de la Educación necesitan de praxis social - sin pragmatismos forzados - para que acciones concretas, eficaces, los diálogos y reconocimientos de que podemos -y debemos- transmutar el desnivelamiento social, cultural y simbólico que aún habita la enseñanza brasileña (así como el todo social) sean hechos.

Otro aspecto a ser pensando es la relación entre prejuicio y religión pues discutir género es una lucha por la dignidad humana, por lo tanto, puede ser entendida como una lucha cristiana. Algunos líderes religiosos entienden que esta cuestión debe estar por encima de cualquier doctrina para que se pueda garantizar una educación laica. Tras la supuesta riña entre religiosos y activistas feministas y LGBT, las recientes polémicas que involucran la educación nos plantean reflexiones esenciales: ¿somos capaces, de la sociedad, de enfrentar nuestros abismos? ¿Somos capaces de acoger a las personas que sufren violencias cotidianas? ¿De crear un ambiente escolar capaz de mirar los desafíos de nuestro tiempo y proponer otra sociabilidad, pautada por la solidaridad y la empatía?

2. DISCUTIR PARA CONSTRUIR

Los documentos que deben ser construidos de manera participativa y democrática, los Planes Municipales y Estaduales de Educación deben ser elaborados conteniendo metas y estrategias para garantizar el derecho a la educación para la población de una determinada ciudad o estado en los próximos diez años. Con este propósito parte de la sociedad pide la inserción de la educación de género. La pastora luterana que es secretaria del Consejo Nacional de las Iglesias Cristianas de Brasil, expresa que es lamentable y, al mismo tiempo, aterrorizante, que la violencia contra la mujer no genera indignación. Son casos y más casos todos los días y queda por eso mismo. El cambio de cultura es gradual, por eso hay que empezar a hablar abiertamente sobre estos temas para que se sustituya una concepción de mundo patriarcal por una visión de mundo diversificada,

así que esta conversación es necesaria en todos los espacios, especialmente en las escuelas

Sobre la acción de los grupos que han hecho presión sistemática para que la palabra género ni siquiera esté mencionada en los Planes, Romi Bencke cree que ellos tienen dificultad en aceptar las transformaciones de la sociedad. Para ella hay una dificultad en aceptar que en los tiempos de hoy no cabe más a la religión normalizar la vida de las personas. Luchar con las autonomías es difícil, pero las religiones necesitan aceptarlo. La libertad humana es un valor que también se relaciona con la fe, según la pastora.

El enfoque de las cuestiones relacionadas con el género es esencial. Es importante que educadores y educadoras sean preparadas para abordar estos temas de forma madura e inclusiva. Brasil es un país en que la violencia está inserta en el cotidiano y un número significativo de casos tiene motivación sexista. Este es el caso de la violencia contra la mujer y la población LGBTTs, resultado de un país en el que prevalecen valores tradicionales que tienden a reforzar relaciones de poder desiguales y opresivas. Problematizar tales valores es también una tarea de la educación.

A partir del momento en que el tema de la diversidad sea efectivamente trabajado en las escuelas, la sociedad podrá dar pasos concretos para el cambio de percepción del mundo. Para ello hay que mirar los valores presentes en décadas anteriores y compararlos con la actualidad de manera que las personas vean que la historia es dinámica. En los últimos años, Brasil ha dado pasos importantes para la superación de la desigualdad económica y se hace necesario dar otros para la superación de todas las formas de prejuicio y discriminación.

Una de las funciones de la religión es la preservación de tradiciones, sin embargo, esta tarea necesita ser hecha en diálogo con el contexto histórico y social en el que se vive. Los papeles de género cambiaron de forma muy fuerte y rápida. Luego cambian también los roles sociales de los hombres y las mujeres.

Los modelos de familia de hoy son diferentes de los modelos de familia de principios del siglo XX, por ejemplo. No es posible para las iglesias decir lo que es un modelo de familia aceptable o no aceptable. Si en una determinada familia hay amor, respeto, cariño y diálogo, se puede decir que allí existe una familia, independientemente de que sean dos hombres, dos mujeres, una mujer o un hombre. En un contexto de irrespeto, agresiones y dominación de poder se puede decir que allí tenemos una familia con problemas, independientemente de quien la compone. Es lo que la religión debería evaluar y contribuir positivamente a transformar: las relaciones humanas. Contribuir positivamente a una cultura de paz.

De acuerdo con Romi Bencke (2015), en los grupos que actúan fuertemente contra los temas de género se percibe una resistencia en aceptar las transformaciones que ocurrieron en la sociedad y, en muchas de ellas, de manera rápida. Los cambios desestabilizan. Para reencontrar la seguridad, para mantener el mundo organizado, es necesario aferrarse a las concepciones que causan sensación de seguridad. Otra comprensión es la de que hay una dificultad en aceptar que en los tiempos de hoy no cabe más a la religión normalizar la vida de las personas.

La ideología es un conjunto de creencias e ideas que constituyen la visión del mundo de un determinado grupo o clase social. Las prácticas y valores sociales pueden corresponder a una ideología, pero no son ellos mismos una ideología. La ideología es siempre una representación social del mundo en un sentido más amplio. Así, las relaciones de género y sus representaciones sociales pueden expresar parte de una determinada ideología. Lo que se ha históricamente observado es que valores patriarcales han fundamentado las relaciones de género. Por su parte, tales valores pertenecen a una ideología dominante.

Cuando grupos propone el debate sobre las relaciones de género y reclaman cambios están problematizando una ideología que ha dominado y contribuido a las relaciones humanas pautadas en la desigualdad de poder entre los géneros. La problematización de las relaciones de poder es fundamental para que nuevas relaciones humanas y sociales sean forjadas.

3. SEGUIR SIN DISCUTIR

La última de las metas descritas en el documento, que traza estrategias para los próximos 10 años, trata de las políticas curriculares para combatir el prejuicio y garantizar el derecho a la diversidad de género. Entre otros ítems para garantizar el derecho a la diversidad de género, el Plan Municipal de Educación propone la garantía de acceso de los transexuales y travestis al baño de acuerdo con su identidad de género, el derecho del uso

de nombres sociales en lista de presencia y el combate al prejuicio ya la discriminación de personas según su orientación sexual. Cuestión que no agrada a las Iglesias Cristianas.

Por medio de documentos algunas archidiócesis sugieren que, con el propósito de superar discriminaciones, se desconsideren las diferencias. En ese sentido, el texto dice que el respeto a las minorías no puede imponer a toda costa la destrucción de valores consagrados en el ámbito familiar "y que la" ideología de género representa una distorsión completa al concepto de hombre y mujer. La iglesia católica cuestiona también la imposición al Estado en la tarea de estimular por la educación a los niños para que refrenen sus disposiciones biológicas, añadiendo que es de los padres la autoridad sobre la educación de los hijos en temas como moral y sexualidad.

El posicionamiento queda claro en la Carta Circular de la Conferencia Nacional de Obispos de Brasil de la Regional Nordeste en la que se habla de ideología de género y se exhorta a los cristianos a ser contrarios a la aprobación de la temática.

(...) Incumbe, como Pastores Cristianos, saber exactamente lo que es esa ideología bastante comentada, pero poco definida, cuáles son sus objetivos, y cuál debe ser nuestra posición ante ella. La ideología de género es un intento de afirmar para todas las personas que no existe una identidad biológica en relación a la sexualidad, quiere decir que el sujeto, cuando nace, no es hombre ni mujer, no posee un sexo masculino o femenino definido, pues, según la ideología de género, esto es una construcción cultural y social. Un documento de Conferencia Episcopal Peruana, tal vez el más completo realizado sobre este tema en términos eclesiales, revela que detrás de esta ideología está una estructura de destrucción social. Según ese documento "Está claro, por lo tanto, que la meta de los promotores de la perspectiva de género, fuertemente presente en Pekín, es alcanzar una sociedad sin clases de sexo. Por eso, proponen el derrumbe del lenguaje, las relaciones familiares, la reproducción, la sexualidad, la educación, la religión, y la cultura, entre otras cosas. De acuerdo con la ideología de género, el sexo ya no es considerado un elemento dado por la Naturaleza, y que el ser humano debe aceptar y establecer un sentido personal para su vida. Nosotros los Obispos de Ceará afirmamos que no se pueden desconsiderar aspectos biológicos y psicológicos originarios de la propia naturaleza. El ser humano nace masculino o femenino, en eso se expresa su identidad (CNBB, 2015, pp. 1-2)

En el caso de las iglesias católicas y neopentecostales ellas están consiguiendo derribar cualquier referencia a género de Planes Municipales de Educación (PMES) y Planes Estatales de Educación (PEE), bajo el argumento de que estos estarían destruyendo el papel de la familia en educar a sus hijos.

En el caso de la capital cearense, por ejemplo, se retiraron los puntos sobre "denuncias de violencias y discriminaciones de género e identidad de género, raza / etnia, origen regional o nacional, orientación sexual, deficiencias, intolerancia religiosa", "acciones continuas de formación la comunidad escolar sobre sexualidad, diversidad, relaciones de género y Ley Maria da Penha". También se han eliminado: "propuestas pedagógicas que incorporen contenidos sobre sexualidad, diversidad en cuanto a orientación sexual, relaciones de género e identidad de género ", así como ampliar la formación de profesionales, a fin de superar "prejuicios, discriminación, violencia sexista, homofóbica y transfóbica en el ambiente escolar".

El plan sigue los pasos del Plano Nacional de Educación, eliminando del texto final lo que la Casa llamó "leitmotivs clásicos de la ideología de género". Además de los PME, ocho estados tuvieron que modificar el texto de sus PEE (planes estatales de educación) bajo presión de las bancadas religiosas por una visión de determinada parcela de la iglesia, el debate no fue más amplio y no hubo entendimiento de que no hay intención de dar al adolescente a si él va a ser hombre o mujer y sí educar sobre el enfrentamiento a la discreción. La posición de esos grupos y hasta sorprendente pues la cristiandad presupone compromiso contra la discriminación, el prejuicio y la desigualdad.

Las contradicciones que demuestran grupos ligados a la Iglesia -la CNBB, por ejemplo, declaró que "la introducción de esa ideología en la práctica pedagógica de las escuelas traerá consecuencias desastrosas para la vida de los niños y de las familias" - también sorprende la especialista Jane Felipe, coordinadora de la investigación. de Género, Amor Romántico y Familias: Entre Ideales e Invisibilidades, Los Malos-Tratos Emocionales y La Muerte, del

programa de postgrado en educación de la Universidade Federal del Rio Grande do Sul.

Se trata de religiones que deberían primar por los derechos humanos, por el amor al prójimo, por el respeto al otro. Y son precisamente ellas las que se plantean contra la promoción de esos valores ", condena. "Lo que percibimos es una profunda ignorancia de esos grupos sobre lo que están llamando" ideología de género ". No saben lo que están hablando. Usan la masa de maniobra que nunca estudió los conceptos para protestar en las Cámaras. (FELIPE, 2013 p.86)

La investigadora lamenta que algunos legisladores se muestren "truculentos" cuando deberían tener cierta preparación y recuerda: los niños poseen sexualidad e identidad, entonces es papel de la escuela también discutir cuestiones de género en cualquier disciplina.
Miembro del Laboratorio de Psicología Escolar y Educativa de la UFSC, Marivete Gesser explica que el género puede ser caracterizado como una construcción discursiva sobre nacer con un cuerpo con genitales masculinos o femeninos y, por medio de normas sobre masculinidad y feminidad, nos vamos construyendo como sujetos "generalizados". El prejuicio de género está relacionado a esos discursos sociales que naturalizan lugares sociales para hombres y mujeres, así como patologizan aquellos que se ponen de modo distinto de lo esperado socialmente (GDE, 2009)

Según la profesora del programa de postgrado en Psicología de la Universidad Federal de Santa Catarina, el prejuicio de género atraviesa todas las instituciones sociales: familia, escuela y Estado, justificando una amplia discusión en políticas públicas de educación, salud, justicia y asistencia social La escuela ha sido un espacio privilegiado para discutir estas cuestiones y los profesores han sido actores importantes en el combate a las desigualdades. Por eso veo como gran retroceso la retirada de las menciones relacionadas con la igualdad de género de documentos como el PNE y PYME. Cuando se discute la cuestión de género por una perspectiva que va en contra de los patrones dominantes de masculinidad y feminidad, se contribuye a la disminución de la homofobia incluso.

La encuesta realizada entre el MEC, el Instituto Nacional de Estudios e Investigaciones Educativas Anísio Teixeira (Inep) y la Dirección de Estadísticas Educativas muestra que de los 49.771.371 matriculados en diferentes niveles de la Educación Básica en 2014, 24.620.520 eran del sexo femenino y 25.150.851 del sexo masculino - hay diferencias entre varones y niñas heterosexuales, homosexuales y transgéneros, que pueden llegar a ser verdaderas barreras geográficas, con divisiones y rivalidades dentro de la escuela. Es importante discutir género en la escuela no para negar o mostrar otras posibilidades, pero para promover el respeto a la diversidad, lo que viene junto con cuestiones como la étnica racial. No se trata de enseñar al niño a ser así o asado, sino a hacer que ella respete quién es diferente y pueda entender que la gente tiene otra opción.

Para María Elisa Brandt, doctora en sociología y especialista en políticas públicas del Gobierno de São Paulo, la palabra género es necesaria para dar visibilidad a la discriminación.

Para ella es un retroceso para los derechos humanos que está siendo promovido por el pensamiento conservador y por las bancadas religiosas intolerantes de los legislativos brasileño.

La expresión que los conservadores han usado, "ideología de género", es una falsa noción, porque el concepto de género no tiene un marco ideológico y, sí, sociológico. El género es una palabra acuñada para lidiar con las relaciones de poder y discriminación que siempre existieron, en torno a las identidades y roles asociados al masculino y femenino más allá del sexo biológico para decir que existe la discriminación contra lo femenino. Esto fue una construcción de derechos humanos discutida en diversas conferencias de la ONU y Brasil firmó compromisos en relación a eso. En el marco del Plan Nacional de Educación, pero ahora los Estados y los municipios tienen la oportunidad de reanudar el debate (RIOS, 2006)

Al fin queda claro que el hecho de que en un estado laico la iglesia todavía sigue imponiendo sus puntos de vista en la legislación aclara que hay mucho que cambiar. No debatir es un argumento para darse invisibilidad, es un subterfugio creado por personas que creen que ser gay es una enfermedad. Es preciso, justamente, visibilizar todas las formas de discriminación. La escuela es un espacio de construcción de la identidad. Por eso es importante que asuma que la sociedad es racista, sexista, homofóbica y cree reglas para que sea un espacio más tolerante. Este es el único medio para generar personas mejores en el futuro. En todas las edades se puede hacer un tratamiento respetuoso de estas cuestiones.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

1. ABANT. (2015) *Manifesto pela Igualdade de Gênero na Educação.* Disponible en www.portal.abant.org.br/images/Noticias/. Acceso: 27 set 2018.
2. ALTHUSSER L. (2007). *Aparelhos Ideológicos de Estado*. São Paulo: Graal Editora. Brochura. 10ª ed. São Paulo.
3. BLENKE, R. (2015). *Pastora defende a abordagem de questões de gênero na educação. 11 de junho de 2015.* Disponible en https://www.brasildefato.com.br/node/32246/ Acceso 28 set 2018.
4. BOURDIEU, P. (1999) *A dominação masculina.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
5. CANDAU, V. L. (2008). Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença. PUC. *Rev. Bras. Educação* (Rio de Janeiro), 3(37).
6. FELIPE, J. (2016), Maus-tratos emocionais e formação docente. *Entrelaçando gênero e diversidade : violências em debate.* / Nanci Stancki da Luz, Lindamir Salete Casagrande (org.). – Curitiba: Ed. UTFPR, 2016.
7. GDE: Gênero e Diversidade na Escola. (2009) *Módulo 2, G*ênero, Unidade 1, Texto 4: Construção social da identidade adolescente/juvenil e suas marcas de gênero, Ministério da Educação, UFPA.
8. GDE: Gênero e Diversidade na Escola. (2009). *Módulo 3, Sexualidade e orientação sexual, Unidade 1, Texto 1: Homem ou mulher, que pergunta é essa?* Ministério da Educação, UFPA.
9. GRUPO GAY DA BAHIA (2015). *Relatório 2013-2014*. Disponible en https://homofobiamata.files.wordpress.com/2015/01/relatc3b3rio-2014s.pdf. Acceso: 26 set 2018.
10. MACEDO, M. (2002) Relações de gênero no contexto urbano: um olhar sobre as mulheres, in: *Perspectivas de Gênero: Debates e questões para as ONGs*, 2002. Disponible en redemulher.org.br. Acceso 29 set 2018.
11. RIOS, R. R. (2006). Para um direito democrático da sexualidade. *Horizontes Antropológicos* (Porto Alegre), 12(26), pp. 71-100.
12. SOARES, B. (2006). A Violência Doméstica e as Pesquisas de Vitimização. D*ocumento apresentado no II Encontro Nacional de Produtores e Usuários de Informações Sociais, Econômicas e Territoriais – CONFEST. IBGE,* Rio de Janeiro, 2006. Disponible en http://www.ibge.gov.br/confest_e_confege/pesquisa_trabalhos/arquivosPDF/M705_01.pdf>.

PERSPECTIVAS DE REPARAÇÃO NO CASO SAMARCO: INDIVISIBILIDADE, INTERDEPENDÊNCIA E DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS

Letícia Soares Peixoto Aleixo
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); Orientadora acadêmica da Clínica de Direitos Humanos da UFMG (CdH/UFMG); Integrante do Coletivo para o Acesso à Justiça Internacional (CAJIL) e Assessora técnica pelo Projeto Diálogos Comunitários no Caso Samarco.

Sophia Pires Bastos
Graduanda em Direito pela UFMG; Monitora do Grupo de Estudos em Direito Internacional dos Direitos Humanos (GEDI-DH); Pesquisadora bolsista do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição (CJT/UFMG); ex-Integrante da CdH/UFMG.

RESUMO

Passados mais de dois anos do rompimento da barragem de Fundão, considerado o mais grave caso de desastre tecnológico envolvendo barragens de rejeito de mineração no mundo, não há ainda diagnóstico socioeconômico dos danos causados nem a implementação de um plano de reparação integral às vítimas e familiares. O presente artigo propõe analisar a (in)aplicação de medidas reparatórias no caso Samarco a partir da compreensão de que o processo reparatório deve ser conduzido sob a ótica da justiça restaurativa, com a participação das vítimas; da insuficiência das indenizações, com a necessidade de conjugação de medidas proporcionais aos danos materiais e imateriais; e da violação de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais enquanto categoria de proposição de medidas mais adequadas e efetivas.

Palavras chave

Reparação; meio ambiente; Caso Samarco; direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

ABSTRACT

Over two years from the Fundão's dam break, considered the most severe technological disaster involving mining tailings dams worldwide, still there's neither socioeconomic diagnosis of the damages nor the implementation of an integral reparation plan to the victims and their families. This article intends to analyze the (in)application of reparatory measures in the Samarco case from the understandings that the reparatory process must be conducted through the lenses of restorative justice, with the participation of the victims; the insufficiency of indemnities, with the need to combine proportional measures to material and immaterial damages; and violations of economic, social, cultural and environmental rights as category to proposition of more adequate and effective reparatory measures.

Keywords

Reparation; environment; Samarco case; economic, social, cultural and environmental rights.

1. INTRODUÇÃO

"Engraçado como a empresa trata tudo como se fosse festa enquanto esse lugar [a Organização das Nações Unidas] trata tudo como se fosse farmácia". Essas foram as palavras de Iná,[1] atingida pelo rompimento da barragem de Fundão, após sua participação na Terceira Consulta Regional sobre Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas, em Santiago do Chile, em dezembro de 2017. Sua vida, hoje em dia, foi tomada integralmente pela luta por reconhecimento e garantia de seus direitos básicos, violados pelo mais grave caso de desastre tecnológico[2] envolvendo barragens de rejeitos de mineração no mundo. Iná é integrante da Comissão de Atingidos pelo Rompimento da Barragem de Fundão (CABF) de Mariana, Minas Gerais, o epicentro da tragédia, e é uma das

representantes de um dos distritos totalmente arruinados pelos mais de 40 milhões de metros cúbicos de lama de rejeitos despejados no Rio Gualaxo do Norte.

A lama da Samarco Mineração S.A. (Samarco), *joint venture* da BHP Billiton Brasil LTDA. (BHP Billiton), e da Vale S.A (Vale) percorreu cerca de 850 quilômetros ao longo do Rio Doce; arruinou por completo dois distritos marianenses; matou 19 pessoas; causou um abortamento; desabrigou cerca de 600 famílias e deixou milhares sem abastecimento de água; acarretou a morte de toneladas de peixes e outros seres aquáticos; retirou a fonte de renda de comunidades inteiras; afetou a saúde local em termos ainda não conhecidos; assolou a espiritualidade de um povo indígena.

Passados mais de dois anos da tragédia, é possível nomear diversos direitos violados – à vida, à integridade, à propriedade, à água, à saúde, ao meio ambiente, à integridade cultural, à memória e à verdade, ao acesso à informação. Contudo, não há ainda diagnóstico socioeconômico dos danos causados e, muito menos, a implementação de um plano de reparação integral às vítimas e a seus familiares que seja conduzido sob a ótica da justiça restaurativa, indo além de meras indenizações e que considere as peculiaridades do caso concreto, bem como a participação ativa e efetiva dos indivíduos concernidos. Trinta meses pós-desastre e abrandado o interesse midiático e internacional no caso, aquilo que foi tido como a pior tragédia ambiental da história do Brasil tem se mostrado uma tragédia humanitária em caráter crescente e contínuo.

O presente artigo, além de narrar esforços empreendidos na mitigação dos danos causados em razão do rompimento da barragem de Fundão, pretende trazer contribuição para o debate acerca da reparação possível em caso de tamanha magnitude. Para isso, divide-se em duas partes, além desta introdução e das considerações finais. Num primeiro momento, explicita-se a luta cotidiana de pessoas que, como Iná, tiveram que aprender termos jurídicos, estratégias e saberes estranhos ao seu mundo para prosseguir na empreitada da retomada da vida da qual foi forçadamente retirada. Em seguida, traçar-se-á o panorama dos parâmetros internacionais gerais em matéria de reparação a violações de direitos humanos, destacando avanços recentes em matéria de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, em busca do possível para as vítimas do Caso Samarco.

2. O CASO SAMARCO:[3] TRÊS ANOS APÓS O COLAPSO DE FUNDÃO

Apesar da imensa repercussão nacional e internacional do Caso Samarco no "pós-rompimento" da barragem de Fundão, em 05 de novembro de 2015, o colapso da barragem de rejeitos constitui apenas marco temporal específico e concreto em que o conflito socioambiental pré-existente passa a ser reconhecido como tal. Afinal, o histórico da mineração na região remonta há mais de 300 anos e, desde então, representa um acúmulo de degradação ambiental, ruptura dos modos de produção tradicionais da região, aprofundamento da dependência das comunidades locais[4] com elementos externos e extração de riquezas para exportação, sem gerar desenvolvimento local.[5] Essa lógica que apenas revela o conflito "pós-desastre", supostamente "natural" ou "acidental", cria uma armadilha reiterada em inúmeros outros episódios dessa natureza e que acarreta, propositalmente, o desaparecimento do agente causador da tragédia.[6]

Inúmeras são as palavras ou expressões utilizadas pelas empresas causadoras da tragédia que minimizam ou invisibilizam danos e violações de direitos. Tal é o caso, por exemplo, dos "beneficiários" constantes de termos de concessão de auxílio financeiro emergencial decorrente do "evento". Conforme nos recorda Iná, "evento é festa e o que aconteceu está longe de ser uma festa", assim como esses auxílios "não foram dados de presente pelas empresas". Ao contrário, foram resultado de acordo judicial em Ação Civil Pública proposta na Comarca de Mariana, firmado após pressão das comunidades atingidas, grupos de apoiadores da causa e Ministério Público de Minas Gerais.[7] No mesmo sentido, em textos, entrevistas ou falas de representantes das empresas, o desastre-crime aparece como "acidente" que causou "impactos", o que tenta retirar a responsabilidade ou ao menos o foco dos responsáveis e minimizar os danos e violações de direitos causadas.

No linguajar jurídico, "agente causador da tragédia" se transmuta em "agente responsável pelo dano", dado que a ideia de responsabilidade surge da expectativa de que não se descumpra uma obrigação explícita ou tacitamente assumida e do correspondente dever de reparar eventual

dano que surja de tal inadimplemento:[8] aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.[9] A reparação consiste, assim, na tentativa de fazer cessar o ilícito e de se restaurar a situação ao momento anterior ao ato ou omissão respectivo, suprindo ou anulando suas consequências.

A complementaridade indispensável entre o dano e a reparação é chamada por Cançado Trindade de "todo indissolúvel", do que decorre, segundo o juiz, a imediatidade da última frente ao primeiro – "reparações não podem ser atrasadas ou adiadas".[10] No caso de violações de direitos humanos ou das correlatas obrigações de respeitá-los e garanti-los, o dever de reparar é consequência direta e imediata do dano causado, consequência esta amplamente aceita e consolidada como princípio geral de direito. Porém, as perspectivas reparatórias do caso Samarco não são simples nem promissoras até o presente momento.

Em primeiro lugar, porque a simples ocorrência do desastre já evidencia o despreparo e a insuficiência do Estado em fiscalizar os empreendimentos que ele mesmo licencia. Para além disso, resta a contradição existente entre esse Estado-fiscalizador, ainda que de forma precária, e o Estado-financiador desses empreendimentos, seja via investimento direto seja via concessão de isenção de tributos às empresas. Conforme o inquérito, vários foram os fatores que levaram ao rompimento da barragem de rejeitos, porém, tudo isso precedido de uma série de irregularidades do próprio processo de licenciamento ambiental, envolvendo o descumprimento de condicionantes ambientais e a falta de garantia do direito de participação e de informação.[11] O caso apresenta, portanto, facetas tanto da responsabilidade da empresa quanto do próprio Estado brasileiro, pela omissão do dever de fiscalizar.

No mesmo sentido, o "pós-desastre" se encontra com o despreparo das estruturas de defesa civil, de saúde e judiciárias para lidar com sua ocorrência. Para narrar apenas a situação de Mariana, o deslocamento físico forçado de cerca de 500 famílias em situação de extrema vulnerabilidade dos distritos destruídos pela lama para o centro urbano marianense gerou o colapso do sistema de saúde, incapaz de absorver tamanha demanda. Da mesma forma, lida-se com aspectos grotescos de desigualdades estruturais, como as relações de poder que permeiam as possibilidades de acesso à justiça. Mariana não contava, em novembro de 2015, sequer com um Defensor Público,[12] enquanto as empresas mantêm jurídicos internos robustos e contratações dos tidos como melhores escritórios de advocacia do Brasil.

Nesse contexto desigual, o processo de reparação de danos passa a constituir-se como disputa entre empresas e vítimas em torno de questões acerca do acontecimento. Qual a extensão espacial dos danos? Qual a extensão qualitativa dos danos? A quem se deve reparar? Quem diz como reparar? A dinâmica do dia a dia, porém, extenua aos atingidos e atingidas e os distancia de toda uma discussão estratégica na esfera macro.

Exemplo disso foi a assinatura do Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC), em março de 2016, entre Samarco, Vale, BHP, estados de Minas Gerais, Espírito Santo e União.[13] Por este instrumento, toda a inversão de valores e pressupostos foi colocada em prática: a União e os estados, responsáveis pela fiscalização do empreendimento que colapsou, tornaram-se autores da ação de reparação de danos; as empresas responsáveis pelos danos – Samarco, Vale e BHP – sumiram de cena com a criação de uma fundação de direito privado, a Renova, que deverá executar 41 programas para a reparação dos danos causados – não por ela; mecanismos contratuais que blindam o acesso à justiça das vítimas foram oficializados, bem como cláusulas abusivas de quitação integral de reparação.

Ao mesmo tempo, os principais interessados nas medidas reparatórias, os atingidos, foram total e abertamente excluídos da elaboração e negociação do acordo e da dinâmica de governança da Renova. Não foram sequer consultados acerca da pertinência dos programas estruturados – muito embora o conceito de reparação de violações de direitos humanos tenha sofrido alterações ao longo do tempo e do desenvolvimento dos parâmetros internacionais de proteção para integrar vítimas como "beneficiários últimos" das medidas de reparação.[14] Nesse sentido, a centralidade das vítimas na concepção, operação e monitoramento do processo reparatório possibilitou o reconhecimento da reparação integral como um direito do indivíduo, não se tratando apenas de métodos disponíveis para um Estado remediar um ilícito e se "livrar" da aplicação de sanções pela comunidade

internacional. O processo reparatório deve ter como fim último a realização do ser humano e a restauração de sua dignidade.[15]

O acordo foi posteriormente questionado pelo Ministério Público Federal (MPF), alegando justamente falta de participação dos atingidos, o que acarretou a suspensão de sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ).[16] Porém, ainda que esteja invalidado do ponto de vista jurídico, é ele que vem regendo, aos trancos e barrancos, a atuação da Fundação Renova ao longo da Bacia do Rio Doce, com conivência do Poder Público e de forma a blindar os nomes que realmente importam no cenário de responsabilização: Samarco, Vale e BHP Billiton. Tenta-se, hoje, uma rediscussão gradual dos termos do acordo, em especial para que se altere a estrutura de governança vigente, o que vem encontrando obstáculos colocados pelas empresas e pelo Estado brasileiro.

A falta de perspectiva para um acordo estruturante justo e a perpetuação – quando não o agravamento – das violações de direitos humanos vem levando ao ajuizamento de milhares de ações individuais ao longo de toda a Bacia do Rio Doce, outras tantas ações coletivas, além de toda uma movimentação extrajudicial, com inquéritos, procedimentos administrativos e tentativas de acordos. Daí porque a opção pela via extrajudicial para a solução de caso paradigmático de violações de direitos humanos por empresas exige um desenho institucional que efetive os direitos das vítimas. Enquanto isso, essas pessoas atingidas têm levado vidas provisórias que se perpetuam há mais de dois anos em circunstâncias distintas das que almejavam.[17] Além das inúmeras reuniões das quais participam diariamente na esperança de uma solução mais célere para a situação na qual foram colocadas, veem-se distantes dos antigos vizinhos e parentes e cerceados de produzir conforme seu modo de vida.

Em razão da perda de renda, muitas famílias vivem hoje do já referido auxílio financeiro emergencial, acordado judicialmente, mas insuficiente para manter o padrão de vida ou mesmo a subsistência digna dos núcleos familiares. Iná, a atingida citada no início deste trabalho, sempre recorda que "nunca dependeu de empresa" e que "só quer sua vida de volta". No entanto, é discriminada por parcela da população marianense, que entende serem os "beneficiários" do auxílio fornecido pelas empresas verdadeiros aproveitadores. Tal distorção de entendimento talvez decorra do elevado grau de dependência econômica e social da cidade em relação à mineração, que hoje se vê interrompida e é causa do grande desemprego local, o que desloca o conflito a um problema de retomada da atividade econômica.

Somado a isso, muitos atingidos enfrentam a dificuldade de adaptação à vida urbana da sede de Mariana, a depressão, a insegurança em relação ao futuro e o desafio de lidar e negociar cotidianamente com a empresa que lhes causou o maior mal de suas vidas.[18] O atraso no início das obras dos reassentamentos coletivos de Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo desmantela cada vez mais as comunidades, seja ao aprofundar a angústia dos mais velhos, que dizem acreditar que não estarão vivos quando do reassentamento – pelo que passam a procurar outras vias em busca de moradia digna –, seja pelo desmonte da vontade dos jovens em retornar para suas comunidades de origem, já que residentes há mais de dois anos no centro urbano e, incertos quanto ao retorno, acabam por traçar outros planos de vida.

No mesmo sentido, estão os que continuam a viver no rastro da lama de rejeitos. Comunidades muitas vezes esquecidas pela narrativa do desastre hoje vivem às margens de um rio assoreado e contaminado com metais pesados, sem sinal de telefone e, por vezes, sem equipamentos públicos ou em situação de isolamento comunitário. A proposta das empresas para as famílias que, desta vez, não tiveram suas casas levadas pela onda de lama, mas que sofrem por saberem estar contempladas no estudo de *dam break* da barragem de Germano e temerem a repetição do desastre é simples: manter as casas onde estão.

As famílias dessas chamadas "demais comunidades rurais"[19] também foram as que por mais tempo conviveram (ou ainda convivem) com os rejeitos e, por esse motivo, mais temem os impactos à saúde. Estudos recentes evidenciaram a contaminação por metais pesados no sangue de atingidos que se submeteram a exames em Barra Longa.[20] Entretanto, em Mariana e demais regiões da Bacia do Rio Doce, estudos como esses ainda não foram realizados, restando a dificuldade de acesso à informação em relação aos componentes do rejeito despejado nas comunidades e a incerteza em relação à saúde animal e humana a curto, médio e longo prazo.

Dito isso, é simples a constatação de que o conjunto de medidas levadas à cabo nos territórios atingidos até o presente momento não passam de ações paliativas que não atendem às necessidades e expectativas dos atingidos, e que são muitas vezes insuficientes para mitigar danos crescentes de um desastre tamanho. Nos termos do "acordão" firmado – o TTAC – e na prática, são os braços das empresas violadoras de direitos humanos que estão reconstruindo, a seu modo, as vidas nos territórios.

Uma evidência simples desse fato é o controle de acesso realizado pela Samarco em Bento Rodrigues. É certo que o Bento, atualmente, apresenta riscos aos visitantes, não mais apenas pela proximidade do complexo minerário da Samarco, mas também pelo risco de desmoronamento dos escombros deixados pela lama. Ocorre que os moradores, proprietários da localidade destruída, querem continuar a frequentá-la, em razão do vínculo com o território e, inclusive, em memória às vítimas da tragédia. E, o controle de acesso instalado pela empresa blinda a possibilidade desses moradores irem e virem do que restou de suas antigas vidas, mas infelizmente não os saques que continuam ocorrendo no antigo Bento.

Outro ponto que também revela o controle da forma e do processo reparatório pelas empresas é o chamado Cadastro Integrado. O instrumento proposto unilateralmente pelas empresas tratou-se de um formulário extenuante, invasivo e muito distante da realidade local. Afinal, "quantos pés de açaí foram perdidos" não é pergunta pertinente na região da Bacia do Rio Doce. Em sentido diverso, mas igualmente questionável, a "qual canal de televisão" a família assiste ou assistia revela uma intromissão desnecessária na intimidade do núcleo familiar a ser cadastrado. Para além da inadequação técnica do formulário, amplamente discutida em pareceres do Grupo de Estudos em Temáticas Ambientais da Universidade Federal de Minas Gerais (GESTA/UFMG)[21] e do Ministério Público Federal, o Cadastro Integrado obedece à lógica do TTAC, o que significa dizer que apenas têm direito a ser cadastrado aquelas categorias de pessoas elencadas como "impactadas diretas"[22] no rol do referido "acordão". Nessa lógica, os "impactados diretos" são levados ao PIM – o Programa de Indenização Mediada –, outra aberração jurídica que vem celebrando acordos indenizatórios irrisórios ao longo da Bacia do Rio Doce, dos quais constam cláusulas de quitação integral e impossibilidade de questionamento na esfera judicial.

É no mínimo estranho que um programa que se propõe base de dados de todos os outros que devem ser conduzidos pela Renova delimite antes mesmo de um diagnóstico socioeconômico o "público" a ser cadastrado. É extinguir a subjetividade e a compreensão do dano, que é o que pode levar ao auto reconhecimento do indivíduo como atingido pelo rompimento da barragem de Fundão. Mas, claro, não interessa às empresas o auto reconhecimento, como não interessa o levantamento das perdas imateriais, dos vínculos culturais e territoriais, das relações sociais e ambientais existentes antes da passagem da lama. Em relação a todos esses elementos e direitos, o cadastro da Samarco é silente.

3. ALCANÇANDO REPARAÇÕES INTEGRAIS

Conforme visto no tópico anterior, as empresas-rés do Caso Samarco resistem a levantar e, por conseguinte, reparar adequadamente justamente os danos referentes aos direitos sociais, culturais e os aspectos humanizados dos danos ambientais causados pelo rompimento da barragem de Fundão. Ocorre não ser possível tornar concreto o ideal da reparação integral com a inversão de pressupostos que se opera hoje no território atingido.

Além de ser pensado de forma holística, sob a perspectiva das vítimas, a realização do imperativo de justiça contido no dever de reparar se reflete não apenas na necessidade de se tomar as providências cabíveis no menor espaço de tempo possível, mas, sobretudo, em escolher a(s) medida(s) reparatória(s) mais adequada(s) e eficiente(s) no caso concreto. Isso porque, conforme amplo desenvolvimento jurisprudencial, existem diversas espécies de reparação, comumente agrupadas em: a) restituição; b) compensação; c) satisfação; d) reabilitação; e e) não repetição, que podem ser conjugadas entre si, conforme comentário da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas:

Segundo o direito internacional, os Estados têm o dever de adotar, quando a situação o requer, medidas especiais a fim de permitir a concessão de uma reparação rápida e plenamente eficaz. A reparação deverá resultar em soluções de justiça,

eliminando ou reparando as consequências do prejuízo sofrido, assim como evitando o cometimento de novas violações através da prevenção e a dissuasão. A reparação deverá ser proporcional à gravidade das violações e do prejuízo sofrido, e compreenderá a restituição, compensação, reabilitação, satisfação e garantias de não repetição.[23]

A Comissão de Direito Internacional (2001), em seu Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional do Estado por Ilícitos Internacionais, consolidado como fonte consuetudinária no Direito Internacional, tratou de dispor sobre as três primeiras formas, mais comuns, de reparação. Assim, a restituição (*restitutio in integrum*) é concebida como a primeira medida a ser aplicada, uma vez que, a princípio, as reparações devem ter o efeito de cessar o ato ilícito e restabelecer a situação existente anterior ao dano (*status quo ante*). Contudo, a restituição só será cabível desde que não seja materialmente impossível nem acarrete ônus completamente desproporcional face aos benefícios da aplicação de outras medidas reparatórias.[24]

Um bom exemplo de restituição cabível no Caso Samarco são os reassentamentos (coletivos ou familiares) e reconstruções das comunidades arruinadas pela lama de rejeitos em restituição pela violação do direito à moradia. Nesse ponto, por certo, não basta a construção de moradias para as famílias desabrigadas, mas a observância dos parâmetros internacionais de moradia adequada[25] e dos critérios e diretrizes apontados pelas famílias. Importa, ainda, frisar a importância de se incentivar a opção das vítimas pela modalidade de restituição do direito à moradia, de forma a garantir não apenas o abrigo digno e adequado, mas especialmente a retomada do modo de vida das comunidades. Tal medida reduziria, ainda, o acesso direto aos subsídios ou indenizações pela destruição material das moradias, que poderiam ser utilizados pelas vítimas da forma como melhor entendessem, mas não necessariamente de maneira a garantir moradia a todas as famílias. Por exemplo, no caso *Massacres de Ituango Vs. Colômbia*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) determinou que o Estado deveria garantir moradia onde as vítimas optassem por viver.[26] Visando cumprir tal ordem, o Estado optou por repassar o dinheiro às vítimas para que as próprias adquirissem as moradias na localidade que desejassem. O repasse em dinheiro, contudo, resultou na permanência de muitas das vítimas como desabrigadas ao final do processo,[27] o que pode ser evitado no Caso Samarco.

Já as medidas de compensação devem cobrir "qualquer dano susceptível de mensuração financeira, incluindo lucros cessantes".[28] Apesar de serem as mais comuns e lembradas nos âmbitos internacional e doméstico,[29] recorrer apenas a esta forma de reparação equivaleria reduzir o humano e seu sofrimento a um valor monetário. A justa indenização, assim, compreendida pela Corte IDH desde o caso *Velásquez Rodríguez* (1989) como uma das formas de compensação pelos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos em virtude da violação é insuficiente para, *per se,* reparar integralmente certos tipos de violação de obrigações internacionais, como são as violações de direitos humanos. No caso em questão, seria possível pensar tanto em compensações individuais como coletivas. Ainda na esfera do reassentamento, é de se considerar que os terrenos onde as comunidades serão reassentadas não serão necessariamente iguais ou melhores que os terrenos de origem, ainda que tenham sido escolhidos pelas comunidades. Assim, características hídricas, de relevo, de solo, etc. devem ser compensadas conforme metodologias e parâmetros acordados com os atingidos.

Por sua vez, a satisfação consiste no reconhecimento da violação por parte do responsável, seja por expressão de arrependimento, seja por uma desculpa formal, seja por outra modalidade apropriada.[30] Aqui se pretende revelar a verdade e garantir a memória e a justiça para as vítimas, em uma tentativa de reafirmar sua dignidade e evitar que violações similares venham a se repetir no futuro.[31] Os atingidos pelo desastre provocado pela Samarco sempre expressam seu desejo no sentido de tornar as terras de origem, arruinadas pela lama, em espécie de memorial. Trata-se de medida de satisfação, na proporção em que garante a memória do desastre, inclusive para que sejam tomadas as providências pertinentes para que ele não se repita. Outro importante ponto no tocante às medidas de satisfação é o fato de que a Renova, nos termos trazidos pelo TTAC, não é vocacionada a promover a reparação integral, visto que, por exemplo, não poderia pedir

desculpas formais ou se mostrar arrependida por algo que não causou.

Por fim, medidas de reabilitação e de não repetição, centrais na promoção da justiça e da plena reparação, têm sido desenvolvidas por órgãos de proteção de direitos humanos enquanto iniciativas que valorizam o processo de cura das vítimas, o envolvimento da coletividade e o respeito à dignidade e à justiça plena.[32]

No entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, as medidas de reabilitação médica, psicológica e social se referem ao atendimento diferenciado, preferencial, individualizado e integral, via pessoal especializado,[33] com vistas à recuperação das condições físicas, mentais e de vida das vítimas. Já as medidas de não repetição objetivam modificar a situação estrutural que serve de contexto para as violações, se conectando, portanto, com o dever dos Estados de adotar todas as medidas necessárias, independentemente de seu caráter jurídico, político, administrativo ou cultural, para assegurar que as violações de direitos humanos não se repitam (art. 2º do Pacto de São José da Costa Rica). As medidas de não repetição, comumente esquecidas, dialogam diretamente com o ideal da plena reparação de vocação transformadora, no sentido de não apenas "restituir à vítima o direito violado, mas, especialmente, de corrigir as circunstâncias estruturais que permitiram que a violação tivesse lugar".[34]

Diante da multiplicidade de medidas reparatórias, verifica-se que o processo de reparação deve se reger sob a ótica da justiça restaurativa.[35] A escolha das providências cabíveis, céleres e efetivas deve levar em consideração, portanto, a natureza dos danos; a determinação dos beneficiários;[36] a participação efetiva das vítimas em todas as fases; e as particularidades do caso concreto.

Quanto à natureza dos danos, cabe a exposição do desenvolvimento da jurisprudência da Corte IDH, que os divide em materiais e imateriais. O dano material compreende "a perda ou deterioração da renda da vítima e, se for esse o seu caso, de seus familiares, e os custos incorridos em decorrência dos fatos no caso *sub judice*",[37] podendo ser subclassificado em direto e indireto. Segundo o professor Claudio Nash Rojas, o dano material direto se refere às "despesas que, de forma razoável e comprovada, foram repassadas às vítimas a fim de reparar o ilícito ou cancelar seus efeitos"[38] (danos emergentes). O dano material indireto, por sua vez, se relaciona "às perdas econômicas causadas por uma queda de receitas durante uma violação aos direitos humanos"[39] (lucros cessantes ou perda de rendimentos).

O dano imaterial, por sua vez, "pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados às vítimas diretas e seus parentes, o desprezo por valores bastante significativos para as pessoas, assim como as alterações, de caráter não pecuniário, das condições de sobrevivência da vítima ou de sua família".[40] Entendemos que o dano moral, que prescinde de prova (*pretium doloris*), é somente uma das manifestações do dano imaterial, que pode ter natureza coletiva – a exemplo do dano cultural ou do espiritual, em comunidades indígenas e tradicionais[41] – e extensa – a ponto de impactar no projeto de vida, ou seja, na "expectativa de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar" da vítima, possível em condições normais, mas que foi interrompida abruptamente pela violação. [42]

Sabendo-se, pois, que a natureza e o montante das reparações dependem do dano causado nos planos material e imaterial, não é incabível a afirmação de que a ordem do direito violado – civil e política ou social, econômica e cultural – terá impactos na medida a ser adotada. Não pretendemos, com tal afirmação, retomar a dicotomia, anacrônica, conforme sábia ponderação do juiz Cançado Trindade,[43] consagrada pelos Pactos Internacionais de 1966 e instituir diferenças de efetividade ou de justiciabilidade entre tais direitos humanos. Contudo, a categoria de violação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais pode ser útil na análise do processo reparatório, principalmente porque vem exigindo novas e criativas medidas, para além das tradicionais reparações pecuniárias.[44]

É o que nos ensina a Corte IDH, cujas interpretações do conteúdo das obrigações convencionais e aplicação de reparações por vezes são realizadas à luz dos direitos econômicos, sociais e culturais, mesmo que apenas recentemente, em 31 de agosto de 2017, tenha declarado a violação do art. 26 da Convenção Americana de forma autônoma, no caso *Lagos del Campo Vs. Peru*.[45]

A título de exemplo, no caso *Yakye Axa Vs. Paraguai*, julgado em 2005, a Corte IDH reconheceu que a vulneração do direito à saúde, à alimentação e ao acesso à água limpa da

referida comunidade indígena, em decorrência da impossibilidade de acesso às terras ancestrais, teve impactos no direito a uma existência digna e nas condições básicas para o exercício direitos como o à educação ou à identidade cultural.[46] Em que pese não tenha declarado a violação do art. 26 da Convenção Americana,[47] o Tribunal determinou, no campo das "Reparações", uma série de medidas à luz dos direitos econômicos, sociais e culturais, levando em consideração a integridade cultural da comunidade e o contexto econômico-financeiro em que se encontrava o Paraguai, mormente a criação de um programa e um fundo de desenvolvimento comunitário, com implementação de projetos educacionais, habitacionais, agrícolas e de saúde após a devolução efetiva do território ancestral.[48]

Ainda, como notado pela Corte IDH na recente Opinião Consultiva 23/17, de fevereiro de 2017,[49] tanto os direitos sociais, econômicos e culturais incluem aquele ao meio ambiente saudável[50] quanto mudanças climáticas e uma qualidade ambiental mínima são fatores que influenciam no desfrute de direitos, também civis e políticos. Assim, a proteção do meio ambiente e a realização de outros direitos humanos têm uma relação inegável.[51] A Corte Europeia de Direitos Humanos aponta que "a degradação severa do meio ambiente pode afetar o bem-estar do indivíduo" e gerar violações ao direito à vida, à vida privada e familiar e à propriedade;[52] já a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos entende que "o direito a um 'meio ambiente geral satisfatório, favorável ao desenvolvimento' [...] afeta a qualidade de vida e a segurança do indivíduo".[53] Malgrado a farta literatura acerca da indissociabilidade entre a tutela dos direitos humanos e do meio ambiente, o "acordão" firmado no Caso Samarco impossibilita uma abordagem comum entre essas questões. Ao instituir programas dentro de eixos apartados de atuação, o socioeconômico e o socioambiental, afasta-se a conexão intrínseca às matérias por meio da ficção de que é possível reparar as pessoas sem que se recupere o meio ambiente.

Nesse sentido, o amplo reconhecimento da relação interdependente entre proteção do meio ambiente, desenvolvimento sustentável e direitos humanos também conleva à sua ponderação no momento da fixação de reparações referentes à violação do direito ao meio ambiente saudável. Afinal, o fato de tal direito possuir uma dimensão coletiva, ao constituir um interesse universal e concernir as gerações presentes e futuras, e outra individual, pois sua vulneração pode se refletir na vida ou na saúde de uma pessoa determinada,[54] além de estar permeado por obrigações e princípios específicos, como o dever de regulação e o princípio da prevenção, sua violação demanda ações pontuais e específicas também em relação ao meio ambiente em si:

> Em caso de ocorrência de um dano ambiental, o Estado deve mitigar o dano ambiental significativo. Mesmo se o incidente ocorrer apesar de todas as medidas preventivas terem sido tomadas, o Estado de origem deve se assegurar que se tomem as medidas apropriadas para mitigar o dano, e deve, para isso, utilizar a melhor tecnologia e ciência disponível. Essas medidas devem ser tomadas imediatamente, inclusive se a origem da contaminação for desconhecida. Nesse sentido, algumas medidas que os Estados devem tomar são: (i) limpeza e restauração dentro da jurisdição do Estado de origem; (ii) conter o âmbito geográfico do dano e prevenir, se possível, que afete outros Estados; (iii) levantar toda a informação necessária do incidente e o perigo de dano existente; (iv) em casos de emergência em relação a uma atividade que pode produzir um dano significativo ao meio ambiente de outro Estado, o Estado de origem deve, sem demora e da forma mais rápida possível a sua disposição, notificar ao Estado que possivelmente se veja afetado pelo dano; (v) uma vez notificados, os Estados ou potencialmente afetados devem tomar todas as medidas possíveis para mitigar e, se possível, eliminar as consequências do dano; e (vi) em caso de emergência, ademais, se deve informar às pessoas que possam ser afetadas.[55]

Apesar de as medidas elencadas na citação acima se referirem a um contexto de dano ambiental interestatal, elas podem e devem ser consideradas como guias também em cenários domésticos, tais como o Caso Samarco. Contudo, ao contrário, o que pôde-se observar no caso em questão foi uma completa inércia, ainda que no momento pós-desastre. Não foram as comunidades potencialmente atingidas informadas do risco que corriam, não foi restringido o âmbito geográfico do dano, assim como, até hoje, não foram levantadas todas as informações que possam efetivamente qualificar o perigo de dano existente (tais como componentes do rejeito despejado ao longo

da Bacia do Rio Doce, consequências de sua ingestão direta ou indireta, consequências do contato físico com o rejeito etc.).

Cançado Trindade pontua que, dado à característica própria do dano ambiental perpetuação das consequências *pro futuro* e pela extrema dificuldade de se voltar ao "meio ambiente anterior", somente medidas restaurativas têm o condão de remediá-lo, ainda que na medida do possível. Plantar árvores para restaurar biodiversidade, por exemplo, configuram uma possibilidade de reparação que vai além da monetarização.[56]

A sugestão do professor e juiz surge no bojo da opinião dissidente ao julgamento das compensações devidas pela Nicarágua à República da Costa Rica no caso *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica Vs. Nicarágua)*. A demanda surgiu em razão da ocupação, com forças armadas, pela República da Nicarágua, de parte do território costarriquenho em razão da construção de um canal do Rio San Juan à Laguna Los Portillos e de outras obras relacionadas à dragagem do Rio San Juan, entre meados outubro e novembro de 2010, o que violou a soberania e o direito de navegação da Costa Rica.[57]

Cançado Trindade criticou o posicionamento da CIJ em restringir as reparações essencialmente àquelas compensatórias, obnubilando formas alternativas, restaurativas e complementares.[58] Segundo entende, a CIJ não fez bom uso da oportunidade de avançar na temática de reparações ambientais em um conflito interestatal como avançou no caso *Diallo (República da Guiné Vs. República Democrática do Congo)*, em que estabeleceu a reparação da violação de direitos humanos do Sr. Ahmadou Sadio Diallo, cidadão guineano com residência no Congo que foi detido e posteriormente expulso do território congolês sem a devida observância das normas internacionais de proteção diplomática e tratamento de estrangeiros. A limitação aos pedidos indenizatórios apresentados nos memoriais da Costa Rica e da Nicarágua impediram a aplicação da jurisprudência internacional e o desenvolvimento da reparação por violação de obrigações ambientais à semelhança da reparação do Sr. Diallo com base na jurisprudência de tribunais regionais de direitos humanos.

Quanto à determinação dos beneficiários, a Corte IDH estima que, em geral, são aquelas diretamente lesadas pelos fatos violatórios, sendo que o art. 63.1 da Convenção Americana, por exemplo, trata da reparação das consequências de uma violação e do pagamento "de uma justa indenização à parte lesada". Por certo, existe a possibilidade de reparação por direito próprio ou por sucessão, visto que, em certos casos (a depender, principalmente, da modalidade) se transmite aos herdeiros quando da morte da vítima imediata. Além disso, é de se considerar que familiares das vítimas também podem ser reconhecidos efetivamente como vítimas das violações de direitos humanos, caso em que as medidas de reparação deverão ser pensadas à luz da proporcionalidade. Seja como for, e especialmente para fins de determinação das vítimas, como no Caso Samarco, são elas próprias, pessoas atingidas pelas violações de direitos humanos, que devem construir e/ou participar efetivamente do processo reparatório, compreendido numa ampla concepção do próprio acesso à justiça.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quase três anos após o desastre, permanece o cenário de destruição ambiental e, sobretudo, de deterioração continuada da vida das pessoas atingidas. Na busca da plena reparação e, ao mesmo tempo, compreendendo a insuficiência do Direito para promove-la diante da subversão de seus próprios institutos, mormente os da responsabilidade civil, fica evidente a necessidade de mudança de paradigma na condução do processo reparatório no Caso Samarco. Não apenas as medidas de reparação devem ser adequadas, efetivas, rápidas e proporcionais ao dano sofrido e às circunstâncias do caso, mas a centralidade e o protagonismo das pessoas atingidas devem guiá-las, visando à participação ativa, livre e informada.

Com tal centralidade e protagonismo em vista, novas práticas de reparação integral podem fazer valer a esperança de Iná de que a tragédia não seja compreendida como "evento", festa, desconsiderando e até desprezando a dor das vítimas, nem a reparação de danos como "farmácia", em que "remédios", muitas vezes paliativos, como o são as meras indenizações e a ausência da perspectiva de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, não tratam o cerne da epidemia: a violação de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Letícia Soares Peixoto. *Efetividade dos direitos humanos e a necessária elaboração legislativa em matéria de implementação das sentenças interamericanas no Brasil*. Orientador: Fabiana de Menezes Soares. Coorientador: Antônio Augusto Cançado Trindade. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte: 2017.

_____.; ANDRADE, Pedro Gustavo Gomes. O Rompimento da Barragem em Mariana: impactos na comunidade indígena Krenak à luz da jurisprudência interamericana. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 32, n. 2: 283-296, jul./dez. 2016.

_____.; BASTOS, Sophia Pires. Controle de convencionalidade e gênero: perspectivas brasileiras no combate à disseminação não consensual de imagens íntimas. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, v. 64, pp. 215-238, 2017.

ANISTIA INTERNACIONAL. Brasil. *Ataques letais, mas evitáveis*: assassinatos e desaparecimentos forçados daqueles que defendem os direitos humanos. Publicado em 18 de dez. 2017. Disponível em: https://anistia.org.br/direitos-humanos/publicacoes/ataques-letais-mas-evitaveis-assassinatos-e-desaparecimentos-forcados-daqueles-que-defendem-direitos-humanos/. Acesso em: 28.03.2018.

BBC Brasil. Exames constatam intoxicação por metais pesados em moradores de cidade atingida pelo desastre de Mariana. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/brasil-43545468. Acesso em 01.05.2018.

BORGES, Caio; MASO, Tchenna. O caso do rompimento da barragem no Rio Doce. In: *Dossiê SUR sobre recursos naturais e direitos humanos*. Revista SUR nº 25.07.2017.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Fragmentos de Memorias. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 11, pp. 267-276, jul. 2016. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/183>. Acesso em: 28.03.2018.

_____. Separate Opinion. *In* CIJ. *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*. Compensation owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica. Judgment of 2 February 2018.

_____. Voto Separado. *In* CorteIDH. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*. Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C, Nº. 77.

_____; BURELLI, Alirio Abreu. Voto Conjunto Separado. *In* CorteIDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C, Nº. 42.

CDI. Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Ilícitos Internacionais, com comentários. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, parte dois.

CIDH. *Informe sobre el impacto del mecanismo de solución amistosa*. OEA/Ser. I/V/II. Doc. 45. 18 de deciembre de 2013. Original: Español.

_____. *Lineamentos principales para una política integral de reparaciones*. OEA/Ser/L/V/II.131 Doc. 1. 19 febrero 2008. Original: Español.

_____. Relatório No. 22/04. Caso 12.058. *Gilson Nogueira de Carvalho*, Brasil, 10 de março de 2004; Apêndice 2.

CorteIDH. *Caso Cantos Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C, Nº. 97.

_____. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C, Nº. 125.

_____. *Caso Lagos del Campo Vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C, Nº. 340.

_____. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C, Nº. 42.

_____. *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C, Nº. 141.

_____. *Caso Massacres de Ituango Vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C, Nº. 148.

_____. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparações e Custas. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C, Nº. 7.

_____. *Opinião Consultiva OC-23/17*, de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República da Colômbia. Meio Ambiente e Direitos Humanos (obrigações estatais em relação com o meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal – interpretação e alcance dos artigos 4.1 e 5.1, em relação com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Série A, Nº. 23.

EVANS, Christine. *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*. Nova York: Cambridge University Press, 2012.

FRONT LINE DEFENDERS. *Informe anual sobre defensores/as de derechos humanos en riesgo en 2017*. Front Line, Fundación Internacional para la Protección de los/as Defensores/as de Derechos Humanos: Irlanda, 2017, 24p.

G1. Pesquisa aponta que comunidade atingida por rompimento de barragem em MG sofre com problemas de saúde. Disponível em: https://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/pesquisa-aponta-que-comunidade-atingida-por-rompimento-de-barragem-em-mg-sofre-com-problemas-de-saude.ghtml. Acesso em 01.05.2018.

_____. Pesquisa identifica doenças mentais em atingidos pelo rompimento da barragem da Samarco em Mariana. Disponível em: https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/pesquisa-identifica-doencas-mentais-em-atingidos-pelo-rompimento-da-barragem-da-samarco-em-mariana.ghtml. Acesso em: 01.05.2018.

GESTA/UFMG. Parecer sobre o Cadastro Integrado do Programa de Levantamento e Cadastro dos Impactados (PLCI) elaborado pelas empresas Samarco e Synergia Consultoria Ambiental. Disponível em: http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2017/02/GESTA-UFMG-Parecer-sobre-Cadastro-Integrado-do-PLCI-Samarco-Synergia.pdf. Acesso em: 01.05.2018.

HOJE EM DIA. Um terço das vítimas da tragédia de Mariana tem depressão. Disponível em: http://hojeemdia.com.br/horizontes/um-ter%C3%A7o-das-v%C3%ADtimas-da-trag%C3%A9dia-de-mariana-tem-depress%C3%A3o-1.613269. Acesso em 01.05.2018.

INSTITUTO SAÚDE E SUSTENTABILIDADE. Avaliação dos riscos em saúde da população de Barra Longa/MG afetada pelo desastre. Disponível em: http://www.saudeesustentabilidade.org.br/wp-content/uploads/2017/04/Resumo.18.04.2017.pdf. Acesso em: 01.05.2018.

JORNAL A SIRENE. Disponível em: https://issuu.com\jornalasirene. Acesso em: 30.03.2018.

NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos, Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção às Minorias, E/CN.4/Sub.2/1996/17, A *administração de justiça e os direitos humanos dos detidos: Série revisada de princípios e* diretrizes sobre o direito das vítimas de violações graves aos direitos humanos e ao direito humanitário a obter reparação, documento preparado pelo Dr. Theodore Van Boven de conformidade com a resolução 1995/117 da Subcomissão de Direitos Humanos, 24 de maio de 1996, par. 7 (Tradução livre).

_____. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral nº 4: o direito à moradia adequada (art. 11, para. 1). Genebra, 1991.

_____. MEIO AMBIENTE. Fact sheet on human rights and the environment (em português: Ficha informativa sobre direitos humanos e meio ambiente). Disponível em inglês em: wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/9933/factsheet-human-rights-environment.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 12.04.2018.

PORTAL UFMG. Desastre de Mariana abala saúde mental das populações atingidas. Disponível em: https://ufmg.br/comunicacao/noticias/estudo-mostra-efeitos-do-desastre-de-mariana-na-saude-mental-dos-atingidos Acesso em: 01.05.2018.

RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socio-Economic Rights in Latin America". *Texas Law Review*, 89 (7), 1669-1698, 2011.

_____.; KAUFFMAN, Celeste. From Orders to Practice: Analysis and Strategies for Implementing Decisions of the Inter-American Human Rights System. In: *The Inter-American Human Rights System*: Changing Times, ongoing challenges, pp. 249-284, DPLF, 2016.

ROJAS, Claudio Nash. Reparações por Violações dos Direitos Humanos na Jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Traduzido pelo Ministério da Justiça. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 3, jan./jun. 2010, pp. 72-107. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.

SHELTON, Dinah L. *Remedies In International Human Rights Law*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

STJ. Reclamação N° 31.935 – MG (2016/0167729-7). Rel. Min. Diva Malerbi. Julgado em 30 junho de 2016. Acesso em: 25.06.2017.

TJMG. ACP nº 0400.15.004335-6, 2ª Vara da Comarca de Mariana.

UNODC. *Handbook on Restorative Justice Programmes*. Nova York: United Nations, 2006.

ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens. Desenvolvimento e Conflitos Ambientais: Um Novo Campo de Investigação. In: *Desenvolvimento e Conflitos Ambientais*, orgs. Andréa Zhouri e Klemens Laschefski. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, pp. 11-34.

_____.; VALENCIO, N.; OLIVEIRA, R.; ZUCARELLI, M.; LASCHEFSKI, K.; SANTOS, A. F. O desastre da Samarco e a política das afetações: classificações e ações que produzem o sofrimento social. *Ciência e Cultura*, São Paulo, vol. 68, nº 3, set/2016, pp. 36-40.

NOTES

1. Iná (nome fictício) é atingida, mas representa aqui as várias mulheres que sofreram em decorrência do desastre e resistem a cada dia. Optou-se por resguardar a real identidade dessas mulheres após consulta a elas, de maneira a não as expor a situações de assédio, pressão ou violência. Em relatório produzido pela ONG (Organização Não Governamental) *Front Line Defenders*, o Brasil ocupa a segunda posição em relação aos assassinatos de defensoras e defensores de direitos humanos em 2017. Foram registradas 212 mortes no ano de referência, sendo somente o Brasil e a Colômbia responsáveis por 156 delas. FRONT LINE DEFENDERS. *Informe anual sobre defensores/as de derechos humanos en riesgo en 2017*. Front Line, Fundación Internacional para la Protección de los/as Defensores/as de Derechos Humanos: Irlanda, 2017, 24p. O relatório intitulado "Ataques letais, mas evitáveis: assassinatos e desaparecimentos forçados daqueles que defendem os direitos humanos", da Anistia Internacional, para os meses de janeiro a agosto de 2017, por sua vez, indica que o Brasil foi responsável por 58 dos assassinatos sendo que, em 2016 inteiro, esse número chegou a 66. ANISTIA INTERNACIONAL. Brasil. *Ataques letais, mas evitáveis*: assassinatos e desaparecimentos forçados daqueles que defendem os direitos humanos. Publicado em 18 de dez. 2017. Disponível em: https://anistia.org.br/direitos-humanos/publicacoes/ataques-letais-mas-evitaveis-assassinatos-e-desaparecimentos-forcados-daqueles-que-defendem-direitos-humanos/. Acesso em: 28.03.2018.
2. "Desastre tecnológico, ou seja, um desastre atribuído no todo ou em parte a uma intenção humana, erro, negligência, ou envolvendo uma falha de um sistema humano, resultando em danos (ou ferimentos) significativos ou mortes". ZHOURI, A.; VALENCIO, N.; OLIVEIRA, R.; ZUCARELLI, M.; LASCHEFSKI, K.; SANTOS, A. F. O desastre da Samarco e a política das afetações: classificações e ações que produzem o sofrimento social. *Ciência e Cultura*, São Paulo, vol. 68, nº 3, set/2016, p. 37.
3. Optou-se pela nomenclatura "Caso Samarco" entendendo-se pela necessidade de se nomear o causador do dano e, portanto, os responsáveis pelas medidas reparatórias. A utilização de expressões como "desastre do Rio Doce", "Caso Mariana", etc., apesar de retomarem o episódio, o distanciam do violador de direitos humanos e criam a ficção de que, por exemplo, toda a cidade-sede Mariana estaria tomada pela lama, o que veio a prejudicar o turismo local.
4. Segundo cientistas socioambientais, são justamente a condição de pobreza e de desigualdade social os principais facilitadores da ação das empresas, pois sob tais condições há uma tendência à população aceitar mais facilmente os impactos negativos da atividade minerária. *Cf.* ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens. Desenvolvimento e Conflitos Ambientais: Um Novo Campo de Investigação. In: *Desenvolvimento e Conflitos Ambientais*, orgs. Andréa Zhouri e Klemens Laschefski. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, pp. 11-34.
5. BORGES, Caio; MASO, Tchenna. O caso do rompimento da barragem no Rio Doce. In: *Dossiê SUR sobre recursos naturais e direitos humanos*. Revista SUR nº 25, Jul. 2017.
6. *Cf.* ZHOURI, A.; VALENCIO, N.; OLIVEIRA, R.; ZUCARELLI, M.; LASCHEFSKI, K.; SANTOS, A. F. O desastre da Samarco e a política das afetações: classificações e ações que produzem o sofrimento social. In: Ciência e Cultura, São Paulo, vol. 68, nº 3, set/2016, pp. 36-40.
7. Acordo firmado em 23.12.2015 no bojo da Ação Civil Pública nº 0400.15.004335-6 que tramita perante a 2ª Vara da Comarca de Mariana.
8. ALEIXO, Letícia Soares Peixoto; BASTOS, Sophia Pires. Controle de convencionalidade e gênero: perspectivas brasileiras no combate à disseminação não consensual de imagens íntimas. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, v. 64, pp. 215-238, 2017.
9. CÓDIGO CIVIL. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo; "Juris Praecepta Sunt haec: Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere (Tais são os preceitos do direito: viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence)"; CDI. Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional... Art. 31. Reparação. 1. O Estado responsável tem obrigação de reparar integralmente o prejuízo causado pelo ato internacionalmente ilícito. 2. O prejuízo

compreende qualquer dano, material ou moral, causado pelo ato internacionalmente ilícito de um Estado. Tradução livre.

10. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Separate Opinion. *In* CIJ. *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*. Compensation owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica. Judgment of 2 February 2018. Par. 13. Tradução livre.
11. ALEIXO, Letícia Soares Peixoto; ANDRADE, Pedro Gustavo Gomes. O Rompimento da Barragem em Mariana: impactos na comunidade indígena Krenak à luz da jurisprudência interamericana. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 32, n. 2: 283-296, jul./dez. 2016.
12. Felizmente, em maio de 2017, Mariana passou a contar com um Defensor Público Estadual. Recentemente, portanto, Ministério Público de Minas Gerais, titular da Ação Civil Pública que visa a reparação dos danos sofridos pelas comunidades marianenses, e Defensoria Pública de Minas Gerais deram início à articulação dos trabalhos, visando garantir e otimizar o acesso à justiça aos atingidos.
13. A íntegra de referido Termo de Transação e Ajustamento de Conduta encontra-se disponível em: http://samarco.com/wp-content/uploads/2016/07/TTAC-FINAL.pdf. Acesso em: 01.05.2018.
14. EVANS, Christine. *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict*. Nova York: Cambridge University Press, 2012; CDI. Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional...p. 95.
15. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; BURELLI, Alirio Abreu. Voto Conjunto Separado. *In* CorteIDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C, Nº. 42. Par. 17.
16. STJ. Reclamação N° 31.935 – MG (2016/0167729-7). Rel. Min. Diva Malerbi. Julgado em 30 junho de 2016. Acesso em: 25.06.2017.
17. O Jornal "A Sirene" publiciza mensalmente e de maneira engajada a luta cotidiana dos atingidos de Mariana e de Barra Longa. Trata-se de projeto coletivo elaborado e conduzido pelos próprios atingidos, com o auxílio de estudantes de jornalismo da Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) e de uma jornalista responsável. O projeto foi viabilizado graças a doações realizadas à época do desastre, depositadas em conta da Arquidiocese de Mariana, fiscalizada pelo Ministério Público de Minas Gerais. As edições do Jornal "A Sirene" podem ser consultadas eletronicamente pelo endereço: https://issuu.com\jornalasirene.
18. *Cf.* PORTAL UFMG. Desastre de Mariana abala saúde mental das populações atingidas. Disponível em: https://ufmg.br/comunicacao/noticias/estudo-mostra-efeitos-do-desastre-de-mariana-na-saude-mental-dos-atingidos. Acesso em 01.05.2018; G1. Pesquisa identifica doenças mentais em atingidos pelo rompimento da barragem da Samarco em Mariana. Disponível em: https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/pesquisa-identifica-doencas-mentais-em-atingidos-pelo-rompimento-da-barragem-da-samarco-em-mariana.ghtml. Acesso em 01.05.2018. HOJE EM DIA. Um terço das vítimas da tragédia de Mariana tem depressão. Disponível em: http://hojeemdia.com.br/horizontes/um-ter%C3%A7o-das-v%C3%ADtimas-da-trag%C3%A9dia-de-mariana-tem-depress%C3%A3o-1.613269. Acesso em 01.05.2018.
19. Apenas no Município de Mariana/MG a lama de rejeitos passou pelas seguintes comunidades: Bento Rodrigues, Paracatu de Baixo, Paracatu de Cima, Ponte do Gama, Pedras, Borba, Campinas e Camargos, sendo que as duas primeiras foram deslocadas compulsoriamente para a sede do Município. As "demais comunidades" são as continuam a viver no rastro da lama.
20. *Cf.* INSTITUTO SAÚDE E SUSTENTABILIDADE. Avaliação dos riscos em saúde da população de Barra Longa/MG afetada pelo desastre. Disponível em: http://www.saudeesustentabilidade.org.br/wp-content/uploads/2017/04/Resumo.18.04.2017.pdf. Acesso em 01.05.2018. No mesmo sentido: BBC Brasil. Exames constatam intoxicação por metais pesados em moradores de cidade atingida pelo desastre de Mariana. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/brasil-43545468. Acesso em 01.05.2018. G1. Pesquisa aponta que comunidade atingida por rompimento de barragem em MG sofre com problemas de saúde. Disponível em: https://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/pesquisa-aponta-que-comunidade-atingida-por-rompimento-de-barragem-em-mg-sofre-com-problemas-de-saude.ghtml. Acesso em 01.05.2018.

21. GESTA/UFMG. Parecer sobre o Cadastro Integrado do Programa de Levantamento e Cadastro dos Impactados (PLCI) elaborado pelas empresas Samarco e Synergia Consultoria Ambiental. Disponível em: http://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2017/02/GESTA-UFMG-Parecer-sobre-Cadastro-Integrado-do-PLCI-Samarco-Synergia.pdf. Acesso em: 01.05.2018.

22. Nos termos do já mencionado TTAC, são "impactados diretos" "as pessoas físicas ou jurídicas, e respectivas comunidades, que tenham sido diretamente afetadas pelo evento nos termos das alíneas abaixo e deste acordo: a) perda de cônjuge, companheiro, familiares até o segundo grau, por óbito ou por desaparecimento; b) perda, por óbito ou por desaparecimento, de familiares com graus de parentesco diversos ou de pessoas com as quais coabitavam e/ou mantinham relação de dependência econômica; c) perda comprovada pelo proprietário de bens móveis ou imóveis ou perda da posse de bem imóvel; d) perda da capacidade produtiva ou da viabilidade de uso de bem imóvel ou de parcela dele; e) perda comprovada de áreas de exercício da atividade pesqueira e dos recursos pesqueiros e extrativos, inviabilizando a aatividade extrativa ou produtiva; f) perda de fontes de renda, de trabalho ou de autossubisistência das quais dependam economicamente, em virtude da ruptura do vínculo com áreas atingidas; g) prejuízos comprovados às atividades produtivas locais, com inviabilização de estabelecimento ou das atividades econômicas; h) inviabilização do acesso ou de atividade de manejo dos recursos naturais e pesqueiros, incluindo as terras de domínio público e uso coletivo, afetando a renda e a subsistência e o modo de vida de populações; i) danos à saúde física ou mental; e j) destruição ou interferência em modos de vida comunitários ou nas condições de reprodução dos processos socioculturais e cosmológicos de populações ribeirinhas, estuarinas, tradicionais e povos indígenas.

23. NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direitos Humanos, Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção às Minorias, E/CN.4/Sub.2/1996/17, A *administração de justiça e os direitos humanos dos detidos: Série revisada de princípios e* diretrizes sobre o direito das vítimas de violações graves aos direitos humanos e ao direito humanitário a obter reparação, documento preparado pelo Dr. Theodore Van Boven de conformidade com a resolução 1995/117 da Subcomissão de Direitos Humanos, 24 de maio de 1996, par. 7 (Tradução livre).

24. CDI. Projeto de Artigos sobre Responsabilidade Internacional dos Estados por Ilícitos Internacionais, com comentários. *Yearbook of the International Law Commission*, 2001, vol. II, parte dois. Art. 35. Restituição. Um Estado responsável por um ato internacionalmente ilícito tem a obrigação de restituir, ou seja, de restabelecer a situação que existia antes que o ato ilícito fosse cometido, desde que e na medida que a restituição: a) não seja materialmente impossível; b) não acarrete um ônus totalmente desproporcional com relação ao benefício que derivaria de restituição em vez dada indenização. Tradução livre.

25. Dentre os diversos estândares já delineados na esfera internacional acerca do conceito de "moradia adequada", destaca-se o Comentário Geral nº 4 ao art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais, Culturais das Nações Unidas, que traça critérios como a segurança legal da posse, a disponibilidade de serviços, materiais e infraestrutura, a acessibilidade do custo, habitabilidade, acessibilidade, localização, adequação cultural. *Cf.* NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral nº 4: o direito à moradia adequada (art. 11, para. 1). Genebra, 1991.

26. CorteIDH. *Caso Massacres de Ituango Vs. Colômbia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C, Nº. 148.

27. RODRÍGUEZ-GARAVITO, César; KAUFFMAN, Celeste. From Orders to Practice: Analysis and Strategies for Implementing Decisions of the Inter-American Human Rights System. In: *The Inter-American Human Rights System*: Changing Times, ongoing challenges, pp. 249-284, DPLF, 2016.

28. CDI. Projeto de Artigos... Art. 36. Indenização. 1. O Estado responsável por um ato internacionalmente ilícito tem obrigação de indenizar pelo dano causado por este, desde que tal dano não seja reparado pela restituição. 2. A indenização deverá cobrir qualquer dano susceptível de mensuração financeira, incluindo lucros cessantes, na medida de sua comprovação. Tradução livre.

29. ROJAS, Claudio Nash. Reparações por Violações dos Direitos Humanos na Jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Traduzido pelo Ministério da Justiça. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, n. 3,

jan./jun. 2010, pp. 72-107. Brasília: Ministério da Justiça, 2010, p. 79.

30. CDI. Projeto de Artigos… Art. 37. Satisfação. 1. O Estado responsável por um ato internacionalmente ilícito tem a obrigação de dar satisfação pelo prejuízo causado por aquele ato desde que ele não possa ser reparado pela restituição ou indenização. 2. A satisfação pode consistir em um reconhecimento da violação, uma expressão de arrependimento, uma desculpa formal ou outra modalidade apropriada. 3. A satisfação não deverá ser desproporcional ao prejuízo e não pode ser humilhante para o Estado responsável. Tradução livre.
31. "A satisfação tem lugar quando são realizados três atos, geralmente de forma acumulativa (*sic*): as desculpas, ou qualquer outro gesto que demonstre o reconhecimento da autoria do ato em questão; o julgamento e punição dos indivíduos responsáveis e a execução de medidas para evitar que se repita o dano". CIDH. Relatório Nº. 22/04. Caso 12.058. *Gilson Nogueira de Carvalho*, Brasil, 10 de março de 2004; Apêndice 2, par. 143.
32. UNODC. *Handbook on Restorative Justice Programmes*. Nova York: United Nations, 2006.
33. CIDH. *Informe sobre el impacto del mecanismo de solución amistosa*. OEA/Ser. I/V/II. Doc. 45. 18 de deciembre de 2013. Original: Español. Par. 95.
34. ALEIXO, Letícia Soares Peixoto. *Efetividade dos direitos humanos e a necessária elaboração legislativa em matéria de implementação das sentenças interamericanas no Brasil*. Orientador: Fabiana de Menezes Soares. Coorientador: Antônio Augusto Cançado Trindade. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte: 2017, p. 17.
35. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Separate Opinion...par. 18.
36. "A obrigação de reparar, que se regula em todos os aspectos (alcance, natureza, modalidades e determinação dos beneficiários) pelo direito internacional, não pode ser modificada ou descumprida pelo Estado obrigado invocando disposições de direito interno". CorteIDH. *Caso Cantos Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C, Nº. 97, par. 68. Tradução livre.
37. Corte IDH, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C, Nº. 141, par. 192.
38. ROJAS, Claudio Nash. *Reparações por Violações dos Direitos Humanos*...p. 79.
39. ROJAS, Claudio Nash. *Reparações por Violações dos Direitos Humanos*...p. 89.
40. CorteIDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala*. Reparações. Sentença de 19 de novembro de 2004. Série C, Nº. 116, par. 80. Tradução livre. *apud* CIDH. *Gilson Nogueira de Carvalho*...par. 138.
41. ALEIXO, Letícia Soares Peixoto; ANDRADE, Pedro Gustavo Gomes. *O Rompimento da Barragem em Mariana*...
42. "No que diz respeito à reclamação de dano ao 'projeto de vida', convém manifestar que esse conceito tem sido matéria de análise por parte da doutrina e da jurisprudência recentesº. Trata-se de uma noção distinta do 'dano emergente' e do 'lucro cessante'. Certamente, não corresponde à afetação patrimonial derivada imediata e diretamente dos fatos, como sucede no 'dano emergente'. Quanto ao 'lucro cessante', corresponde assinalar que, enquanto este se refere de forma exclusiva à perda de ingressos econômicos futuros, possíveis de quantificação a partir de certos indicadores mensuráveis e objetivos, o denominado 'projeto de vida' atende à realização integral do indivíduo afetado, considerando sua vocação, habilidades, circunstâncias, potencialidades e aspirações, que permitem a definição, razoável, de expectativas determinadas e chegar-se a elas". CorteIDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C, Nº. 42. par. 147. Tradução livre.
43. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Fragmentos de Memorias. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, [S.l.], n. 11, pp. 267-276, jul. 2016. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/183>. Acesso em: 28 mar. 2018.
44. Cf. RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socio-Economic Rights in Latin America". *Texas Law Review*, 89 (7), 1669-1698, 2011.
45. O caso se refere à demissão arbitrária do senhor Alfredo Lagos del Campo, presidente do Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial da empresa

Ceper-Pirelli à época, em razão das denúncias realizadas acerca da ingerência indevida dos empregadores nas organizações representativas dos trabalhadores e na realização de eleições internas da Comunidade Industrial. A Corte IDH entendeu pela violação dos direitos à liberdade de expressão, à liberdade de associação, ao acesso à justiça e ao direito ao trabalho, este compreendido na interpretação conferida ao art. 26, CADH. CorteIDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Peru.* Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C, Nº. 340.

46. CorteIDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C, Nº. 125, par. 167.

47. O Tribunal chegou a afirmar que as medidas positivas tomadas pelo Paraguai para proporcionar alimento, atenção médico-sanitária e materiais educativos à comunidade Yakye Axa não foram suficientes nem adequadas para reverter a situação de vulnerabilidade. CorteIDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*...par. 169.

48. CorteIDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*...par. 202-205.

49. CorteIDH. *Opinião Consultiva OC-23/17*, de 15 de novembro de 2017, solicitada pela República da Colômbia. Meio Ambiente e Direitos Humanos (obrigações estatais em relação com o meio ambiente no marco da proteção e garantia dos direitos à vida e à integridade pessoal – interpretação e alcance dos artigos 4.1 e 5.1, em relação com os artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Série A, Nº. 23.

50. O consenso aparente em torno das concepções de meio ambiente sustentável tem seu marco na ocorrência da II Cúpula da Terra, em 1992 (Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento – CNUMAD, conhecida por Eco '92). A discussão em torno do desenvolvimento sustentável seguiu por duas vertentes contrárias: de um lado os "povos da floresta", que defendiam que os modos de vida dos povos e comunidades tradicionais e indígenas fossem reconhecidos e protegidos pelo direito ambiental; de outro lado, a perspectiva política do paradigma da adequação ambiental e social, que tem por desígnio "conciliar os interesse econômicos, ambientais e sociais e, assim, 'moldar' o modelo clássico de desenvolvimento". Cf. ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens. Desenvolvimento e Conflitos Ambientais...p. 13.

51. CorteIDH. *Opinião Consultiva OC-23/17*…par. 47-49. NAÇÕES UNIDAS. MEIO AMBIENTE. Fact sheet on human rights and the environment (em português: Ficha informativa sobre direitos humanos e meio ambiente). Disponível em inglês em: <wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/9933/factsheet-human-rights-environment.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 12.04.2018.

52. CorteIDH. *Opinião Consultiva OC-23/17*…par. 50.

53. CorteIDH. *Opinião Consultiva OC-23/17*…par. 50.

54. CorteIDH. *Opinião Consultiva OC-23/17*…par. 59.

55. CorteIDH. *Opinião Consultiva OC-23/17*…par. 59.

56. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Separate Opinion...par. 92.

57. A título de informação, o processamento do caso em comento foi juntado ao do processo relativo à construção de uma estrada ao longo do Rio San Juan (*Construction of a Road in Costa Rica Along the San Juan River [Nicaragua v. Costa Rica]*) em abril de 2013, visto que ambos envolvem as mesmas partes e tratam da mesma área, permitindo uma resposta mais célere da Corte.

58. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Separate Opinion...par. 92.

REFUGIADOS, DIREITOS HUMANOS, CONFLITOS E VIOLÊNCIAS: DILEMAS DA CONTEMPORANEIDADE

Maria Cláudia da Silva Antunes de Souza
Doutora e Mestre em "Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad" pela Universidade de Alicante – Espanha; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI – Brasil; Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado da UNIVALI; Advogada e Consultora Jurídica.

Micheline Ramos de Oliveira
Doutora e Mestre em Antropologia Social; Professora Titular do Mestrado em Gestão de Políticas Públicas/UNIVALI; Pesquisadora do NAUI/UFSC; Professora dos Cursos de Direito e Psicologia da UNIVALI; Professora da ITCP/UNIVALI.

RESUMO

Esta reflexão aborda alguns dos dilemas ocasionados pela "crise das migrações", fenômeno contemporâneo que tem tomado proporções nunca vistas, com objetivo de debater a categoria refugiados sob a problematização dos ditos direitos humanos, conflitos e violências, reconhecendo a diáspora contemporânea que os deslocados vivenciam em suas trajetórias transnacionais de deslocamentos. A metodologia utilizada para alcançar o relato dos resultados foi a da lógica indutiva, que diz respeito à pesquisa e identificação de partes de um fenômeno, compilando-as com vistas a alcançar uma percepção ou conclusão geral. Desta forma, o artigo se divide em dois momentos, apresentando a primeira parte uma análise acerca dos humanos direitos e a diáspora dos refugiados na contemporaneidade; a segunda parte traz o dilema dos conflitos e violências vividos pelos refugiados na contemporaneidade. Como resultado, constatou-se que aspectos políticos e sociais confrontados com uma normatividade jurídica acenam para a urgência de uma desconstrução de uma estabilidade em torno da categoria refugiados e, consequentemente, da maneira como Estado, instituições ditas humanitárias e aparatos jurídicos vêm apreendendo e lidando com tal fenômeno social, já que, na contemporaneidade, ao invés de propiciar e alargar o acesso aos direitos humanos para esta população, o têm dificultado.

Palavras chave

Direitos humanos; imigração; refugiados.

ABSTRACT

This reflection addresses some of the dilemmas brought about by the "crisis of the migrations", a contemporary phenomenon that has taken unprecedented proportions, and aims to debate the category of refugees under the problematization of human rights, conflicts and violence, recognizing the contemporary diaspora that the displaced live in their transnational trajectories of displacements. The methodology used to reach the results report was the inductive logic, which means that in the research there is an identification of parts of a phenomenon that are later compiled in order to reach a general perception or conclusion. Thus, the article is divided into two parts, presenting in the first part an analysis of "right humans" and the diaspora of refugees in the contemporary world, and in the second part the dilemma of conflicts and violence experienced by contemporary refugees. As a result, it has been found that political and social aspects confronted with a legal normativity, beckon to the urgency of a deconstruction of stability around the refugee category and, consequently, of the way in which State, so-called humanitarian institutions and legal apparatuses have been apprehending and dealing with such a social phenomenon. It is clear that contemporaneity, instead of providing and widening access to human rights for this population, has made it more difficult

Keywords

Human rights; immigration; refugees.

1. INTRODUÇÃO

Alguns dilemas sobre a "crise das migrações" serão tratados nesta reflexão que objetiva debater a categoria refugiados sob a problematização dos ditos direitos humanos, conflitos e violências, reconhecendo a diáspora contemporânea que os deslocados vivenciam em suas trajetórias transnacionais de deslocamentos.

O artigo está dividido em dois momentos: no primeiro se faz uma análise sobre os humanos direitos e a diáspora dos refugiados na contemporaneidade; o segundo trata dos conflitos, violências e o dilema de refugiados na contemporaneidade.

Quanto à Metodologia, o relato dos resultados será composto na base lógica Indutiva[1].

Constata-se que aspectos políticos e sociais confrontados com uma normatividade jurídica, acenam para a urgência de uma desconstrução de uma estabilidade em torno da categoria refugiados e, consequentemente, da maneira como Estado, instituições ditas humanitárias e aparatos jurídicos vêm apreendendo e lidando com tal fenômeno social, já que na contemporaneidade, ao invés de propiciar e alargar o acesso aos direitos humanos para esta população, o têm dificultado.

2. HUMANOS DIREITOS E A DIÁSPORA DOS REFUGIADOS NA CONTEMPORANEIDADE

Atualmente no mundo, mais de sessenta milhões de pessoas encontram-se na categoria de deslocados, de acordo com a Agência da Organização para Refugiados (ACNUR), entre eles refugiados, e aqueles que estão no processo de requerer asilo. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), esse número nunca foi tão extenso na história da humanidade. Os números são alarmantes, já que uma entre 113 pessoas no mundo é refugiada. Ainda, segundo a Organização Internacional para as Migrações (OIM), nos últimos dois anos chegaram à Europa quase um milhão e meio de pessoas.[2]

O temor pela própria vida, pela perda de segurança e liberdade, quando um país não quer ou não pode mais oferecer-lhe proteção, pode levar o sujeito à categoria de refugiado. De acordo com a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados da Organização das Nações Unidas (ONU), as causas reconhecidamente legitimadas para o requerimento de refúgio são pautadas em comprovadas perseguições políticas, por perseguição racial, étnica, religiosa ou por pertencer a um determinado grupo social. Ou seja, o sujeito pode ser reconhecido como refugiado quando tem que deixar seu país de origem em função de graves violações dos direitos humanos.

Fugindo de violências de toda ordem, da miséria, de guerras, e de um cotidiano que não apresenta nenhuma perspectiva de futuro, ultrapassam fronteiras mundo afora, lutando pelos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano fundamentados na Carta dos Direitos Humanos Universais e na Carta dos Direitos Humanos Fundamentais da União Europeia.

Dentre as questões sociais relacionadas com o acolhimento de refugiados e imigrantes, temas como saúde, educação e cultura devem ser refletidos com bastante cuidado. Principalmente, porque como fala Jacques Derrida[3], a hospitalidade incondicional não acontece por parte de países e comunidades que acolhem os ditos refugiados. Aqui a tolerância, antes de legitimamente acolher, encobre preconceitos e estigmas[4] lançados aos estrangeiros, que são vítimas duplamente, de seus países de origem, e dos lugares que lhes acontece estar em situação de deslocamento ou asilo.

Como consta no relatório 2015 da OIM, as migrações e a mobilidade populacional, aqui mais densamente os refugiados, as questões relacionadas à saúde, educação e cultura impactam seriamente na vida da população em geral para aqueles que estão em movimento e para as sociedades de destino, com implicações sérias e impactos ainda não contabilizados em toda sua grandiosidade nos direitos humanos, no desenvolvimento social e nas relações desiguais, que impossibilitam a equidade.

Aos países hospedeiros, um dos grandes desafios é a adequação dos cuidados à vulnerabilidade destas populações. Refugiados estão extremamente vulneráveis, primeiramente pelas experiências de violências e terror que sofreram em suas terras natais e segundo pelas vivências incertas e todo processo de judicialização pelos quais são submetidos, processos estes que, na maioria das vezes, os categorizam e os marginalizam ainda mais frente ao país de destino e ao mundo em geral.

Aqui suas capacidades e identidades são deterioradas num processo que precisa ser revertido, para que a transcendência do lugar de vítimas ou de algozes transcorra de forma amena. E, para isso, as competências técnicas dos países acolhedores devem pairar sob uma abordagem socioantropológica dos técnicos na prestação de cuidados geral, profissionais da saúde, educação e operadores de direito devem ter a capacidade para apreender os refugiados como indivíduos com distintas percepções, distintas formas de família e sociabilidade, diferentes visões de mundo e de ser humano.

Neste interim, o grande obstáculo para um acolhimento legítimo ou uma hospitalidade incondicional pode ser apreendido sob a luz de Michel Foucault[5] e seu conceito de governamentalidade. Para o autor, o Estado exercita o poder dirigindo com técnica e astúcia as condutas das populações, na tentativa de higienizá-las de acordo com os padrões hegemônicos, por meio de saberes, instituições, cálculos, táticas, análises e práticas circunscritas na complexidade, legitimadoras de uma inserção social, econômica e cultural que camufla um movimento de dissolução de capacidades e identidades exóticas ao país hospedeiro.

Como o imigrante vive continuamente em trânsito, num lugar de provisoriedade, como aponta Sayad[6], seguindo fluxos, muitas vezes as condutas dos Estados nacionais intervêm com regulamentações que podem ser lidas por fronteiras transnacionais como naturais, no sentido da manutenção da normalidade de acordo com os padrões civilizatórios[7].

Tais dispositivos de regulação do Estado, que objetivam à princípio conceder uma qualidade de vida aos refugiados, ideologicamente, por meio de seus discursos de poder etnocêntricos, circunscritos em discursos de saber tecnicamente legitimizados, acabam mediando o estigma, no sentido de esses sujeitos introjetarem e inculcarem o ser refugiado, num lugar em que suas subjetividades e culturas são negadas e inferiorizadas.

Conforme fala Segato[8],

> Se percebermos o poder da propaganda e o potencial persuasivo da dimensão simbólica da lei, compreendemos que ela incide...na moral, e nos costumes e no substrato prejudicial de onde emanam as violências. É por isso que a reforma da lei e sua expansão permanentes de seu sistema de nominação é um processo imprescindível e fundamental.

Isso quer dizer que a nomeação, a conceituação de refugiado, além de facilitar a sociabilidade dos sujeitos, pode, pelo contrário, ser revertida em mais um elemento que aciona condutas de preconceito e de estigmatização do nomeado[9], tendo como consequências o desenvolvimento de cotidianos que segregam e causam conflitos violentos que dissolvem quaisquer laços sociais com o outro, negando, assim, o exercício de alteridade.

Segundo Hall[10], as identidades do sujeitos, neste caso dos refugiados, são construídas num determinado contexto social, econômico, cultural e político e, para revertermos o estigma, devemos ter a percepção de que os discursos construídos com base em conceitos, como o de ser refugiado, não devem incorrer na fixidez, senão essa parcela pode correr o risco de carregar a pecha de subalternidade por um longo tempo histórico.

Se o vir a ser refugiado está relacionado com um projeto de mudança, ela é um fato social, apreensível por diversas dimensões[11]; as categorizações podem impactar pejorativamente neste projeto, quando engessam complexos processos de construção de subjetividade, sociabilidade e intersubjetividade, onde diferença, aproximação, hierarquização e equidade entre grupos sociais e culturais distintos acontecem em espaços temporais e espaciais específicos.

As burocracias arraigadas nas práticas do Estado e do judiciário que invadem o cotidiano e a vida ordinária dos refugiados, construindo discursos de verdade, acabam por dissolver quaisquer possibilidades de sujeitos singulares habitarem novos espaços em determinados tempos e contextos, de forma genuína de acordo com projetos de transcendência da marginalidade. As amarras da burocracia, por meio de documentos oficiais, ao invés de auxiliar essa parcela da população, acabam por fixá-los numa categoria de subalternidade.

É importante ressaltar que o cotidiano dos refugiados e os discursos que operam neste estão ligados intrinsecamente às suas memórias coletivas, individuais e sociais de suas experiências passadas, que entram em confronto com a memória de um tempo presente que parece nunca se concretizar definitivamente por

consequência da distância territorial concreta e simbólica de seus locais de origem.

Seus cotidianos instituídos pela luta diária de reconhecimento e busca de direitos, no Estado, aqui representado mais efetivamente pelo judiciário, parece lhes tirar a possibilidade de um viver corriqueiro, já que se encontram atravessados por uma burocracia de toda a ordem, que não os fazem esquecer do lugar que agora ocupam.

Portanto, torna-se imprescindível perceber que a inscrição jurídica de migrantes estrangeiros refugiados tem uma genealogia, bem como as trajetórias dessas migrações e seus fluxos, portanto não são fatos naturais, mas construídos historicamente, portanto a ideia de serem estanques deve ser problematizada para que reversões em relação à conquista de equidade de toda ordem dessa população seja possível.[12]

Algumas categorias de migração, como a de refugiados, estão vinculadas em debates nas relações internacionais, levantando discussões nos âmbitos da economia, da política, da sociedade e da moral. Portanto, para haver a concretização do acesso dos direitos humanos por esta parcela da população se deve admitir que, na contemporaneidade, conforme constatou Michel Agier[13], existem determinadas categorias de migração, incluindo refugiados, que são mal recebidas e rejeitadas.

Ainda para Agier[14], estratégias são confeccionadas pelos países hospedeiros para o não envolvimento da população local com os estrangeiros, numa ótica de higienização contemporânea; agências internacionais e humanitárias, quaisquer estruturas, desde os campos de refugiados, até as estratégias de cadastramento em geral, têm como objetivo último controlar o fluxo desta população.

Nossa experiência atual, de seres humanos no mundo, está marcada por precariedade no quesito solidariedade e todas as características pejorativas advindas do capitalismo parecem ganhar força numa era da globalização onde os deslocamentos em forma de migrações são contínuos, demonstrando a dramática situação de desnivelamento entre asilados e aqueles que perdem asilo e aqueles que exercitam o dito acolhimento.

Como já mencionado, as categorias sociais produzidas, os discursos pautados num multiculturalismo ideológico, cujos conteúdos advindos de um pretenso humanitarismo e dos direitos humanos, acabam por criminalizar ainda mais, e extorquindo vilmente a mínima possibilidade de humanização dos deslocados, expulsos brutalmente de seus locais de origem. Ou seja, essa "nova lógica de exclusão social", pautada em "políticas de governança tecnocrata, securitização, criminalização e desumanização da pobreza"[15], parece impedir a hospitalidade incondicional e todas as suas consequências.

A não aptidão das instituições do mundo, dos Estados em geral e suas sociedades parecem não estarem preparadas para um acolhimento legítimo de refugiados; então, a dita "crise dos refugiados com o qual o mundo se depara, para além da quantidade de pessoas em deslocamento é consequência, dentre outros, deste despreparo.

O preocupante é que agências multilaterais e de governos nacionais parecem corroborar e até instaurar tal inaptidão, colocando na pauta do dia a questão da circulação de refugiados que deve ser resolvida prontamente sem a menor preocupação com o resguardo dos direitos desta população. "As diferentes formas de expulsão (rejeições nas fronteiras, devoluções, retornos assistidos e voluntários) se tornaram parte de estratégias para combater os novos indesejáveis".[16]

Mais uma vez, as vítimas são duplamente vitimizadas, precisando provar que suas trajetórias se encaixam em concepções jurídicas e morais subjacentes à categoria vítima, neste caso, de refugiados, para angariarem seus direitos e não sofrerem a deportação.

3. CONFLITOS, VIOLÊNCIAS E O DILEMA DE REFUGIADOS NA CONTEMPORANEIDADE

Desde o final do século XX, viemos vivenciando uma densificação dos deslocamentos entre territórios transnacionais, até chegarmos no lugar onde nos encontramos na contemporaneidade, conceituado pela "crise das migrações" ou "crise dos refugiados". [17]

Aqui, manipulações e a instalação de uma cultura do medo em torno da mobilidade humana no mundo, vêm acompanhadas por um panoptismo bastante sofisticado, gerando conflitos e violências de toda ordem, pautados por ideologias disciplinadoras que criam uma ojeriza em torno dos refugiados, tratados ilegitimamente como "invasores" e percebidos como inimigos e estranhos à cultura local.

Este cenário tem contribuído de forma implacável para a modificação epistemológica e conceitual das fronteiras geopolíticas e simbólicas, a porosidade inerente ao diálogo, onde o ser humano tradutor concebe a dialogicidade, cede lugar à fixidez e a manutenção de tradições a todo custo, por meio de conflitos e violências.

Ora, há muito se sabe que ninguém é refugiado por que quer, mas por necessidade e prioritariamente pela busca da sobrevivência acompanhada por uma modificação do status quo. Neste sentido o acesso aos direitos humanos deveria caminhar ao lado dos refugiados. Mas, como vimos anteriormente, na vida ordinária isso não ocorre.

Neste sentido, um aspecto grave que deve ser discutido é que por mediação de leis e necessariamente de aparatos jurídicos muitas vezes um imigrante passa do status de refugiado para um dispositivo legal mais incerto: a dos "residentes temporários por razões humanitárias" e consequentemente pode ver reduzida a legitimização de seus direitos.

Esta seria a saída: reverter a categoria, a nominação dos sujeitos em mobilidade, para assegurar seus direitos. Essa poderia ser a saída para a desconstrução da categoria marginalizada de refugiado, desde que os discursos produzidos e consequentemente as práticas em torno dessa nova categoria não fossem pautadas em assistencialismos que, ao invés de provocarem a transcendência da condição dos imigrantes, vem tornando-os mais dependentes e "incapacitados".

Diante desta realidade Balibar[20] aponta que

> Os direitos humanos tornaram-se, novamente, o absoluto dos discursos políticos. Mas pouco ou praticamente nada se ouve falar sobre as políticas dos direitos humanos, não há qualquer questionamento sobre as suas condições, formas e objetivos.[18]

Mais uma vez, podemos verificar que estamos diante de uma situação em que a "assistência" jurídica e social cedida aos refugiados os leva a um lugar de exclusão e lastimável sofrimento.[19]

A intervenção humanitária, em particular o assistencialismo social, também produz a vitimização de refugiados. Quando lhes é negada a capacidade de ser no mundo, há um encaminhamento para um lugar de inferioridade, onde as perspectivas sociais, profissionais e afetivas desses sujeitos os reduzem à passividade, negando-lhes a capacidade de agência.

Neste caso, estamos diante de uma "violência estrutural" [20] que se configura por um conflito armado, ou pela discriminação sistemática de refugiados no país de asilo que prometeu protegê-los.

Esta violência é sancionada e ratificada quando lhes é negada a mediação linguística e cultural necessária para a sociabilidade no novo país, quando suas atribuições sejam nos âmbitos profissionais, relacionais ou políticos são invisibilizadas e caem no demérito por estarem fora de suas fronteiras.

Diante de um cenário tão crítico, as normatividades jurídicas necessitam ser revistas, descontruídas, por meio de um diálogo interdisciplinar com as ditas ciências sociais e humanas, no sentido do resgate ou introjeção e da importância da adesão às subjetividades dos sujeitos, que são objetivadas num mundo conflituoso e violento e clamam por visibilidade.

Enfim, vale dizer que, na situação dos refugiados na contemporaneidade, para que um conflito violento, onde existe a dissolução de laços sociais, possa se reverter num conflito positivo, onde existe a geração de sociabilidade,[21] pode ser obtido, por meio do exercício de uma observação e descrição densa[22] do cotidiano, o que denunciaria as contradições entre o sistema jurídico e a realidade de refugiados, flexibilizando o sistema jurídico no sentido de uma leitura mais coerente com as diversidades políticas, sociais e individuais.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Agência da Organização para Refugiados recentemente divulgou que mais de sessenta milhões de pessoas no mundo se encontram na categoria de deslocados, entre eles refugiados, e aqueles que estão no processo de requerer asilo. Segundo a Organização das Nações Unidas, esse número nunca foi tão extenso na história da humanidade. Os números são alarmantes, já que uma entre 113 pessoas no mundo é refugiada. O crescimento alarmante de desastres ambientais e da degradação de recursos naturais provoca uma preocupação no cenário mundial.

A Convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados (de 1951), destaca que são refugiados as pessoas que se encontram fora do seu país por causa de fundado temor de perseguição

por motivos de raça, religião, nacionalidade, opinião política ou participação em grupos sociais, e que não possa (ou não queira) voltar para casa. Fugindo de violências de toda ordem, da miséria, de guerras, e de um cotidiano que não apresenta nenhuma perspectiva de futuro, ultrapassam fronteiras geográficas, lutando pelos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano fundamentados na Carta dos Direitos Humanos Universais e na Carta dos Direitos Humanos Fundamentais da União Europeia. Dentre as questões sociais relacionadas com o acolhimento de refugiados e imigrantes, temas como saúde, educação e cultura, devem ser refletidos com bastante cuidado.

Ao analisar o assunto, verifica-se que aspectos sociais e políticos confrontados com uma normatividade jurídica acenam para a urgência de uma desconstrução de uma fixidez em torno da categoria refugiados e, consequentemente, da maneira como Estado, instituições ditas humanitárias e aparatos jurídicos vêm apreendendo e lidando com tal fenômeno social, já que, na contemporaneidade, ao invés de propiciar e alargar o acesso aos direitos humanos para esta população, o tem dificultado. O maior desafio à proteção de refugiados certamente não reside na Convenção de 1951 em si, mas em garantir que os Estados venham a cumpri-la. A verdadeira necessidade é a de encontrar maneiras mais eficazes de implementá-la em um espírito de cooperação internacional e responsabilidade compartilhada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGIER, M. AGIER, M**.** Refugiados diante da nova ordem mundial. Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 18, n. 2, pp. 197-215, 2006.

AGIER, M. *Gérer les indésirables: des camps de réfugiés au gouvernement humanitaire*. Paris: Flammarion, 2008.

BALIBAR, Etienne, *Masses, Classes, Ideas: Studies on Politics and Philosophy Before and After Marx*. Nova Iorque e Londres, Routledge,1994,

DAS, Veena, e Arthur KLEINMAN. *"Introduction", em Veena Das et al. (orgs.), Violence and Subjectivity***.** Berkeley, Los Angeles e Londres, University of California Press, 1-18, 2000.

DERRIDA, J. *Da hospitalidade*. Trad. Antônio Romane. São Paulo: Escuta, 2003.

ELIAS, N.; SCOTSON, J. *Os estabelecidos e os outsiders*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000.

FARMER, Paul. *"An anthropology of structural violence: Sidney W. Mintz lecture for 2001"*, Current Anthropology, 45 (3): 305-325, 2004.

FARMER, Paul. *Pathologies of Power: Health, Human Rights, and the New War on the Poor***,** pref. de Amartya Sen. Berkeley, Los Angeles e London, University of California Press, 2005.

FELDMANBIANCO, B. "Caminos de ciudadanía: emigración, movilizaciones sociales y políticas del Estado brasileño". In: (Org. FeldmanBianco, B.; RiveraSánchez, L.; Stefoni, C. & Villa Martínez, M. I.) *La construcción social del sujeto migrante en América Latina: Prácticas, Representaciones y Categorías*. Quito: Flacso, Clacso y Universidad Alberto Hurtado, pp. 235-280. 2011.

FOUCAULT, M. *Segurança, território e população***.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GEERTZ, C. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1989.

GOFFMAN, Erving. *Estigma: la identidad deteriorada*. 5ª. ed. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1993.

HALL, S. *Identidade cultural na pós-modernidade*. São Paulo: DP&A, 2006.

HALL, S. *Da diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.

PUSSETTI, Chiara, e Micol BRAZZABENI. *"Sofrimento social: idiomas da exclusão e políticas do assistencialismo"*, *Etnográfica*, 15 (3): 467-478, 2011.

SAYAD, A. *A imigração ou o paradoxo das alteridades*. São Paulo: EDUSP, 1998.

SAID, E. *Reflexões sobre o exílio e outros ensaios***.** São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SASSEN, S. *Expulsions: brutality and complexity in the global economy*. Cambridge, MA, Londres: Harvard University Press, 2014; Piketty, T. Capital in the twentyfirst century. Cambridge, MA, Londres: Harvard University Press, 2014.

SEGATO, Rita Laura. *Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais***.** Mana, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, pp. 207-236, 2006.

SEYFERTH, G. PÓVOA NETO, H. ZANINI, M. C. C. SANTOS, M. O. (orgs). *Mundos em movimento: ensaios sobre migrações*. Santa Maria: UFSM, 2007.

SIMMEL, Georg. *Sociología: estudios sobre las formas de socialización*. Madrid: Alianza, 1986, p. 45.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. *A (in)aplicabilidade do estatuto dos refugiados para os deslocados ambientais*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b25b911ffc2b76a6. Acesso em 19.7.2017.

WACQUANT, L. Que é gueto? Construindo um conceito sociológico. *Revista Sociologia Política*, Curitiba, n. 23, pp. 155-164, 2004.

WACQUANT, L. *Os condenados da cidade: estudo sobre marginalidade avançada*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 150.

_____ Disponível em http://expresso.sapo.pt/internacional/2016-06-20-65-milhoes-nunca-houve-tantos-refugiados-no-mundo. Acesso em 2017.

NOTAS

1. "[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]". PASOLD, Cesar Luis. Metodologia da pesquisa jurídica: Teoria e prática. 11ª ed. Florianópolis: Conceito editorial/Milleniuum, 2011, p. 86.
2. Informações obtidas na página Jornal Expresso [conteúdo digital]. Paço de Arcos. 2016. Disponível em <http://expresso.sapo.pt/internacional/2016-06-20-65-milhoes-nunca-houve-tantos-refugiados-no-mundo>. Acesso em 19 jul. 2017.
3. DERRIDA, J. *Da hospitalidade*. Trad. Antônio Romane. São Paulo: Escuta, 2003, p. 65.
4. GOFFMAN, E. *Estigma: la identidad deteriorada*. 5ª. ed. Buenos Aires: Amorrortu Editores, 1993, p.160.
5. FOUCAULT, M. *Segurança, território e população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 25.
6. SAYAD, A. *A imigração ou o paradoxo das alteridades.* São Paulo: EDUSP, 1998, p. 73.
7. ELIAS, N.; SCOTSON, J. *Os estabelecidos e os outsiders*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000, p. 180.
8. SEGATO, R. L. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Mana,* Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, pp. 207-236, 2006.
9. WACQUANT, L. *Os condenados da cidade: estudo sobre marginalidade avançada*. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 150.
9. WACQUANT, L. Que é gueto? Construindo um conceito sociológico. *Revista Sociologia Política, Curitiba*, n. 23, pp. 155-164, 2004, p. 158.
10. HALL, S. *Identidade cultural na pós-modernidade.* São Paulo: DP&A, 2006, p. 54.
11. SAYAD, A. *A imigração ou o paradoxo das alteridades.* São Paulo: EDUSP, 1998, p. 155.
12. SEYFERTH, G.; PÓVOA NETO, H.; ZANINI, M. C. C.; SANTOS, M. O. (orgs). *Mundos em movimento: ensaios sobre migrações*. Santa Maria: UFSM, 2007.
13. AGIER, M. Refugiados diante da nova ordem mundial. Tempo Social, *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, v. 18, n. 2, pp. 197–215, 2006, p. 199.
14. AGIER, M. Gérer les indésirables: des camps de réfugiés au gouvernement humanitaire. Paris: Flammarion, 2008, p. 37.
15. FELDMANBIANCO, B. "Caminos de ciudadanía: emigración, movilizaciones sociales y políticas del Estado brasileño". In: Org. FELDMANBIANCO, B.; RIVERASANCHEZ, L.; STEFONI, C.; VILLA MARTINEZ, M. I.) La construcción social del sujeto migrante en América Latina: Prácticas, Representaciones y Categorías. Quito: Flacso, Clacso y Universidad Alberto Hurtado, pp. 235-280. 2011, p. 238.
16. FELDMANBIANCO, B. "Caminos de ciudadanía: emigración, movilizaciones sociales y políticas del Estado brasileño". In: Org. FELDMANBIANCO, B.; RIVERASANCHEZ, L.; STEFONI, C.; VILLA MARTINEZ, M. I.) *La construcción social del sujeto migrante en América Latina: Prácticas, Representaciones y Categorías*. Quito: Flacso, Clacso y Universidad Alberto Hurtado, pp. 235-280, 2011.
17. SASSEN, S. *Expulsions: brutality and complexity in the global economy*. Cambridge, MA, Londres: Harvard University Press, 2014; Piketty, T. Capital in the twentyfirst century. Cambridge, MA, Londres: Harvard University Press, 2014.
18. BALIBAR, E. *Masses, Classes, Ideas: Studies on Politics and Philosophy Before and After Marx*. Nova Iorque e Londres, Routledge,1994, p. 53.
19. PUSSETTI, C.; BRAZZABENI, M. "*Sofrimento social: idiomas da exclusão e políticas do assistencialismo"*, *Etnográfica*, 15 (3): 467-478, 2011, p. 473.
20. FARMER, P. "An anthropology of structural violence: Sidney W. Mintz lecture for 2001", *Current Anthropology*, v. 45, n.3, pp. 305-325, 2004.
20. DAS, V.; KLEINMAN, A. "Introduction", em Veena Das *et al.* (orgs.), *Violence and Subjectivity*. Berkeley, Los Angeles e Londres, University of California Press, 1-18, 2000.
20. FARMER, P. *Pathologies of Power: Health, Human Rights, and the New War on the Poor*, pref. de Amartya Sen. Berkeley, Los Angeles e Londres, University of California Press, 2005.
21. SIMMEL, G. *Sociología: estudios sobre las formas de socialización*. Madrid: Alianza, 1986, p. 45.
22. GEERTZ, C. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 1989. pp. 38-40.

PROOF IN RENDITION CASES BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS[1]

Michael O'Boyle
Deputy Registrar of the European Court of Human Rights (2006-2015).

ABSTRACT

This article examines issues of proof in relation to the three most important rendition cases that have been decided by the European Court of Human Rights (*El-Masri*, *Al-Nashiri* and *Nasr Ghali*). It seeks to illustrate how the Court managed to overcome the very specific difficulties of proof inherent in such cases. When states cooperate extra-legally to capture, imprison and remove suspects to locations for interrogation they do so under 'cover of darkness' and go to considerable lengths to cover their tracks. When challenged before an international tribunal they either refuse to cooperate or simply deny the allegations. The article reveals that the European Court established the facts by relying on its well tested approach to evidentiary issues that has been developed over many years in its extensive case law. The Court did not employ any special rules for these particular types of cases although it relied on an inherent flexibility of approach and appreciation that paid special regards to the context of the cases, the serious implications for the states of the finding of a breach of the ECHR and the inherent difficulties of proof facing the victims of rendition.

Keywords

European Court of Human Rights; international protection of human rights; rendition; burden and standard of proof; rules of evidence; fact-finding.

1. INTRODUCTION

One of the characteristics of the 'rendition' of a suspect extra legally to a place where he/she can be interrogated without the usual restraints is the length the cooperating authorities go to maintain secrecy. The handover takes place away from preying eyes usually at an airport facility at an unusual hour. Efforts are made to avoid customs controls and the completion of documentation that would explain the purpose of the flight, the number of passengers and the point of destination.

When cases are brought before international tribunals such as the European Court of Human Rights (ECtHR) the respondent state will simply deny all knowledge of the alleged events and demand that the applicant prove beyond reasonable doubt that the events took place and that state authorities were implicated. This is a heavy burden for applicants and their counsel. Yet despite the veiled nature of the practice and its almost impenetrable aura of secrecy the ECtHR has managed to find multiple violations of the Convention (ECHR) in a number of cases that have come before it and satisfy itself that the respondent states were involved. This article seeks to explain how this was done and the ECtHR's approach to complex questions of proof that enabled it to be satisfied that the states' international responsibility was engaged.[2]

2. THE ECTHR'S APPROACH TO THE STANDARD AND BURDEN OF PROOF[3]

Neither the European Convention nor the Rules of the ECtHR seek to regulate how evidence is to be assessed by the ECtHR, although the Rules, contain detailed provisions concerning investigatory measures, including fact-finding and the obligations of the parties to participate in them.[4] In general, the ECtHR has been cautious about establishing strict rules concerning the imposition of the burden of proof, preferring a more flexible approach tailored to the circumstances of each case. As a general rule the burden of proof is not borne by one or the other party because the Court examines all the material before it irrespective of its origin and because it may, if necessary, obtain material

of its own motion. Its approach involves the free evaluation of evidence whereby each item of evidence is assessed for its credibility and probative weight without reference to strict rules concerning the admissibility of evidence such as the hearsay or exclusionary rules.

In most cases brought before the ECtHR, the evidence in the case will have been established by the national courts and/or will be the subject of agreement between the parties often having regard to what has been established at national level. It is only when there has been no examination of the issues by the national courts that the ECtHR might take a decision to resort to investigatory measures such as fact-finding. This is entirely a matter for the ECtHR's discretion. Factors that may be relevant to the decision to carry out fact-finding relate to the seriousness of the allegations being made, the existence of factual disputes between the parties that cannot be resolved with reference to elements in the file, the failure of the national authorities to carry out an investigation into the allegations, the existence of a realistic prospect of being able to resolve the factual disputes at issue and any *prima facie* indication that the allegations can actually be substantiated on their merits. The practicability and desirability of an *in situ* investigation are especially relevant factors in cases where the events took place in a war zone on or a long time ago when memories may have faded and witnesses passed away[5].

The ECtHR might also request documents to be submitted by the respondent State on the basis that it alone has knowledge of what has occurred in its detention centres or after taking a person into custody. The State is required under Article 38 of the European Convention to offer all necessary facilities for the examination of an application and a failure to provide such information may lead the ECtHR to draw negative inferences from its behaviour.

When examining cases on the merits the ECtHR uses the standard of proof "beyond reasonable doubt". It has reiterated in its case law that this standard is not to be confused with that applicable in a criminal trial where the guilt and innocence of an accused person is being assessed. The ECtHR is not seeking through its procedure to establish criminal responsibility. Its role is limited to determining whether certain facts have occurred that could amount to a violation of a European Convention right or rights for which the respondent state bears international responsibility. Seen from this perspective the standard is of a less demanding nature that its counterpart in criminal law.[6] A reasonable doubt is considered by the ECtHR to be a doubt for which reasons can be drawn from the facts established and not a doubt raised on the basis of "a mere theoretical possibility or to avoid a disagreeable conclusion".[7]

3. EL-MASRI V THE FORMER YUGOSLAV REPUBLIC OF YUGOSLAVIA

In the ECtHR's leading judgment on rendition–*El Masri v. The Former Yugoslav Republic of Yugoslavia*–it has referred to these evidentiary principles in the following terms,

> In cases in which there are conflicting accounts of events, the Court is inevitably confronted when establishing the facts with the same difficulties as those faced by any first-instance court. It reiterates that, in assessing evidence, it has adopted the standard of proof "beyond reasonable doubt". However, it has never been its purpose to borrow the approach of the national legal systems that use that standard. Its role is not to rule on criminal guilt or civil liability but on Contracting States' responsibility under the Convention. The specificity of its task under Article 19 of the Convention – to ensure the observance by the Contracting States of their engagement to secure the fundamental rights enshrined in the Convention – conditions its approach to the issues of evidence and proof. In the proceedings before the Court, there are no procedural barriers to the admissibility of evidence or pre-determined formulae for its assessment. It adopts the conclusions that are, in its view, supported by the free evaluation of all evidence, including such inferences as may flow from the facts and the parties' submissions. According to its established case-law, proof may follow from the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar unrebutted presumptions of fact. Moreover, the level of persuasion necessary for reaching a particular conclusion and, in this connection, the distribution of the burden of proof, are intrinsically linked to the specificity of the facts, the nature of the allegation made and the Convention right at stake. The Court is also attentive to the seriousness that attaches to a ruling that a

> Contracting State has violated fundamental rights (see Creang v. Romania [GC], no. 29226/03, § 88, 23 February 2012, and the cases cited therein).[8]

The last two sentences of the ECtHR's discussion are especially noteworthy. Here the Court signals that, while it is attentive to the seriousness of a ruling that a Contracting State has violated fundamental rights, the level of persuasion for reaching a particular conclusion and its approach to the distribution of the burden of proof are linked *to the specificity of the facts, the nature of the allegations made and the Convention right at stake*. The Court has recently recalled in *Merabashvili v Georgia* that it is sensitive to specific or potential evidentiary difficulties encountered by a party and may depart from the principle of imposing the burden of proving an allegation on the party that makes it in recognition of these difficulties.[9]

The ECtHR in *El-Masri* also addressed the issue of when the burden of proof will shift to the authorities and when unfavourable inferences can be drawn. It recalled its case law concerning Articles 2 (right to life) and 3 (freedom from torture) of the European Convention to the effect that when the events at issue lie within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons under their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and deaths occurring during that detention. The burden of proof in such a case may be regarded as resting on the state authorities to provide satisfactory and convincing explanations. In the absence of such explanations the ECtHR can draw inferences which may be unfavourable for the Government.[10]

These considerations also apply in disappearance cases examined under Article 5 (right to liberty) of the European Convention, where, although it has not been proved that a person has been taken into custody, it is possible to establish that he or she was officially summoned by the authorities, entered a place under their control and has not been seen since.[11]

In the *El -Masri* case most of the evidence was of a circumstantial nature. The only piece of direct evidence consisted of an untested statement by a witness who was Minister of the Interior at the relevant time. In this high pedigree statement, that flatly contradicted the Government's defence, the witness confirmed that *El-Masri* had been arrested on the foot of a valid international arrest warrant issued by the US authorities; that he had been detained incommunicado by agents of the state intelligence service in Skopje; that he was later handed over to the custody of a CIA rendition team at Skopje airport and that he was flown out on a CIA operated aircraft.[12]

Neither the ECtHR nor the national authorities had been given an opportunity to cross examine this witness whose written testimony had been provided late in the day after the termination of the applicant's attempt to obtain a national remedy although the ECtHR considered such testimony of a high-ranking government official against his own state to be 'of particular evidential value' and tantamount to an admission. It is undoubtedly for these reasons that the ECtHR did not attach a primary weight to this statement and used it more to confirm the ample circumstantial evidence that existed in support of the applicant's version of events. Moreover, the ECtHR found that the applicant's account of the events had been specific, detailed and consistent and had remained coherent and steadfast throughout a variety of domestic proceedings and international inquiries. It was therefore considered by the ECtHR to be credible.[13]

The circumstantial evidence adduced in *El-Masri* fell into three categories.[14]

First, the applicant's allegations were supported by a large amount of indirect evidence obtained during various international inquiries (the *Fava* and *Marty* inquiries[15]) and the investigation by the German authorities. Reference was made to flight logs to and from Skopje airport on the day in question; to scientific testing of the applicant's hair follicles confirming that he had spent time in a South Asian country and had been deprived of food for an extended period of time; geological records confirming the applicant's recollection of minor earthquakes during his alleged detention in Afghanistan and sketches that the applicant had drawn of the layout of the Afghan prison which were immediately recognisable by another rendition victim.[16]

Second, a letter from the Skopje Airport authorities confirmed that a Boeing 737 bearing the tail number N313P had arrived at Skopje airport on the relevant day with no passengers and had taken off carrying one passenger. In

addition, a report prepared by a lawyer and investigator for the *Marty* and *Fava* Inquiries (Mr J.G.S.) detailed the factual events between the time the applicant had entered the territory of the respondent State and the moment of his being handed over to the CIA team at the airport.[17]

Third, the ECtHR attached special importance to a wide range of publicly available material disclosing relevant information about the 'rendition programme' run by the US authorities at the time which, although not referring to the applicant's case, shed light on the methods employed in rendition cases like those described by the applicant.[18]

In view of the above-mentioned elements the ECtHR considered that there was *prima facie* evidence in favour of the applicant's version of events and that the burden of proof should shift to the Government. However, the Government failed to provide a satisfactory and convincing explanation of how the events in question occurred or a credible and substantiated rebuttal of the presumption of responsibility for what had taken place. In addition, they had not provided the ECtHR with documents from the applicant's file that had been referenced in the statement by the former Minister of the Interior or sought to contest the expert's report to which reference had been made. In such circumstances the ECtHR drew inferences from the available material and the authorities conduct and concluded that the applicants' allegations were sufficiently convincing and established beyond reasonable doubt.[19]

Lastly, the ECtHR concluded that the Government knew or ought to have known that by handing the applicant over to the CIA for purposes of rendition that there was a real risk of him being subjected to inhuman and degrading treatment. It referred to reports, relevant international and foreign jurisprudence and to media articles and noted that it had already expressed its grave concerns about US interrogation methods in Guantánamo and Bagram in *Al-Moayad v. Germany* (dec.), no. 35865/03, § 66, 20 February 2007. It concluded in para 118 that this material was in the public domain before the applicant's transfer to the US authorities and,

> is capable of proving that there were serious reasons to believe that if the applicant was to be transferred into US custody under the "rendition" programme, he would be exposed to a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3. Consequently, it must be concluded that the Macedonian authorities knew or ought to have known, at the relevant time, that there was a real risk that the applicant would be subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention. The Government failed to dispel any doubts in that regard (see Saadi, cited above, § 129). Material that came to light subsequent to the applicant's transfer confirms the existence of that risk (see paragraphs 103, 108-10, 123, 124, 128 and 129 above).

4. AL-NASHIRI V. POLAND; HUSAYN (ABU ZUBAYDAH) V. POLAND CASES

The Grand Chamber's approach in the *El-Masri* case to the establishment of the facts and the assessment of evidence was followed closely by the ECtHR in the *Al-Nashiri v Poland* and *sayn (Abu Zubaydah) v. Poland* cases.[20] Both applicants had alleged that they were victims of rendition on board the same rendition plane by the CIA to a secret detention site in Poland for the purposes of interrogation.

The ECtHR held a joint fact-finding hearing in Strasbourg on 2 December 2013 prior to the joint public hearing in the cases on 3 December 2013. It heard evidence from Claudio Fava, Senator Dick Marty (respectively authors of the European Parliament's *Fava Report* and the Council of Europe's Parliamentary Assembly *Marty Reports*); Mr J.G.S a lawyer and investigator and Mr Jósef Pinior, a member of the Polish Senate. Third-party submissions had been made by Amnesty International, the International Commission of jurists, the Helsinki Foundation for Human Rights and the UN Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms when countering terrorism (Mr Ben Emmerson Q.C.). Mr Emmerson also made submissions during the ECtHR's public hearing.[21]

On 10 July 2012, the Polish government had been requested by the ECtHR to submit a series of documents in its possession concerning a criminal investigation that had been opened in Poland in March 2008 concerning secret CIA prisons in Poland. The Government failed to produce the information and documentary

evidence requested. This failure to furnish the information requested lead the ECtHR to draw inferences against it.

> Given the exceptional difficulties involved in the obtaining of evidence by the Court owing to the high secrecy of the US rendition operations, the limitations on the applicant's contact with the outside world, including his lawyers, and his inability to give any direct account of the events complained of (see also paragraph 397 below), those documents were also important for the examination of his complaints under other provisions of the Convention. The Polish Government have had access to information capable of elucidating the facts as submitted in the application. Their failure to submit information in their possession must, therefore, be seen as hindering the Court's tasks under Article 38 of the Convention. On these grounds, the Court is entitled to draw inferences from the Polish Government's conduct in the present case (see paragraph 360 above and also Shamayev and Others, cited above, §§ 503-504).[22]

The ECtHR also highlighted that the applicant was detained in the US and could not give direct testimony to the ECtHR and was, in fact, forbidden by the US authorities from doing so. As his US lawyer had pointed out, he was gagged from speaking publicly of his own torture in Poland because the US takes the position that disclosure of his experiences of what happened to him would reveal classified sources and methods. That lawyer was also prevented from addressing the issues before the ECtHR for the same reasons. The Court observed,

> [These] circumstances have inevitably had an impact on the applicant's ability to plead his case before this Court. Indeed, in his application the events complained of were to a considerable extent reconstructed from threads of information gleaned from numerous public sources.
>
> The difficulties involved in gathering and producing evidence in the present case caused by the restrictions on the applicant's communication with the outside world and the extreme secrecy surrounding the US rendition operations have been compounded by the Polish Government's failure to cooperate with the Court in its examination of the case.
>
> In consequence, the Court's establishment of the facts is to a great extent based on circumstantial evidence, including a large amount of evidence obtained through the international inquiries, considerably redacted documents released by the CIA, other public sources and evidence from the experts and the witness (see paragraphs 15, 42-43, 49-77 and 213-338 above).[23]

The ECtHR outlined the transfer procedure of "High-Value Detainees" between CIA black sites based on CIA declassified documents. It noted the striking similarity in these respects with the account of the transfer given by *El-Masri* and considered that the following facts had been established beyond reasonable doubt.

> the applicant was photographed both clothed and naked prior to and again after the transfer;
>
> he underwent a rectal examination and was made to wear a diaper and dressed in a tracksuit;
>
> earphones were placed over his ears, through which loud music was sometimes played;
>
> he was blindfolded with at least a cloth tied around the head and black goggles;
>
> he was shackled by his hands and feet, and was transported to the airport by road and loaded onto the plane;
>
> he was transported on the plane either in a reclined sitting position with his hands shackled in front of him or lying flat on the floor of the plane with his hands handcuffed behind his back;
>
> during the journey he was not allowed to go to the toilet and, if necessary, was obliged to urinate or defecate into the diaper.[24]

The ECtHR concluded that there was abundant and coherent circumstantial evidence, which supported the conclusions (1) that Poland knew of the nature and purposes of the CIA's activities on its territory at the material time and that, by enabling the CIA to use its airspace and the airport, by its complicity in disguising the movements of rendition aircraft and by its provision of logistics and services, including the special security arrangements, the special procedure for landings, the transportation of the CIA teams with detainees on land, and the securing of the Stare Kiejkuty base for the

CIA's secret detention, Poland cooperated in the preparation and execution of the CIA rendition, secret detention and interrogation operations on its territory; (2) that, given that knowledge and the emerging widespread public information about ill-treatment and abuse of detained terrorist suspects in the custody of the US authorities, Poland ought to have known that, by enabling the CIA to detain such persons on its territory, it was exposing them to a serious risk of treatment contrary to the Convention.[25]

5. NASR AND GHALI V. ITALY[26]

Nasr–also known as *Abu Omar*–is an Egyptian national and member of the group *Jama'a Al-Islamiya*–an Islamist movement regarded by Egypt as a terrorist organisation. His links to fundamentalist networks had been under investigation by the Milan Public Prosecutor's Office. He was abducted on 17 February 2003 as he walked in a Milan street and was taken to the Aviano airbase operated by United States. He was then flown to Ramstein, a US airbase in Germany, and from there transferred to Cairo. He was secretly detained by Egypt until 19 April 2004. He had been tortured under interrogation. He was eventually released in 2007 and prohibited from leaving Egypt.

What distinguishes this case from *El-Masri* and *Al-Nashiri*–indeed from most rendition cases–is that the Italian judicial authorities had carried out an investigation into his abduction. This led to the identification of 22 US nationals who were suspected of involvement in the abduction. They fled Italy to avoid being detained by the authorities. The Minister of Justice later informed the prosecution authorities that he would not seek their extradition to Italy to stand trial. The investigation also extended to senior members of the Italian Military Intelligence Agency (SSMi) who were suspected of collusion in the abduction. The Italian Constitutional Court later ruled that various documents concerning their involvement could not be used or disclosed due to state secrecy.[27]

On 4 November 2009, the Milan District Court found that the abduction had been planned and carried out by CIA operatives; that the fact that authorisation have been given by very senior CIA officials suggested that the operation had been staged with the knowledge and even the tacit consent of the Italian authorities. The 22 CIA operatives who had been identified were convicted *in absentia* and given prison sentences. Various members of the Italian military intelligence agency (SSMi) were also convicted. These convictions were later quashed by the Court of Cassation on grounds of state secrecy. The Milan district court ordered the US nationals to pay substantial damages to the applicants. These damages were never paid and the Italian authorities have not sought the extradition of the convicted US nationals.[28]

The ECtHR established the facts of the case by following the facts as decided by the national courts. It endorsed the findings by the Italian magistrates that such an operation had been carried out by CIA agents authorised by the US intelligence services and that it could not have taken place without the Italian authorities having been informed and, further, that the existence of an authorisation to abduct *Nasr* given by very senior CIA officials suggested that the Italian authorities were both aware of and indeed complicit in the operation. It further referred to the numerous sources and documents substantiating the reality of extraordinary rendition practised by the CIA and copiously referenced in the *El-Masri* and *Al-Nashiri* judgments.[29]

Lastly the ECtHR held, as in the other two cases, that the Italian authorities ought to have been aware that by facilitating the CIA operation involving the abduction and transfer of the first applicant outside Italy's frontier he would be exposed to a risk of treatment in violation of his rights under the Convention. The establishment of Italy's responsibility did not require an awareness of the specific details of the destination or of the eventual fate of the first applicant.[30]

6. CONCLUSIONS

The analysis of the above-mentioned leading ECtHR rendition judgments prompts the following conclusions.

The cases illustrate the exceptional difficulties facing an international tribunal in determining the facts surrounding a rendition procedure that takes place outside the rule of law and under conditions of programmed secrecy where those who participate make every effort to ensure that their activities take place without witnesses and beyond the public's gaze. The

international tribunal is doubly handicapped by the absence of any national judicial investigation as seen in the cases of *El-Masri* and *Al-Nashiri* and triply so when the respondent State simply denies all involvement. If national proceedings are opened at all they inevitably lead no-where or come up against the unsurpassable hurdle of the state secrets doctrine.

The lengths to which the co-operating and colluding states go to protect secrecy are vividly illustrated by these cases. The State maintains a position of silence throughout the proceedings either denying outright that the events took place at all or that the state authorities had been aware of them or that the incident is imputable to the State. They also fail to co-operate with international inquiries such as those conducted by the European Parliament (*Fava*) and the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (*Marty*) and refuse requests for documents and information which it can reasonably be presumed they have in their possession. This has been the default response in the cases of *El-Masri* and *Al-Nashiri.*

As seen in *Al-Nashiri* the applicants were also prevented from giving direct testimony on the wholly self-serving and spurious basis that to do so would harm the interests of national security by providing details of sources and locations. The secrecy of an extraordinary rendition must be preserved at all costs even to the point of ridicule involving a preposterous gagging of the victims themselves.

There is also evidence of a concerted effort by the States to cover their tracks in anticipation of subsequent investigations by disguising the movement of rendition aircraft and by using special security arrangements and special procedures for landings to minimise the chances of the veil secrecy being lifted by eyewitnesses or passers-by or incriminating records.

Yet against this background of intentional concealment the ECtHR has not sought to invent a tailor-made evidentiary tool-kit for the express purpose of resolving these exceptional cases. It has rather relied on an array of evidentiary techniques that have been developed piecemeal in its jurisprudence over the years and emanated from numerous judgments dealing *inter alia* with unlawful killings or disappearances. In *Merabashvili v Georgia* (judgment of 28 November 2017) the Court has recently re-affirmed its preference for adhering to its usual approach to proof rather than having recourse to special rules.[31]

Thus, it has applied its constant case law concerning the standard and burden of proof. It has adopted the factual findings of the national courts where, exceptionally, a national judicial examination of the claims has been carried out (*Nasr* and *Ghali*). It has shifted the burden of proof to the Government when, in the light of a *prima facie* case being made out, the Government has failed to provide plausible substantiated explanations or documents and information in respect of matters uniquely within its knowledge and has drawn negative inferences from these failings. It has also examined in depth the existence of a wide range of circumstantial evidence drawn from a variety of national and international sources that, when considered in their totality, give support to the applicant's allegations and when taken in conjunction with negative inferences that have been drawn from the Government's behaviour enable it to satisfy a demanding standard of proof.

Perhaps the most striking factual element that runs through most of the rendition cases and supports the applicants' veracity concerns the transfer procedures[32] that were followed by CIA agents when transferees were handed over to them for rendition. These well documented procedures, involving *inter alia* mindless anal penetration and diapers, stand out for their bizarre, ritualistic and degrading character and were certainly designed to humiliate and render powerless the transferee. Yet the fact that they were followed in most of these cases–and by their very nature could hardly have been invented–provided good reasons for believing that the applicant who described the procedures in his statements had indeed been the subject of extraordinary rendition by the CIA transfer team.

Lastly, these rendition judgments illustrate the wisdom and practicality of the ECtHR's evidentiary compass, namely that the level of persuasion for reaching conclusions and the ECtHR's approach to the distribution of the burden of proof are not factors that are set in stone but vary in accordance with the specificity of the facts, the nature of the allegations and the Convention rights at stake. It is submitted that such a flexible approach to issues of evidence is entirely appropriate for an international human rights tribunal called on to examine a wide variety of allegations touching on many different types of human rights provisions.

NOTAS

1. This article ensues from an *amicus curiae* brief filed with the African Commission of Human Rights in the case of *Mohammed Abdullah Saleh Al-Asad v the Republic of Djibouti,* No. 383/2010 where rendition is alleged by the applicant.
2. The rendition judgments of the ECtHR *are: El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia,* no. 39630/09, Grand Chamber Judgment, ECtHR, 13 December 2012 [hereinafter "*El-Masri*"]; *Al-Nashiri v. Poland*, no. 28761/11, Judgment, ECtHR, 24 July 2014 [hereinafter "*Al-Nashiri*"]; *Husayn (Abu Zubaydah) v. Poland*, no. 7511/13, Judgment, ECtHR, 24 July 2014; *Nasr and Ghali v. Italy*, no. 44883/09, Judgment, ECtHR, 23 February 2015 (available only in French) [hereinafter "*Nasr and Ghali*"]. There are several pending rendition cases – *See e.g.*, *Al-Nashiri v. Romania*, no. 33234/12, Application, ECtHR, 1 June 2012; *Abu Zubaydah v. Lithuania*, no. 46454/11, Application, ECtHR, 27 October 2011. A hearing in these cases was held on 29 June 2016. A third case is pending before the Court (*Al-Hawsawi v Lithuania*). All the judgments of the ECtHR referred to in this text can be accessed from the ECtHR's Hudoc site – https://hudoc.echr.coe.int/eng
3. See generally, the Court's most recent pronouncement on th burden, distribution and standard of proof in *Merabashvili v Georgia*, Grand Chamber judgment of 28 November 2017, ECtHR, paras 309-317; also Harris, O'Boyle, Buckley and Bates, *The Law of the European Convention of Human Rights*, Third Edition, 2014, pp.146-148 (OUP) and O'Boyle and Brady, *Investigatory powers of the European Court of Human Rights* [2013] E.H.R.L.R Issue 4, pp.378-391. The ECtHR's fact-finding practice is set out in Philip Leach, Costas Paraskeva and Gordana Uzelac, *International Human Rights and Fact-Finding – An analysis of the fact- finding missions conducted by the European Commission and Court of Human Rights*, Human Rights and Social Justice Research Institute, London Metropolitan University, February 2009.
4. See, in particular, Rule 44 C para 1 and the Annex to the Rules of Court concerning Investigations.
5. O'Boyle and Brady, *Investigatory powers of the European Court of Human Rights* [2013] E.H.R.L.R Issue 4, pp.378-391, at 380-381.
6. In Mathew v. the Netherlands, no. 24919/03, § 156, Judgment, 15 February 2006, the ECtHR stated as follows: "In assessing evidence, the Court has adopted the standard of proof "beyond reasonable doubt". However, it has never been its purpose to borrow the approach of the national legal systems that use that standard: as applied by the Court, it has an autonomous meaning. The Court's role, it should be remembered, is to rule not on criminal guilt or civil liability but on Contracting States' responsibility under the Convention. The specificity of its task under Article 19 of the Convention – to ensure the observance by the Contracting States of their engagement to secure the fundamental rights enshrined in the Convention – conditions its approach to the issues of evidence and proof."
7. *v. the United Kingdom*, Judgment, 18 January 1978, ECtHR, para 161, Series A, no. 25 and *Shamayev and others v Georgia and Russia*, Judgment, 12 April 2005, ECtHR, para 338.
8. *El-Masri*, para 151.
9. Judgment, 28 November 2017, ECtHR, para 315.
10. Ibid, para 152.
11. Ibid, para 153.
12. Ibid, paras 161-164.
13. Ibid, para 156.
14. Ibid, paras 157-160.
15. Ibid, paras 47-51 – for a summary of the *Fava Report* and paras 37 and 43- 46 for extracts from the *Marty Reports* of 2006 and 2007.
16. Ibid, para 157.
17. Ibid, para 159.
18. Ibid, paras 98, 103, 106-27, and 160.
19 Ibd, paras 166-167.
20. These are identical judgments. The brief will focus on the *Al-Nashiri v Poland* judgment.
21. *See Al-Nashiri*, paras 7- 15; ECtHR's Press Release of 24 July 2014, *Secret rendition and detention by the CIA in Poland of two men suspected of terrorist acts* – ECtHR 231 (2014).

22. *Al-Nashiri*, para 375.
23. Ibid, paras 399-400.
24. Ibid, para 409. *See*, in this connection, the comparable transfer procedures referenced in the *El-Masri* judgment, at paras 108-110, concerning the Swedish rendition cases – *Agiza v Sweden*, UN Committee against Torture, Communication No. 233/2003, UN Doc. CAT/C/34/D/233/2003 (2005) and *Alzery v Sweden,* UN Human Rights Committee, UN Doc.CCPR/C/88/D/1416/2005 (2006).
25. *Al-Nashiri*, para 442.
26. This judgment of 23 February 2016 exists only in French. The ECtHR has prepared a detailed press release of the judgment available at https://hudoc.echr.coe.int/eng-press.
27. *Nasr and Ghali v Italy*, Press Release.
28 Ibid.
29. *Nasr and Ghali*, paras 233-234.
30. Ibid, para 243.
31. *Merabashvili v Georgia*, Judgment, 28 November 2017, para 310.
32. Given their ritualistic character it is probably more accurate to speak of "a transfer protocol".

A HUMAN RIGHTS APPROACH TO END OF LIFE? RECENT DEVELOPMENTS AT THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Miriam Cohen
Assistant Professor, Bora Laskin Faculty of Law, Lakehead University; PhD (Leiden University); LLM (Harvard Law School); LLM (University of Cambridge); LLM (Université de Montréal); LLB (Université de Montréal), of the Quebec Bar.

Jasper Hortensius
LLM Candidate, Kings College London.

ABSTRACT

Medically assisted death ("MAD") has, to date, only been accepted as a right in a limited number of countries. The main goal of this article is to address the evolution of MAD in the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) through a comparative analysis. This paper analyses the development of the law governing MAD in the *European Convention on Human Rights* (the "*European Convention*"),[1] and discusses whether a right to death with dignity is emerging within the *European Convention* framework. This paper focuses on the legal rights of those suffering from terminal illnesses with no chance of improvement in sight. It seeks to understand whether the rights enshrined in the *European Convention* for an interpretation that would allow MAD. Finally, this paper seeks to demonstrate that a right to a MAD may be recognized within the framework of the *European Convention*. However, the paper acknowledges that the right to MAD which may ultimately be recognized by the ECtHR is unlikely to impose a positive obligation upon the signatory states of the *European Convention*.

Keywords

Assisted death; death with dignity; European Convention.

I. INTRODUCTION

There is nothing more certain in life than death. The right to life is guaranteed within the supreme laws of most countries', and within universal and regional human rights conventions. Typically, the definition of a 'right to life' encompasses and presupposes the right to live with a degree of dignity. Conversely, in death an individual may not be afforded such a degree of dignity. In an all too familiar scene, family members, friends, and medical professionals understandably attempt to prolong a loved one's life, ultimately sacrificing their loved one's dignity in the process.

Medically assisted death ("MAD") has, to date, only been accepted as a right in a limited number of countries. The main goal of this article is to address the evolution of MAD in the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR) through a comparative analysis. This paper analyses the development of the law governing MAD in the *European Convention on Human Rights* (the "*European Convention*"),[2] and discusses whether a right to death with dignity is emerging within the *European Convention* framework.

Part I of this paper looks into the history of euthanasia and physician assisted suicide ("PAS"), and then proceeds with a discussion of how these two terms have been defined within the legal frameworks of jurisdictions recognizing the right to a MAD. Part II seeks to understand the jurisprudential construction of the rights recognized by the *European Convention* invoked in the context of MAD. Despite the small number of cases in this subject to date, every case attempted to assert the existence of a right to a MAD. Finally, this paper briefly discusses recent developments in the case-law in Canada as a point of comparison in the analysis of jurisprudential construction of death within dignity.

This paper focuses on the legal rights of those suffering from terminal illnesses with no chance of improvement in sight. It seeks to understand whether the rights enshrined in the *European Convention* for an interpretation that would allow MAD. Finally, this paper seeks to demonstrate that a right to a MAD may be recognized within the framework of the *European Convention*. However, the paper acknowledges that the right to MAD which may ultimately be recognized by the ECtHR is unlikely to impose a positive obligation upon the signatory states of the *European Convention*.

II. LEGAL DEFINITIONS, HISTORICAL DEVELOPMENT, AND CURRENT CONTROVERSIES SURROUNDING MEDICALLY ASSISTED DEATH IN EUROPEAN JURISDICTIONS

A review of the legal aspects of MAD found in different European jurisdictions (who are parties to the *European Convention*) can help provide a common linguistic framework for the discussion that follows.

1. Euthanasia and Physician Assisted Suicide

A physician typically has three choices during the final stages of a patient's life. The three choices include euthanasia, PAS, or palliative sedation. The first two methods actively assist a terminally ill patient to end their life. Palliative sedation typically involves alleviating a terminally ill patient's distress through sedatives and should not be categorized as a form of MAD. While the legal requirements for euthanasia and PAS are discussed here, palliative sedation is outside of the scope of this article.

A. Euthanasia

The definition adopted by the State Commission on Euthanasia in the Netherlands in 1985 states that euthanasia, in its most elementary form, is the intentional and active termination of a person's life at that person's explicit request.[3] What makes euthanasia legal is that the law allows it provided that the procedure is performed by a medical doctor.[4]

The requirements for euthanasia as set out by the laws of the three European countries allowing the practice are remarkably similar. The relevant sections of the laws are found in Article 2 of the Dutch *Assessment Act*,[5] Article 3 of the Belgian *Euthanasia Act*,[6] and Chapter 2 of the Luxembourgian *Euthanasia Act*.[7] The legal requirements for euthanasia can broadly be divided into two categories: 1) the requirements of the patient; and 2) the requirements of the physician. A patient must qualify for euthanasia based upon their particular medical and mental status. A doctor must ensure they fulfil a legal duty of care owed to the patient which seeks to ensure proper medical care is provided.

Both Belgium and Luxembourg require the patient to be deemed a "mentally capable person"; the Netherlands does not explicitly require this but it is implied by the wording of Paragraph 2 of Article 2 of the *Assessment Act*. In all three jurisdictions, the request for euthanasia by the patient must be based on their free will, should demonstrate it is well-considered, and should be made repeatedly. Euthanasia may only be performed if the patient has a medical condition which brings about unbearable and constant pain, from which no improvement, or relief, is expected. If the patient fulfils all the criteria, they are eligible for euthanasia.

Despite the requirement that a patient be mentally capable, and be in unbearable and constant pain, both Holland and Belgium have embraced controversial practices when applying euthanasia laws. In these two countries, examples can be found of individuals suffering from Alzheimer's or dementia (purely mental diseases) being euthanized, as well as minors and those who feel they have completed their life. These controversial applications of euthanasia will be addressed briefly below.

Prior to performing euthanasia, a doctor must fulfil an additional set of criteria. A doctor must always inform the patient about their medical condition and their life expectancy, about any alternative treatment options, and about the nature and effect of following through on their decision to end their life. A doctor must be satisfied, by holding several consultations with the patient, that euthanasia is the only suitable course of action, and that the patient has no doubt this is the solution they desire. Additionally, a second doctor, with access to the patient and their entire medical history, must be consulted. This second doctor must establish their own independent medical evaluation of the

patient's situation and must satisfy themselves of the legal requirements concerning the status of the patient, mentioned above. In the Netherlands, euthanasia without consent is not counted as euthanasia. Finally, after a physician euthanizes a patient, a report must be filed with the regional euthanasia commission, which details the entirety of the procedure.

These are the legal requirements adopted by three different countries which, as can be seen, all in principle require the same conditions to be fulfilled. The laws on euthanasia all emphasize the need for the patient to be fully informed, and all require the involvement of multiple medical doctors endorsing the decision before a euthanasia request can be granted. These requirements work together in order to prevent hasty decisions, and ensure all options are considered prior to a final decision being made.

a) Physician assisted suicide

PAS is a form of medical support where a doctor advises a patient about ways they can end their life and provides necessary medication in order to assist the patient to do so. However, PAS leaves the actual act of administering the drug to the patient. The assistance is limited to the provision of information or materials, as helping to administer the medication would amount to euthanasia.

In some jurisdictions, PAS helps to overcome fears that responsible physicians may be held responsible for murder. PAS allows doctors to avoid criminal liability. For example, in Germany, intentionally killing an individual in order to relieve their pain is prohibited but assisting an individual to commit suicide is a legal act, therefore, in the proper context, it is legal for a physician to assist an individual to commit suicide to relieve pain.[8] In Switzerland, PAS is criminal if it is done for selfish reasons such as when an assistant benefit from the death of the patient. Consequently, any assistance rendered to a person who wishes to commit suicide, if done out of compassion and for unselfish reasons, is legal and allowed.[9]

Given recent European history, the deregulation of PAS, particularly in Switzerland, is remarkable. The reason both Switzerland and Germany do not have equally progressive euthanasia laws as the Benelux (Belgium, Netherlands, and Luxembourg) stems in large part from the Nazi regime and its official policy of 'euthanasia' carried out against marginalized segments of society.[10] In response, the systems that have arisen in Switzerland and Germany do not embrace euthanasia, and do not require very much government oversight. Instead right-to-die associations in Switzerland have developed internal codes of professional conduct that have created a more stringent regulatory regime than provided for by law.[11]

2. Historical Background

The right to a MAD can be better understood by reflecting upon its historical development. It is important to recognize that the concept of a *right* to a MAD is relatively new. Prior to the Second World War, the practice of MAD had generally been abandoned. Beginning in medieval times, MAD fell out of practice, and was in fact outlawed in many countries.[12] Some physicians believed they were prohibited from performing the procedure as it appeared to conflict with sections of the Hippocratic oath.[13] Arising out of the global human rights movement, the concept only gained traction in the period following the Second World War.

Beyond the Hippocratic oath, an important barrier to the widespread acceptance and development of MAD, even today, arises out of the moral traditions of the Abrahamic religions (Judaism, Christianity, and Islam) which has helped shape European legal tradition. Abrahamic religious morality has influenced social norms, and has guided the legislative process, of European countries which has in turn limited the positive development of many of the civil rights that are now taken for granted.[14] Besides euthanasia, Abrahamic religious morality has worked to limit the development of the right to an abortion, the right to a divorce, and the right to marriage equality. Abrahamic religious morality remains central to on-going public debates about the scope of these rights.

Abrahamic belief in the sanctity of life plays a key role in the debate about whether a right to MAD should be recognized. Suicide, and by extension PAS, is prohibited within Judaism, Christianity, and Islam.[15] This prohibition led to the criminalization of suicide in some jurisdictions.[16] The impact of religious beliefs on the practice of MAD in Europe will be addressed in the following chapter addressing the ECtHR's jurisprudence.

Today, most of the laws prohibiting suicide have been abolished in order to avoid criminalizing the mentally ill and to encourage them to seek assistance. However, the act of assisting an individual to commit suicide remains widely prohibited. One primary reason for the prohibition of PAS arises out of concerns about the inherent difficulty of proving a deceased individual's desires once they are no longer alive. Without such evidence, assistance to suicide in the eyes of the law is akin to murder, and thus a criminal offence. Although, in law, there remains a clear distinction between suicide and homicide, the lack of evidence may mean that assisting someone to suicide may be charged as murder.

A second concern advanced in support of the prohibition of euthanasia or PAS are fears that permissive legislation may lead down a 'slippery slope', leading to a devaluation of the sanctity of life.[17] This is a legitimate concern; however, it is one which may be effectively countered through the implementation of a sufficiently comprehensive system of oversight. Such a comprehensive system has been suggested by the ECtHR and has been implemented by all states permitting MAD.[18] Despite this oversight, concerns remain that they may not be stringent enough to prevent abuse, particularly with respect to the mentally ill, and minors.

3. Two Traditions in Europe

a) The Benelux

The gradual shift in attitudes towards MAD started in the Netherlands. In 1973, Dutch courts came to the conclusion that a patient's life does not always need to be prolonged if doing so would only lead to unnecessary and purposeless suffering. This decision arose out of a case involving a physician whose mother was suffering from an illness from which she was unlikely to recover. Despite the mother's requests to her treating physicians, she was repeatedly declined to authorize a MAD. As a result, her daughter helped end her mother's life. In response, the daughter was convicted of murder, and sentenced to one week of suspended imprisonment.

However, after having found the daughter guilty of murder, the court took the opportunity to outline a set of criteria a medical doctor could use to defend themselves against the legal implications of carrying out a MAD.[19] In the aftermath of this case, a public debate on euthanasia arose, leading Dutch courts to recognize the practice of euthanasia as long as particular criteria were met by the physician. This jurisprudence was finally enacted into legislation passed in 2002,[20] ensuring statutory law reflected the judicial framework used by the courts since the 1980's.[21] Following the Dutch example, Belgium legalised the practice of euthanasia in 2002,[22] followed by Luxembourg in 2009.[23] To date, these are the only states in Europe that have allowed euthanasia.

b) Germany and Switzerland

While euthanasia has been accepted within the Benelux, Germany and Switzerland have instead embraced PAS, each adopting their own unique regulatory framework. In Germany, the legal foundation for PAS arises out of the personal autonomy accorded to the patient under the law.[24] Thus, PAS may be permitted if the patient has a terminal illness, and there is an advance directive stating the patient does not want to be treated.

Switzerland has taken the development of the right to a PAS a step further.[25] Switzerland has embraced rules which are differ from most other permissive jurisdictions in two major ways. First, a foreigner in Switzerland for the express purpose of ending their life, can do so using prescription medication acquired in a Swiss clinic.[26] Therefore, it appears as though anyone physically, and financially able to travel to Switzerland may be able to qualify for PAS. Most countries have decided to prohibit foreigners from accessing such services since the treating physician cannot be as intimately involved in the process.[27] The second major difference is that the person administering the procedure does not necessarily have to be a physician.[28] It can be argued that a physician is not necessary since a psychiatrist must first assess a patients mental state and approve the procedure, and it is the patient themselves, and not the physician, who undertakes the final physical act. Nevertheless, it is certainly a novel approach in a field where the aim has always been to ensure the patient dies in a manner which does not cause any additional suffering. The criteria applied in instances of PAS would be virtually identical to the requirements in jurisdictions which have authorized euthanasia.[29]

c) Current Controversies

The most controversial recent development may be the legalisation of euthanasia on very young children which is currently being discussed in both the Netherlands and Belgium. The Dutch *Assessment Act* prohibits euthanasia on children under twelve years of age and euthanasia without the consent of the patient. However, the Dutch *Groningen Protocol*[30] (the 'Protocol') provides guidelines used by medical professionals to decide whether to end the life of a new born child (a child younger than one year of age). The Protocol requires that the decision to commit euthanasia on a child be affirmed by the parents, or legal guardians, of the child.[31]

The Protocol, which has been adopted as a ministerial regulation, sets out a procedure under which a physician's decision is assessed by a review board, exempting the doctor from criminal liability. Due to its status as a ministerial regulation, the Protocol carries a force akin to law. Thus, it expands the scope of the previous *Assessment Act*.

In Belgium, the legislature authorized child euthanasia as an amendment to the Belgian Euthanasia Act. Since February 2014, children suffering from physical pain with no likely end in sight may request to be euthanized. In order to euthanize a child, Belgium, like the Netherlands, requires the affirmative consent of the child's parents, or legal guardian. This model assumes that since a parent or legal guardian is competent to make the decision for themselves they are equally competent to authorize the procedure for their child.[32] Of particular concern with this model is that minors, normally deemed incapable of making decisions affecting their rights under the law, are given broad discretion to decide to pursue euthanasia, albeit with their parent's consent.

Similar concerns exist with regards to the euthanasia of individuals with purely mental illnesses such as Alzheimer's disease and dementia. While informed consent may be given prior to the onset of these diseases, but there are questions about whether this consent is still valid after a patient becomes afflicted by the disease. Given the nature of these mental illnesses, it may be impossible to confirm whether and individual who has given prior informed consent to be euthanized still prefers this course of action given they may not be in significant physical pain.

III. DEATH WITH DIGNITY BEFORE THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: THE PANOPLY OF INVOKED RIGHTS

The European Court of Human Rights (the 'ECtHR' or the 'Court') has addressed the right to PAS and euthanasia in a number of separate cases. However, the ECtHR has also noted on multiple occasions that the state of the European law governing euthanasia, and its related practices, at this time does not represent a unified affirmation by signatories to the *European Convention* that such a right exists. This declaration has not prevented patients and their relatives from applying to the ECtHR in order to find recourse to a terminal illness. Seeking a death with dignity, applicants presented a variety of arguments to the ECtHR. Many sought the right to a MAD on the basis of what appears at first glance to be a different bundle of rights: the right to life.[33]

Applicants asked the Court to interpret the right to life to include a right to determine one's own time of death, and the right to be free from inhuman or degrading treatment.[34] Applicants argued that such rights included a right to end the suffering from illness through a MAD, or alternatively, that a blanket prohibition on MAD conflicted with and individuals right to a private life.[35]Accordingly, Applicants argued that, through prohibition, governments were interfering in essentially private matters, which should be divorced from the state, and did not implicate the public interest.

All these arguments to secure relief were denied. In cases where the Court was inclined grant a particular request, it cited the divergent views of the member States as the reason why the decision was not theirs to make. Instead, the Court found that the jurisdiction lay with the courts of the member States in question.[36]

As the review above demonstrates, the national laws of the member States of the Council of Europe governing MAD are widely divergent making it difficult for the ECtHR to pronounce on the subject. However, in addition to their domestic legislation, all members have international obligations as signatories to the *European Convention*. These obligations, as well as any further interpretation by the bodies

of the Council of Europe giving content to these obligations, should be considered by the ECtHR.

Despite the ECtHR's reluctance to pronounce upon a right to a MAD, there have been a limited number of cases which have been decided on their merits by the ECtHR. Three cases dealing with MAD demonstrate that a wide spectrum of arguments have been advanced at the ECtHR

In the following section, the fact patterns of each case, which share similarities, are first described in chronological order. Second, each case will be examined according to the articles of *European Convention* relied upon in court. Finally, the legal impact of each decision will be discussed.

1. The relevant case-law of the European Court of Human Rights

Pretty v the United Kingdom, was the first case before the ECtHR to consider MAD. Diane Pretty had been suffering from the advanced stages of motor neurone disease, which progressively weakened Ms. Pretty's muscles in her arms, legs and chest. As a result, Ms. Pretty had been left physically paralysed. Despite the diseases mental ravages, it was determined that Ms. Pretty retained her full mental capacity. As both euthanasia PAS are prohibited in the United Kingdom, she and her husband sought to a guarantee that no criminal prosecution would follow if her husband assisted her to commit suicide, as she was unable to do so on her own. This request was denied. The denial was subsequently appealed all the way to the ECtHR.[37]

In *Haas v Switzerland*, the applicant was suffering from bipolar disorder. His mental illness caused Mr. Hass great distress leading him to attempt suicide on multiple occasions. With the help of the Dignitas Association, a group advising and assisting those who wish to pursue MAD in Switzerland, Mr. Haas sought the medication necessary to carry out his wishes through the Government. This request was denied. It was appealed to the Federal Court, and then to the ECtHR.[38]

As opposed to the cases above dealing with the terminally ill, *Gross v Switzerland* considered the right of the elderly, but not necessarily ill, to end their lives. Ms. Gross did not want to go through what she felt was the undignified process of ageing which would lead to the degeneration of her physical and mental capabilities. As required in Switzerland, a psychiatrist examined her and found she was of sound mind but was unwilling to provide the medication she needed. She was repeatedly denied by various medical practitioners. A direct request to the government for the medicine was also denied, as the applicant was not suffering from an illness. This led to a series of appeals which eventually reached the ECtHR.[39] Interestingly, the applicant, whilst awaiting a hearing before the ECtHR, obtained the necessary medication and committed suicide before the case could be heard. Furthermore, neither Ms. Gross, nor her counsel, informed the Court of the steps she had taken. As a result, the ECtHR delivered judgment on the case.

However, Ms. Gross' trial did not end there. Upon becoming aware that Ms. Gross was deceased, the Swiss government took action and informed the Court. The Swiss government's appeal raised a preliminary objection, claiming that that Ms. Gross' application was an abuse f the right to file an application. The Grand Chamber of the ECtHR determined upheld this preliminary objection and subsequently dismissed the application altogether.[40] However, the decision to dismiss the application came after the Court had already passed judgment, as such, the decision still exists and can be analysed to provide insight on the way the ECtHR may rule in subsequent applications.

A recent decision, released in June 2015, in a French case considered palliative sedation. Although palliative sedation is not within the scope of this paper, *Lambert and others v France*[41] is useful as it may help in the interpretation of the scope of the right to death in the *European Convention*. The Applicants in *Lambert* were the parents and siblings of Mr. Lambert, a tetraplegic in a vegetative state as the result of an accident. There was no chance of recovery. As allowed under French law, Mr. Lambert's wife began the extensive procedure to request palliative care. During this application process, all possible legal protections were invoked as a result of a dispute between two sides of the family, leading the parents and others to apply to the Court. The parents held the view that providing palliative care would violate their religious beliefs as observant Catholics. They also argued that that palliative care was a violation of the right to life.[42] Although there

are questions whether this view is correct, as standard palliative care typically does not extend or shorten a patient's life span.

Having discussed the underlying facts of the above-mentioned cases it is useful to explore the argumentation, and the several Articles of the *European Convention* considered by the Court in reaching its conclusions.

A. The Right to Life

Perhaps the most obvious related right is the right to life, found in Article 2 of the *European Convention*. This right, often held to be one of the most important, if not the most important, provision of the Convention provides that life nearly always needs to be protected. Article 2 Paragraph 1 reads:[43]

Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

As it is, the only exception to this protection is an act of self-defence, or in defence of a third party as laid out in Paragraph 2. The death penalty has now been abolished on account of Protocols 6 and 13 to the *European Convention*. This means that there is an extensive positive obligation on the state to protect life. This obligation is broad in scope and goes so far as to place a duty on the government to actively protect a suicidal individual in its care.[44]

In *Pretty v the United Kingdom*, the Applicant argued that Article 2 should be interpreted in a way so that a government's obligation to protect life would only be engaged when it sought to protect third parties, rather than protecting a mentally sane individual against themselves.[45] In other words, the protection of the right to life should not be exercised in questions of euthanasia, or PAS. In the eyes of the Court however, no particular interpretation of Article 2 could imply that an individual has a right to determine the point in time of his/her death. Consequently, it follows from this holding that no right to die exists under this article.[46] Thus, the obligation of the government to protect life is absolute, and the reading of Article 2 presented by the Applicant was considered to a 'distortion of language' contained in the *European Convention*. Due to the clarity, and seemingly unambiguous decision of the ECtHR, the *Pretty*-case remains, to date, the last attempt to read in a right to a MAD the guarantee of a right to life in Article 2 of the *European Convention*.

However, Article 2 was once again advanced in *Lambert and others v France*. Now the question dealt with palliative care rather than MAD. The applicants contended that the State could not allow the withdrawal of a patient's nutrition and hydration, as part of its obligations under Article 2 to protect the right to life.[47] The applicants further submitted that this conduct would in fact amount to the commission of euthanasia.[48] In its decision, as with many decisions before,[49] the ECtHR held that broad discretion must be given to member states in order to allow them to develop their own legislation addressing complex questions of life and death.[50] However, in order to answer the challenge brought according Article 2, the Court applied three rules to assess whether the a States positive obligation to protect life under Article 2 was violated.[51] First, the Court must determine if there is a functional regulatory framework; second, the Court must take into account the wishes of the individual in combination with the opinions of medical professionals; third, the court will considering if functional regulatory framework permits recourse to the courts in case of doubts about whether a patient's interests are being served. In the end, no violation of Article 2 was found, and the assessment criteria were thus met: the French domestic laws allowing the suspension of treatment with the possibility of death were consistent with the provisions of the *European Convention*.[52]

Despite the ruling, in the eyes of the ECtHR, *Lambert* does not directly affirm a right to a MAD under Article 2. However, there are remarkable similarities between what the test advanced by the ECtHR in *Lambert,* and the previously discussed regulatory framework for euthanasia adopted within the Benelux. This suggests that the Court may, in the future, be willing to recognize a right to a MAD under a similar framework.

B. The Right to Be Free from Inhuman or Degrading Treatment

One argument which has been advanced, with a potentially higher likelihood of success, posits that unnecessarily prolonging a patient's life despite their express wish to end their life

may be inhuman or degrading treatment as it prolongs the suffering experienced by the patient. Article 3 of the European Convention seeks to protect individuals against inhuman and degrading treatment, as well as torture. Article 3's single paragraph states:

No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.[53]

The right expressed within Article 3 has no exceptions whatsoever, and certain exemptions which apply to some other rights do not apply.[54] Article 3 is absolute in nature and is worded so as to avoid any dispute over the content of the right enshrined within it.[55] This should make it relatively easy to determine the content of a state's obligation, and to determine if Article 3 is broad enough to permit MAD in order to protect an individual from unnecessary suffering.

Article 3 was advanced as an argument in *Pretty v the United Kingdom*. In *Pretty*, the ECtHR held that Article 3 is one of the most fundamental provisions contained within the European Convention, and represents one of the core principles of democracy: that no government can violate an individual's bodily integrity.[56] This ruling reflected the holding in *Soering v the United Kingdom* which concerned the extradition of a foreign prisoner suffering from AIDS. *Soering* demonstrated the wide scope of a state's obligation to protect individuals under its authority from inhuman or degrading treatment.[57] In *Pretty*, the Applicant argued that Article 3 created a positive obligation upon a State to take action to stop her suffering, making the government's inaction a violation of her rights. The Applicant argued that the complete ban on PAS in the United Kingdom, and the government and courts unwillingness to make an exception given Ms. Pretty's particular circumstances, namely that Ms. Pretty was of a sane mind, amounted to a form of inhuman or degrading treatment.[58] While, the ECtHR recognized the Applicants degenerating illness, and unavoidable death, would be a difficult burden to bear, it concluded by holding that Article 3 simply did not impose a positive duty upon a State to assist an individual to end their life.[59]

No further attempts have been made to advance a positive right to a MAD based on Article 3's prohibition against inhuman or degrading treatment.

C. The Right to Private Life

In its most basic form all applicants requesting the right to a MAD before the ECtHR are truly requesting a right to determine their own fate. In its most basic form this right requests that the government take a hands-off approach, essentially giving an individual autonomy over a personal matter over which the state arguably has little interest.

The right to a MAD is one of many areas susceptible to the arguably arbitrary morality embraced by governments around the world. This morality often governs an individual's immutable personal characteristics such as an individual's sexual identity, or personal choices such as reproductive practices.[60] Debate continues about whether these issues should be properly outside of the scope of a government's control and oversight given their personal nature. In the *European Convention*, Article 8 contains the right to a private life:

Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. [61]

The basic rule laid out therein is in principle without any exceptions, except for those provided in Paragraph 2 of the same Article:

There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. [62]

This is a standard list of exceptions which can be applied, and have been included, to protect the greater good of society. However, it is arguable that there is nothing more private than an individual's right to choose the manner and timing of their death. Furthermore, it can be argued that giving an individual such a right is unlikely to have a significant negative effect on the community as a whole, especially if the right to a MAD is implemented with a of sound regulatory framework governing acceptable practices and procedure, as is the case all jurisdictions allowing euthanasia.

In *Pretty*, the Applicant argued that the right to a private life encoded in Article 8 represents the embodiment of an individual's

right to self-determination. It follows that the strongest expression of self-determination an individual can make is to decide when and how to die. The Court, acknowledged that the notion of autonomy embedded in Article 8 represented the embodiment of the notion of personal autonomy within the *European Convention*,[63] and protected an individual's right to pursue dangerous conduct including refusing medical treatment.[64] However, the ECtHR held that a state's duty to protect life trumped the Applicants persuasive argument under Article 8.

In rejecting Ms. Pretty's argument the ECtHR held that while the treatment of Ms. Pretty may amount to a violation of the first paragraph of Article 8,[65] concerns for the terminally ill as a group precluded the Applicant's argument. The decision held that because the terminally ill are vulnerable and may not be able to fully comprehend the nature of their decision the Court does not consider a state's action to protect this class of individuals an unjustified interference with Article 8.[66] Although concerns for the terminally ill as a group may be justified, the Court's holding effectively disregarded Ms. Pretty's personal circumstances, upon which it had been asked to rule.[67]

In *Haas v Switzerland*, Mr. Haas argued that the requirement in Switzerland which called for a thorough psychological assessment in order to obtain medication needed to commit suicide was in violation of his right to a private life as well.[68] The Court held that, although an individual may have a right to terminate their own life in Switzerland,[69] it is essential that access to these services are well regulated due to the finality of the decision being made.[70]

In *Gross v Switzerland* Article 8 was once again advanced. Ms. Gross alleged that denying her the medication she required to end her life in dignity violated her private right to choose the time and manner of her death. Citing the *Haas* case, the ECtHR pointed out that an individual capable of making sound choices should be allowed to decide when to end their life.[71] However, the regulations in Switzerland only provided for patients with a medical condition, whereas Ms. Gross only suffered from being elderly which is not a medical condition per se.[72] This made applying the governing provisions to Ms. Gross' case difficult. While this lead to a possible violation of her rights, the Court only required the State to clarify the existing regulations. The Court did not provide its opinion on how regulations should be amended, in line with the doctrine of the margin of appreciation giving deference to State legislatures.[73]

D. Life and Death in the Decisions of the Court, Read Together

The case law discussed above makes it quite clear that the Court has no intention to recognize a positive right in the European Convention to a MAD. However, when holdings in the cases mentioned above are taken as a whole in conjunction with the Courts reasoning, a number of preliminary conclusions can be drawn.

As mentioned above, according to the ECtHR in *Pretty*, the right to life does not contain a right to a MAD. However, the right does directly prohibit the practice of the terminating a patient's life by withholding of medical care and food as seen in *Lambert*. Although it is likely a distinction without a difference, these holdings can seemingly be justified because the performance of the latter act is not severe enough to be prohibited as it is merely the cessation of an action, while the former is perceived as too severe as it requires an intentional action to end the life of a patient. A second justification arises because the notion of death does not fit clearly within a right created to protect life. For example, in *Pretty,* the Applicant's private life was made subordinate to the protection of the sanctity of life.

With respect to Article 3's guarantee seeking to preventing inhuman or degrading treatment, no attempts have been made to extend the obligation of the State to end suffering from disease since *Pretty*. So, according to existing caselaw, there is no such obligation.

The personal autonomy of an individual has always been recognized by the Court. This right also shows the most promise to be used as an avenue through which the ECtHR may recognize the right to a MAD. However, a right to death remains subject to the supremacy of the right to life.

In the next part of this paper, we analyse some key aspects of the interpretation of the right to life in the jurisprudence of the Court and then focus on the notion of the right to life in the context of assisted death. Through the analysis of the evolving interpretation by the

Court of the right to life, we argue that a right to death with dignity can be read into the right to life under the *European Convention*, permitting MAD.

E. The interpretation of the "Right to Life" in the jurisprudence of the European Court of Human Rights

Before turning to an analysis of the right to life in the specific context of assisted death, it is relevant to discuss the interpretation of the right to life in the Court's jurisprudence. Article 2 of the *European Convention* provides for the "right to life" and its protection "by law".[74] Importantly, it has been observed that the right to life is, in many respects, "the most basic right of all, as, without it, all the other rights become [illusory]".[75] A distinctive "pre-eminence" is given to Article 2 throughout the Court's jurisprudence due to its supreme significance.[76] This is evidenced in part by the fact that the right is 'non-derogable': it may not be denied even in a "time of war or other public emergency threatening the life of the nation."[77] Furthermore, the Court has stated that Article 2 must inform the interpretation of other parts of the Convention, such as Article 8.[78] Individual member states also generally hold the right to life in higher regard than other commonly invoked rights.[79] Tellingly, the right to life has been described by the Court as "one of the basic values of the democratic societies making up the Council of Europe" (*Makaratzis v Greece*).[80]

In the context of Article 2, "life" is limited to human life, as opposed to animal life or juridical-person life.[81] Beyond this, the precise meaning of "life" is not readily observable upon consideration of the Convention.[82] Furthermore, it has been suggested that the Court's "interpretation and application of Article 2 has left a large degree of ambiguity inherent in Article 2 even after 60 years of consideration".[83] One thing that is known is that only in certain narrowly prescribed situations may an individual have their right to life breached. For example, when the death penalty is provided for by law following a criminal conviction or when the State uses force in a manner that is "no more than absolutely necessary" ("a stricter and more compelling test… than that normally applicable"- *Mc Cann and Others v United Kingdom*[84]) to protect someone from unlawful violence.[85] In saying this, it has been noted that the legality of the death penalty is now questionable, at least when a member state is experiencing "times of peace" (according to Protocol No. 6).[86]

Not only does Article 2 prevent the State from intentionally taking an individual's life but it also imposes a positive obligation upon the State "to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction" (see *LCB v United Kingdom*).[87] This means that mere negligence on the part of the State in protecting life has the potential to draw liability.[88] The obligation on States to protect life has been recognized in a variety of contexts, including dangerous industrial activities – whether privately or publicly operated – due to the fact that it is States which have the authority to establish safety regulations (Öneryildiz v Turkey).[89] This duty to protect life also applies in circumstances where individuals in the State's care (such as a detainee, psychiatric patient, or one carrying out mandatory military service) pose a "'real and immediate risk' of suicide" (*Keenan v United Kingdom, Ataman v. Turkey*).[90] The right to life also requires States to investigate every death brought about by a non-natural cause[91].

It is important to note that just because the State is not directly responsible for a given death that does not necessarily mean that Article 2 will not apply (*Angelova and Iliev v Bulgaria*).[92] In saying this, Article 2 ought not to be interpreted in such a way that it "impose[s] an impossible or disproportionate burden on the authorities" (*Osman v the United Kingdom*).[93] Importantly, the specifics of the State's obligation in relation to the right to life are highly contingent upon the facts of each particular situation[94].

F. The "Right to Life" and Medically Assisted Death

The right to life has been described as the "most important interest at stake in the debate involving physician assisted suicide".[95] As such, it is important to consider how the Court treats MAD in light of the right to life.

It has been noted that there is a "consistent emphasis" on the State's duty to "protect life" found throughout the Court's jurisprudence on the right to life.[96] The idea is to protect life with virtually no regard from the Court as to the quality of the life that it seeks to protect.[97] Furthermore, the right to life has been held not

to have a negative aspect; specifically, in *Pretty v United Kingdom*, a unanimous Court stated that "Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die"[98]. It has been noted that the Court justified this holding "from a purely legal perspective, giving emphasis to a literal and systemic interpretation and eschewing a more 'dynamic' or 'evolutive' approach".[99] More will be said about the reasoning for the Court's position below.

It has been suggested that the Court's posture in relation to the right to life in connection with PAS emanates from the diversity with which the various European member States approach PAS[100] (ultimately stemming from the contentious nature of the practice). Given this diversity, the Court seems to have decided to invoke a "self-imposed mechanism of judicial restraint", considered to be a "core principle" of the Court known as the "margin of appreciation".[101] This doctrine stands for the notion that deference should be given to member States regarding issues in which there is no clear or detectable consensus.[102] The margin of appreciation plays a particularly noteworthy role in the reasoning of *Pretty*.[103] Although this doctrine was not openly discussed by the Court in relation to the right to life, it has been argued that the application of the margin of appreciation "to the issue raised in… *Pretty* is the quintessential illustration of its proper usage".[104] The margin of appreciation also played a key role in *Haas*.[105]

Another explanation for the Court's stance is the influence that religion has had – and continues to have – on the way human rights are interpreted. The "right to life" tends to be used synonymously/interchangeably with the "sanctity of life".[106]

Yet another reason for the Court's refusal to include assisted death within the right to life is the historical context/legacy of the Convention.[107] As one scholar notes, the Convention was brought into existence following World War Two- one of the most damaging atrocities known to humankind.[108] It was concerned with constructing a "new Europe"- with casting a vision for a better society[109]. Contentious ethical issues such as PAS were not in contemplation.[110] Given that the Convention was not designed to encompass issues of this nature, the Court has been hesitant in its approach towards medically assisted death.[111]

G. Interpreting the "Right to Life" as Encompassing Assisted Death

As noted above, the Court held in *Pretty* that "Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring… a right to die".[112] However, it has been submitted that the Court's "distortion of language argument" can be overcome.[113] Specifically, Article 2 guarantees that no one will be *deprived* of his/her life.[114] To be deprived of something is to have said thing taken away against one's will.[115] Given this, it has been argued that it does not make sense to "say that someone is deprived when he urgently and insistently requests it".[116] Following from this line of reasoning, the only way to make sense of this dilemma is if one interprets the "right to life" as a sort of "duty to live".[117] However, it has been noted that such an interpretation is inconsistent with the very title of the Convention – which purports to protect rights and freedoms; not impose duties and obligations.[118]

In *Pretty*, a number of arguments pertaining to Article 2 were advanced in hopes of securing a right to die. For example, it was argued that Article 2 protects "the right to life and not life itself".[119] As such, it protects the right to *choose* to live.[120] As well, it was argued that by not being granted permission to have assistance with suicide, the Court would, in effect, be declaring the countries which do permit assisted dying to be in breach of Article 2.[121] Ultimately, the Court did not accept these submissions and found that there was no violation of Article 2[122].

There are also ethical/moral, as opposed to legal, arguments pertaining to "the right to life" and its relationship – if any – to a "right to die." For example, one scholar has noted that while a common criticism of PAS is that it leads to an overall devaluation of human life or a devaluing of every human life[123] (which is for obvious reasons problematic), this can be overcome. Specifically, it has been suggested that while life undoubtedly has intrinsic value, a portion "of its value lies in the fact that our life is, in part, our own creation".[124] Individuals choose values and assign dignity (at least in part) to their own lives. Thus, if one believes that to continue living life under a given set of circumstances (e.g. severe

illness, untreatable pain) would devalue said life, "it is the very intrinsic value of life itself that mandates ending it".[125] Assisted death can be seen as an expression of value "of a particular life".[126] It almost goes without saying that one who places more emphasis on the "investment" that God or nature has made in human life (rather than the human component) is unlikely to be persuaded by this argument.[127]

The case *X v. Germany* can provide a means of transforming assisted dying into a protected right in a manner closely connected to the right to life.[128] This case concerned a prisoner who went on a hunger strike. He was eventually forced to eat (against his will). The Court held that this sort of treatment was acceptable because the authorities responsible were simply acting in the "best interest" of the prisoner.[129] If applied in the PAS context, the logic behind this case allows one to at least argue that denying a terminally ill individual's request to die with dignity is to dispense with the best interests of said individual.[130]

Thus, the right to life should be interpreted in a fluid manner, taking into account not an abstract idea of the "sanctity of life" but rather the human component of life, and the human desire to live, and that the right to a MAD should be read in Article 2 of the *European Convention*. As a point of comparison, considering the parallel development of the jurisprudence on assisted dying before the European Court and in Canada, the next section examines the evolution of Canadian law on assisted dying.

IV. THE EVOLUTION OF ASSISTED DEATH IN CANADIAN JURISPRUDENCE: A POINT OF COMPARISON

Although Canada is not a party to the *European Convention*, a brief survey of its judicial response to PAS is nonetheless instructive given the similarities between the rights guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the '*Charter*') and the *European Convention*. Jurisprudence emanating from the SCC demonstrates that despite previous proclamations denying a right to MAD exist within the *Charter* have been revaluated. It is important to consider the reasons for this change in position, the content of the right proclaimed by the SCC, and whether this revaluation could be followed by the ECtHR.

When the right to PAS came before the SCC in 1993, it was held that Canada's blanket prohibition on PAS as set out in the *Criminal Code* did not violate any of the rights or freedoms protected by the *Charter*,[131] and in particular the right to life, liberty and security of the person (Section 7). Twenty-one years later, the Supreme Court had the opportunity to re-evaluate its prior decision. The Court unanimously "overturned" itself, ultimately rendering Canada's blanket prohibition on PAS – the same provision previously upheld as constitutional- "void and of no legal effect".[132] The basis of the Court's decision to strike down the ban was that it violates Section 7 of the *Charter*.[133] Given the stark contrast between these two decisions – *Rodriguez* (1993) and *Carter* (2015) – a comparative analysis may demonstrate the reasoning which allowed the SCC to revise its position, and whether a similar revision is likely to be made by the ECtHR.

The facts giving rise to both the *Rodriguez* and the *Carter* cases are noticeably similar. Both decisions centre largely on individuals – Sue Rodriguez and Gloria Taylor respectively – who had been diagnosed with amyotrophic lateral sclerosis, a fatal neurodegenerative disease which causes an irreversible and continuing break down in muscle capacity.[134] Both individuals shared the desire to exercise at least some control over of the manner and timing of their death.[135]

The arguments advanced by Ms. Rodriguez and Ms. Taylor displayed a number of similarities, with a couple of noteworthy differences. Specifically, in *Rodriguez*, it was argued that the prohibition on PAS violates s. 7 of the *Charter* – as well as s. 12 (guaranteeing freedom from cruel and unusual punishment), and s. 15 (guaranteeing equality rights) – primarily by precluding one from having influence over one's death.[136] This line of reasoning – as has been noted in the scholarship – is an appeal to autonomy and dignity.[137] As noted above, the Court did not accept this argument as the blanket prohibition was seen as necessary to protect vulnerable people from being pressured into choosing PAS.[138]

As mention above, similar concerns seeking to protect the greater good of society motivated the ECtHR to reject a right to a MAD under Article 8 guaranteeing a right to a private life. The arguments made to the ECtHR advanced

similar notions about placing restrictions upon individual autonomy.

In *Carter*, it was argued that the choice between taking one's own life prematurely and renouncing all control over the means and timing of one's own death – an effect of the impugned blanket prohibition on PAS – infringed upon one's right to life.[139] Interestingly, scholars have observed that this particular argument goes further than the argumentation present in *Rodriguez* by appealing to inconsistency (i.e. the ban on PAS – which is intended to preserve life – actually jeopardizes life) and "because consistency is a matter of logic, cases built on it tend to be more convincing than those built on the standard stuff of values."[140] This new argumentation in *Carter* found favour with the Court as it stated that "a prohibition on assisted death would create a duty to live and such a duty would be inconsistent with the legality of consenting to the withdrawal or refusal of life-sustaining treatment".[141] Furthermore, the Court suggested that while a profound respect for the value of human life lies at the heart of Section 7, it "also encompasses life, liberty and security of the person during the passage to death."[142] Thus, while the need to protect the vulnerable was acknowledged, the blanket prohibition on PAS – insofar as it affects "competent, fully informed, and un-coerced individuals" – was found to be overbroad and therefore not in accordance with the principles of fundamental justice.[143]

In *Carter*, the Court provided at least two reasons for reversing the position it had taken in *Rodriguez*. The first is "changes in Charter jurisprudence… [especially in relation to] the doctrine of overbreadth".[144] The second is changes in the social "factual matrix" (i.e. the advent of regulated assisted dying in other countries).[145] In fact, it has been argued that decision hinged primarily on whether a blanket prohibition was necessary to protect the vulnerable and further, that it was the example of other jurisdictions who have successfully implemented PAS which tipped the balance.[146]

One again, the SCC's decision recognized the argument which has been rejected by the ECtHR with respect to Article 2 of the *European Convention*, guaranteeing the right to life. Notably the SCC was clear that a right to life, liberty, and security of the person does not impose a "duty to live". This distinction has not been seriously advanced before the ECtHR and may have a higher chance of success as it advances a legal argument based on logic, rather abstract and subjective concepts such as dignity, and personal autonomy which may be understood differently within different jurisdictions and segments of society.

Rather, the SCC's decision appears to be a compromise position, one which recognizes personal autonomy, order parliament to legislate a framework to govern the practice according to social and legal norms, without imposing a positive obligation on the state to provide access to MAD services. This may be an avenue through which the ECtHR could achieve a compromise between its desire to recognize the legislative autonomy of the signatories to the *European Convention*, while recognizing that a blanket prohibition on MAD practices without recognizing an individual's unique personal circumstances and beliefs is overbroad. This may not amount to a recognition of a positive right on the government to provide MAD services, but could open the door to specialized organizations willing to undertake the necessary procedures.

Thus, the Canadian experience in relation to the legalization of assisted death has been to look at other jurisdictions and learn lessons that could be applied in the Canadian context. In Canada, the right to life has allowed for the inclusion of a right to assisted death, while not imposing a positive obligation on the state to provide MAD services. The study of the Canadian experience and analysis of the right to life is informative in examination of the evolution of assisted death before the European Court. In the same way Canada has looked to European jurisdictions for guidance, the ECtHR may be able to borrow from Canadian jurisprudence allowing signatories of the *European Convention* to develop their own legislative frameworks which do not impose complete bans upon the practice. In this sense, European states would be the functional equivalent to Canadian provinces who have been empowered to develop their own frameworks.

V. END OF LIFE BEFORE THE EUROPEAN COURT: TOWARDS A RECOGNITION OF THE RIGHT TO DEATH WITH DIGNITY?

In Europe, an initial overview of the number of countries providing access to MAD

makes it abundantly clear that a consensus about the legality of the practice has not been reached. It has been left up to the individual legislatures of the member States, which in many cases are reluctant to embrace MAD for their own reasons. At this time, the right to a death in dignity is not formally recognized under the *European Convention*.

However, the review of the state of the law and jurisprudence within European jurisdictions, and the evolution of the law in Canada, a number of recommendations can be made on how a right to MAD under the *European Convention* could be developed. Taking into account the requirements for euthanasia with in the Benelux, along with the practice of PAS in Switzerland and Germany it appears that a level of regulation at a local level can actually help develop new strategies to ensure that access to MAD services are not abused.

It seems that the framework that is included in *Lambert v. France* actually serves as a blueprint for an effective MAD system. A regulatory framework with clear rules and effective review procedures, the inclusion and consideration of the patient's wishes, and the ability of family and guardians to protect the best interests of the patient through a judicial body takes away most of the criticisms surrounding the right to assisted death. Such a framework would allow and individual to make a personal decision regarding timing and manner of their death in the certainty that their wishes will be respected and that they will be protected by procedural safeguards.

In Canada, the SCC has been careful to avoid developing a system of positive rights which would place an obligation on the State to provide services which may overburden the government or be politically controversial when no consensus exists. However, this reluctance has not stopped the SCC from taking steps to ensure that moralistic views held by particular segments of society do not conflict with the desires of those who do not hold such views. It is likely the ECtHR could pursue a similar path by stating that the right to life does not impose a duty to live, and subsequently holding that neglecting to develop a permissive framework respecting an individual's autonomy and beliefs is akin to a State subjecting an individual to inhuman or degrading treatment.

The Canadian example demonstrates how, in the span of two decades, judicial decisions believed to be final can be reversed. The jurisprudence from the ECtHR indicates that to date all arguments seeking the Court to declare a right to MAD have failed. However, it is possible that future arguments based in logic rather than abstract principles, and calling attention to the *Carter* decision in Canada, may help the Court revise its position to declare that current prohibitions against MAD are a violation of the rights enshrined in the *European Convention*.

NOTES

1. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4 November 1950, 213 UNTS 221 (entered into force 3 September 1953) [ECHR or Convention].
2. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 4 November 1950, 213 UNTS 221 (entered into force 3 September 1953) [ECHR or Convention].
3. Netherlands, The State Commission on Euthanasia, *Rapport van de Staatscommisic Euthanasie Volume 1* (The Hague, Staatsuitgeverij, 1985*)* at 26.
4. Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act, 2002, Stb 2001, 194 (entered into force 2002) [The Dutch Act]; The Belgium Act of Euthanasia, 2002, c 2 s 3, [Belgium Euthanasia Act].
5. The Dutch Act, supra note 3.
6. Belgium Euthanasia Act, supra note 3 at 3.
7. Euthanasia and Assistance to Suicide Act, 2009 at 2 [Luxembourg Euthanasia Act].
8. *Criminal Code* (Germany), 1998, s 216.
9. *Swiss Criminal Code* (Switzerland), 2016, s 115.
10. John Griffiths, Heleen Weyers & Maurice Adams, *Euthanasia and Law in Europe*, 1st ed (Oxford, UK: Hart Publishing, 2008) at 463.
11. *Ibid* at 474-476.
12. Joseph M Pierre, "Culturally Sanctioned Suicide: Euthanasia, Seppuku, and Terrorist Martyrdom" (2015) 5:1 World J Psychiatry 4 at 5.
13. Kyriaki Mystakidou et al, The Evolution of Euthanasia and Its Perceptions in Greek Culture and Civilization, (2005) 48:1 Perspect Biol Med 95-104.
14. Ibid.
15. See the Talmud, *Avodah Zarah*, 18a; the Bible 1 Corinthians 6:19 – 20; and from the Quran 2:195.
16. See e.g. *Suicide Act*, 1961 (UK), 9 & 10 Eliz 2, c 60, s 1; *Criminal Law (Suicide) Act*, 1993 (Ireland), s 2 (1).
17. David Benatar, "Assisted Suicide, Voluntary Euthanasia and the Right to Life" in Jon Yorke, ed, *The Right to Life and the Value of Life: Orientations in Law, Politics and Ethics* (Farnham: Ashgate, 2010) at 302 [Benatar]; Tom Campbell, "Euthanasia as a Human Right" in Sheila AM McLean, ed, *First Do No Harm: Law, Ethics and Healthcare* (Aldershot: Ashgate, 2006) at 451-452.
18. Benatar, *supra* note 16.
19. *Postma*, District Court, Leeuwarden, 21 February 1973, NJ 1973 Nº 183) (Netherlands).
20. Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (*Act for the Assessment of Ending Life upon Request and Assisted Suicide,* 2002, Netherlands) [*Assessment Act*].
21. Judith A C Rietjens et al, "Two Decades of Research on Euthanasia from the Netherlands. What Have We Learnt and What Questions Remain?" (2009) 6:3 Journal of Bioethical Inquiry 271 at 272-273.
22. Belgium Euthanasia Act, supra note 3.
23. Luxembourg Euthanasia Act, supra note 6.
24. Jochen Taupitz & Amina Salkic, "Advance Directives and Legality of Euthanasia under German Law" in Stefania Negri, ed, *Self-determination, Dignity and End-of-Life Care: Regulating Advance Directives in International and Comparative Perspective* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2011) at 350-352.
25. Georg Bosshard, "Switzerland" in John Griffiths, Helen Weyers & Maurice Adams, eds, *Euthanasia and Law in Europe* (Oxford: Hart, 2008) 463 at 470 [Bosshard].
26. *Ibid.*
27. See e.g. *Koch v Germany*, No 497/09, [2012] V ECHR [*Koch*].
28. Bosshard, *supra* note 24, at 471-472.
29. *Ibid* at 473.
30. Eduard Verhagen & Pieter J J Sauer, "The Groningen Protocol – Euthanasia in Severely Ill Newborns" (2005) 352:10 The New England Journal of Medicine 959.
31. Staatscourant (Netherlands Gazette) vol 46 p 10 s 2.3 (6 March 2007).
32. *Belgium Euthanasia Act, supra* note 3 as amended by *Act amending the Act of 28 May 2002 on euthanasia*, sanctioning euthanasia for minors 28 February 2014 (Belgium).
33. *ECHR*, *supra* note 1 art 2.
34. *ECHR, ibid*, art 3.

35. ECHR, ibid art 8.
36. *Koch*, *supra* note 26, at para 71.
37. *Pretty v UK*, No 2346/02, [2002] IV ECHR at paras 7-15 [*Pretty*].
38. *Haas v Switzerland*, No 31322/07, [2011] I ECHR at paras 7-18 [*Haas*].
39. *Gross v Switzerland* [GC], No 67810/10, [2013] ECHR at paras 6-21 [*Gross*].
40. *Gross, ibid* at paras 16-19, 37.
41. —
42. —
43. *ECHR, supra* note 1 art 2(1).
44. *Keenan v United Kingdom*, Nº 27229/95, [2001] III ECHR at para 91.
45. *Pretty, supra* note 40 at para 35.
46. *Pretty, ibid* at para 39.
47. *Lambert, supra* note 44 at para 113.
48. *Lambert, ibid* at para 119.
49. *Haas, supra* note 41 at para 55; *Koch, supra* note 26 at para 70.
50. *Lambert, supra* note 44 at paras 144, 147.
51. *Lambert, ibid* at para 143.
52. *Lambert, ibid* at para 182.
53. *ECHR, supra* note 1 art 3.
54. *ECHR, ibid*, art 15.
55. Nigel S Rodley, "Integrity of the Person" in Daniel Moeckli et al, eds, *International Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010) 212.
56. *Pretty, supra* note 40 at para 49.
57. *Soering v UK*, No 14038/88, [1989] ECHR at para 88.
58. *Pretty, supra* note 40 at paras 44–46.
59. *Ibid* at paras 55-56.
60. *Ibid* at para 61.
61. *ECHR, supra* note 1 art 8 (1).
62. *Ibid*, art 8(2).
63. *Pretty, supra* note 40 at para 65.
64. *Ibid* at para 63.
65. *Ibid* at para 67.
66. *Ibid* at para 74.
67. *Ibid* at para 59.
68. *Haas, supra* note 41 at para 32.
69. *Ibid* at para 51.
70. *Ibid* at paras 56-57.
71. *Gross, supra* note 42 at para 59.
72. *Ibid* at para 65.
73. *Ibid* at para 69.
74. Brunilda Bara & Gentian Vyshka, "A Right to Die: A Comparing Discourse of Case Laws in United States of America, European Court of Human Rights, United Kingdom and Albania" (2014) 5:9 European Journal of Bioethics 135 at 145.
75. Juliet Chevalier-Watts, "A Rock and a Hard Place: Has the European Court of Human Rights Permitted Discrepancies to Evolve in Their Scrutiny of Right to Life Cases?" (2010) 14:2 Intl JHR 300 at 301; Laura-Cristiana Spataru-Negura, "Death on Request" (2011) Challenges of the Knowledge Society 794 at 794.
76. HJJ Leenen, "Assistance to Suicide and the European Court of Human Rights: The Pretty Case" (2002) 9 Eur J Health L 257 at 269.
77. Daniel Rietiker, "From Prevention to Facilitation? Suicide in the Jurisprudence of the ECtHR in the Light of the Recent *Haas v Switzerland* Judgment" (2012) 25 Harv Hum Rts J 85 at 89 [Rietiker].
78. Shawn HE Harmon & Nayha Sethi, "Preserving Life and Facilitating Death: What Role for Government after *Haas v Switzerland*?" (2011) 18 *Eur J Health L* 355 at 360; Isra Black, "Commentary: Suicide Assistance for Mentally Disordered Individuals in Switzerland and the State's Positive Obligation to Facilitate Dignified Suicide" (2012) 20 *Med L Rev* 157 at 162.
79. Rietiker, *supra* note 80 at 122.
80. End of Life and the European Convention on Human Rights, "Fact Sheet", *European Court of Human Rights Press Unit*, at 1 [Fact Sheet].
81. Elizabeth Wicks, "The Meaning of 'Life': Dignity and the Right to Life in International Human Rights Treaties" (2012) 12 Hum Rts L Rev 199 at 200.
82. *Ibid* at 200-201.
83. *Ibid* at 201.
84. *Ibid* at 1.
85. Brunilda Bara & Gentian Vyshka, "A Right to Die: A Comparing Discourse of Case Laws in United States of America, European Court of Human Rights, United Kingdom and Albania" (2014) 5:9 *European Journal of Bioethics* 135

at 145; Juliet Chevalier-Watts, "A Rock and a Hard Place: Has the European Court of Human Rights Permitted Discrepancies to Evolve in Their Scrutiny of Right to Life Cases?" (2010) 14:2 *Intl JHR* 300 at 302.

86. Ben Livings, "A Right to Assist? Assisted Dying and the Interim Policy" (2010) 74 J Crim L 31 at 44; Gregor Puppinck & Claire de La Hougue, "The Right to Assisted Suicide in the Case Law of the European Court of Human Rights" (2014) 18 *Intl JHR* 735 at 735.
87. Ibid.
88. Dimitris Xenos, "Asserting the Right to Life (Article 2, ECHR) in the Context of Industry" (2007) 8 *German Law Journal* 231 at 235 [Xenos].
89. *Ibid* at 236-237.
90. Rietiker, supra note 80 at 99-106.
91. *Ibid* at 89.
92. Fact Sheet, supra note 83.
93. *Ibid*.
94. Rietiker, *supra* note 80 at 108.
95. Danuta Mendelson & Mirko Bagaric, "Assisted Suicide Through the Prism of the Right to Life" (2013) 36 Intl J L & Psychiatry 406 at 418.
96. Brunilda Bara & Gentian Vyshka, "A Right to Die: A Comparing Discourse of Case Laws in United States of America, European Court of Human Rights, United Kingdom and Albania" (2014) 5:9 European Journal of Bioethics 135 at 145.
97. *Ibid*.
98. Ben Livings, "A Right to Assist? Assisted Dying and the Interim Policy" (2010) 74 J Crim L 31 at 45 [Livings].
99. Rietiker, *supra* note 80 at 118.
100. Johanna Interian, "*Gross v Switzerland*: A Deadly Dose for Personal Autonomy" (2015) 38 Boston College Intl & Comp L Rev 16 at 25.
101. Emily Wada, "A Pretty Picture: The Margin of Appreciation and the Right to Assisted Suicide" (2005) 27 Loy LA Intl & Comp LJ 275.
102. *Ibid.*
103. *Ibid.*
104. *Ibid* at 276, 278.
105. Rietiker, *supra* note 80 at 121.
106. Livings, *supra* note 101.
107. *Ibid.*
108. *Ibid.*
109. *Ibid.*
110. *Ibid.*
111. *Ibid.*
112. Ibid.
113. H.J.J. Leenen, "Assistance to Suicide and the European Court of Human Rights: The Pretty Case" (2002) 9 Eur J Health L 257 at 258.
114. *Ibid* at 258-259.
115. *Ibid* at 259.
116. *Ibid*.
117. Ibid.
118. *Ibid* at 269.
119. *Ibid* at 268.
120. Ibid.
121. *Ibid*.
122. Fact Sheet, *supra* note 83.
123. SB Chetwynd, "Right to Life, Right to Die and Assisted Suicide" (2004) 21:2 Journal of Applied Philosophy 173 at 180–182.
124. *Ibid* at 180.
125. *Ibid.*
126. *Ibid* at 181.
127. *Ibid* at 180.
128. Brunilda Bara & Gentian Vyshka, "A Right to Die: A Comparing Discourse of Case Laws in United States of America, European Court of Human Rights, United Kingdom and Albania" (2014) 5:9 European Journal of Bioethics 135 at 145–146.
129. *Ibid* at 146.
130. Ibid.
131. *Rodriguez v British Columbia (AG)*, [1993] 3 SCR 519, 107 DLR (4th) 342.
132. *Carter v Canada (AG)*, 2015 SCC 5 at para 126, [2015] 1 SCR 331; Benny Chan & Margaret Somerville, "Converting the 'Right to Life' to the 'Right to Physician-Assisted Suicide and Euthanasia': An Analysis of *Carter v Canada (Attorney General)*, Supreme Court of Canada" (2016) 24:2 Med L Rev 143 at 144.
133. Carter v Canada (AG), ibid.
134. *Ibid* at para 11, [2015] 1 SCR 331; Benny Chan & Margaret Somerville, "Converting the 'Right to Life' to the 'Right to Physician-Assisted Suicide and Euthanasia': An Analysis

of *Carter v Canada (Attorney General)*, Supreme Court of Canada" (2016) 24:2 Med L Rev 143 at 145, 150.

135. Stephanie Palmer, "'The Choice is Cruel': Assisted Suicide and Charter Rights in Canada" (2015) 74:2 Cambridge LJ 191 at 191- 192; Benny Chan & Margaret Somerville, "Converting the 'Right to Life' to the 'Right to Physician-Assisted Suicide and Euthanasia': An Analysis of *Carter v Canada (Attorney General)*, Supreme Court of Canada" (2016) 24:2 Med L Rev 143 at 150.

136. Benny Chan & Margaret Somerville, "Converting the 'Right to Life' to the 'Right to Physician-Assisted Suicide and Euthanasia': An Analysis of *Carter v Canada (Attorney General)*, Supreme Court of Canada" (2016) 24:2 Med L Rev 143 at 150.

137. Alister Browne & J. S. Russell, "Physician-Assisted Death in Canada" (2016) 25 Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics 377 at 380.

138. Benny Chan & Margaret Somerville, "Converting the 'Right to Life' to the 'Right to Physician-Assisted Suicide and Euthanasia': An Analysis of *Carter v Canada (Attorney General)*, Supreme Court of Canada" (2016) 24:2 Med L Rev 143 at 151.

139. *Carter v Canada (AG)*, 2015 SCC 5 at para 13, [2015] 1 SCR 331; Benny Chan & Margaret Somerville, "Converting the 'Right to Life' to the 'Right to Physician-Assisted Suicide and Euthanasia': An Analysis of *Carter v Canada (Attorney General)*, Supreme Court of Canada" (2016) 24:2 Med L Rev 143 at 147.

140. Alister Browne & J. S. Russell, "Physician-Assisted Death in Canada" (2016) 25 Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics 377 at 380.

141. Benny Chan & Margaret Somerville, "Converting the 'Right to Life' to the 'Right to Physician-Assisted Suicide and Euthanasia': An Analysis of *Carter v Canada (Attorney General)*, Supreme Court of Canada" (2016) 24:2 Med L Rev 143 at 147.

142. *Carter v Canada (AG)*, 2015 SCC 5 at para 63, [2015] 1 SCR 331.

143. Benny Chan & Margaret Somerville, "Converting the 'Right to Life' to the 'Right to Physician-Assisted Suicide and Euthanasia': An Analysis of *Carter v Canada (Attorney General)*, Supreme Court of Canada" (2016) 24:2 Med L Rev 143 at 148-149.

144. *Carter v Canada (AG)*, 2015 SCC 5 at para 46, [2015] 1 SCR 331; Benny Chan & Margaret Somerville, "Converting the 'Right to Life' to the 'Right to Physician-Assisted Suicide and Euthanasia': An Analysis of *Carter v Canada (Attorney General)*, Supreme Court of Canada" (2016) 24:2 Med L Rev 143 at 155.

145. *Carter v Canada (AG)*, 2015 SCC 5 at para 47, [2015] 1 SCR 331; Benny Chan & Margaret Somerville, "Converting the 'Right to Life' to the 'Right to Physician-Assisted Suicide and Euthanasia': An Analysis of *Carter v Canada (Attorney General)*, Supreme Court of Canada" (2016) 24:2 Med L Rev 143 at 143, 155.

146. Alister Browne & J. S. Russell, "Physician-Assisted Death in Canada" (2016) 25 Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics 377 at 379.

O IMPACTO DO TERRORISMO NA CRISE MIGRATÓRIA DOS REFUGIADOS

Paola Flores Serpa
Mestranda em Direitos Humanos pelo programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS).

Ana Paula Martins Amaral
Professora Associada no Curso de Direito e Professora Permanente no Programa de Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (FADIR); Pós Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Mestre e Doutora em Direito pela PUC/SP.

RESUMO

O presente artigo apresenta um panorama acerca das ações e resoluções da ONU no combate ao terrorismo, através de uma pesquisa exploratória, descritiva e bibliográfica e da utilização do método dedutivo na averiguação da forma de como esses dados impactam diretamente a proteção dos refugiados. Evidenciou-se que não há nenhuma ligação entre o aumento do fluxo migratório com o favorecimento e ampliação de ataques terroristas nos países de acolhimento.

Palavras chave

Terrorismo; Direitos Internacional dos Direitos Humanos.; Direito Internacional dos Refugiados. Refugiados.

ABSTRACT

This article presents an overview of UN actions and resolutions in the fight against terrorism through an exploratory, descriptive and bibliographical research and the use of the deductive method in the investigation of how this data directly impacts the protection of refugees. It has been shown that there is no link between the increase in the flow of migrants with the favoring and expansion of terrorist attacks in the host countries.

Keywords

Terrorism; International Human Rights Law; International Refugee Law; Refugees.

1. INTRODUÇÃO

A globalização facilitou o transpasse das fronteiras, e acarretou na permissão, através do desenvolvimento da tecnologia, o acesso ao terror repentino, a reprodução midiática das violências perpetradas pelos grupos terroristas. Por outro lado, outra característica mostra-se na atualidade, decorrente também da conseqüência dos atos de grupos terroristas: o crescente aumento de refugiados, caracterizados pela migração forçada em face dos conflitos internos armados dentro de seus países.

O conceito de terrorismo relacionado à sua cruel realidade do mundo é considerado complexo. O termo terrorismo ainda não possui um conceito definido pela comunidade internacional, mormente por não ser um fenômeno atual e por sua característica multifacetada. A definição de terrorismo possui diversas problemáticas, de acordo com a perspectiva do observador pertencente a outro sistema jurídico, ou até mesmo do compatriota com definições políticas distintas.

O terrorismo possui diversas causas que podem estar relacionadas a questões políticas, religiosas, sociais, étnicas e territoriais. A principal finalidade é a propagação do temor generalizado, causando pânico e insegurança, sendo o principal alvo a população civil.

A primeira tentativa de esforço de conceituação do terrorismo como prática antijurídica e de necessidade de seu combate foi através da Convenção de Genebra de 1937, sob os auspícios da Liga das Nações, a qual não chegou a entrar em vigor, no entanto, seria o pontapé

inicial ao apresentar ao longo dos anos uma série de atos visando a condenação e punições de ações terroristas, promulgados pela Organização dos Estados Americanos, dentre as quais se destacam a Convenção de 1971 para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos Contra as Pessoas e a Extorsão Conexa, Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional, a qual foi ratificada pelo Brasil em 1999, e a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, de 2005, que tem por objetivo prevenir, punir e eliminar o terrorismo, inclusive os meios de financiamento desse crime.

Atualmente, existe o desafio cada vez mais eminente de combater, de forma austera, o terrorismo, principalmente após os atentados ao *World Trade Center* nos Estados unidos, em 2001, o qual delineou as principais características do conceito de terrorismo conhecido e amplamente combatido.

No entanto, o terrorismo possuiu diversos contornos em seu conceito ao longo dos anos. Destaca-se o terrorismo de resistência de cunho político-ideológico, após a Segunda Guerra Mundial, até a década de 70, o qual visava atacar diretamente o Estado através da força e da violência generalizada. Entre os principais exemplos estão a formação do IRA na Irlanda, o grupo basco ETA, e o Sendero Luminoso no Peru.

Grupos Terroristas religiosos como *Boko Haram*, na Nigéria, e o ISIS, conhecido como Estado Islâmico, são responsáveis por diversos ataques terroristas a alvos civis, além de praticar diversos crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Segundo estimativas da ONU existem cerca de 14 milhões de pessoas afetadas pela violência promovida pelo *Boko Haram*, e 8,5 milhões necessitam de ajuda humanitária urgente.

O Estado Islâmico, grupo extremista considerado o mais poderoso do planeta, se utiliza da facilidade dos meios de comunicação atual para a formação de sua rede de recrutamento e possui amplo financiamento das suas operações. Há pesquisas que apontam a existência de 30 a 50 mil combatentes, enquanto outras avaliações informam 100 mil militantes.

Um estudo publicado em 2016, alerta para o fato de muitos europeus relacionarem a chegada dos refugiados com a crescente onda de ataques terroristas em seus países. Tal analogia mostra-se equivocada, sendo descartada por uma análise da ONU acerca da temática. Antes da confirmação por estudos de que não existe nenhuma relação entre o aumento do fluxo de refugiados com ataques terroristas, era sabido que essa visão está muito mais relacionada com a hostilidade ao estrangeiro dos nacionais nos países de acolhimento, crescimento do nacionalismo exacerbado e de políticas antimigratórias no mundo, do que de fatos e estatísticas.

A discussão e investigação dos impactos produzidos pela deslocação humana em decorrência dos conflitos armados internos que assolam esses países, acabam por refletir no contexto geopolítico internacional, na qual se denomina como a "guerra ao terror", através de uma ligação entre o tema de refúgio com o terrorismo, praticado muitas vezes por descendentes de origem árabe e muçulmana, nos países de acolhimento.

Esses fatores são essenciais para a criação de um arcabouço jurídico de proteção das pessoas na condição de "refugiados", bem como na criação de políticas públicas voltadas à receptividade e proteção desses indivíduos no contexto interno de cada Estado, visando também seu reconhecimento na esfera internacional e a desconstrução de preconceitos relacionados aos fluxos migratórios, principalmente ao que concerne à população oriunda dos países árabes e da religião muçulmana.

A metodologia utilizada classifica-se como pesquisa exploratória e descritiva, elaborado através do exame da pesquisa bibliográfica e documental, baseada em material mais recente já publicado, como livros, revistas, jornais, teses, dissertações e anais de eventos científicos.

2. MEDIDAS ANTITERRORISTAS E FLUXOS MIGRATÓRIOS

De acordo com Bauman (2008, p. 100), a arma suprema do terrorismo é semear o terror, através do ambiente "negativamente globalizado" em que ele opera, com os meios tecnológicos disponíveis, mais recentemente a internet, onde a própria noção de "guerra ao terror" não passa de uma contradição ao termo.

Contar com as ferramentas disponibilizadas pelas pressões globalizantes todo-poderosas é parte integrante da estratégia terrorista. Nas palavras de Mark Danner, a arma mais poderosa dos 19 terroristas que usaram suas facas e canivetes para destruir as Torres Gêmeas de

Manhattan foi "a criação tecnológica mais norte-americana: o aparelho de TV". A notoriedade mundial prontamente oferecida aos sangrentos espetáculos proporcionados pelos atos terroristas, até mesmo pelos menores e comparativamente desimportantes e insignificantes, pode multiplicar seu potencial assustador, alcançando lugares que as armas à disposição- relativamente escassas e frequentemente primitivas e feitas em casa (sem comparação com as armas numerosas e *hightech* de seus inimigos declarados)- nunca poderiam alcançar, muito menos ferir gravemente. Essa notoriedade pode empurrar os temores universais de vulnerabilidade e o senso de perigo ubíquo muito além dos limites da capacidade dos próprios terroristas.

Em diversas regiões do mundo, os direitos ainda são desrespeitados e as violações permanecem sem punição. Criar uma intervenção multilateral armada para corrigir todos esses erros seria outro enorme princípio de desordem. No entanto, a intervenção é considerada uma questão de grau. Segundo Relatório do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudanças (UNRIC, 2002):

O terrorismo constitui uma ameaça para todos os Estados e para as Nações Unidas. Às novas manifestações desta ameaça – nomeadamente a ascensão do terrorismo mundial organizado e o risco de atentados terroristas com armas nucleares, biológicas ou químicas – há que responder com medidas novas. A ONU não tem feito tudo o que poderia. O relatório exorta a Organização a elaborar uma estratégia anti-terrorista que respeite os direitos humanos e o primado do direito. Essa estratégia deve incluir medidas coercitivas, se for caso disso, e criar novos instrumentos para ajudar os Estados a combaterem a ameaça internamente. O relatório propõe uma definição de terrorismo, defendendo que este não pode ser justificado em caso algum, e pede à Assembleia Geral das Nações Unidas que ultrapasse as divergências e conclua uma convenção geral sobre terrorismo.

De acordo com Milesi (2003, p. 18), a conjectura geopolítica contemporânea, longe de promover a ampliação do conceito e da proteção aos refugiados, reduziu a aceitação de pedidos de asilo. O espectro do terrorismo fez com que numerosos países, historicamente acolhedores de refugiados, percebessem no pedido de refúgio um meio utilizado por terroristas para ingressar nos países ocidentais, o que acabou assim relacionando, de forma errônea, os conceitos de refugiados e terroristas.

Na realidade, o caráter ideológico e arbitrário da aproximação entre refugiados e terroristas torna-se evidente na constatação de que os solicitantes de refúgio são, por definição, pessoas vítimas de perseguição, ou seja, carentes daquela segurança em nome da qual se trava a guerra contra o terrorismo. Em outras palavras, dificultando o ingresso de refugiados, muitos países ocidentais estão promovendo o direito à segurança das próprias populações mediante a negação do mesmo direito para os outros povos. É a lógica do *mor tua, vita mea*. Não precisamos aqui realçar como essa lógica pode justificar numerosos atos de violência, inclusive ataques terroristas.

Consoante Relatório das Nações Unidas sobre terrorismo e o direitos humanos, chegou-se a conclusão que as políticas de migração que constroem cercas, se empenham em operações de repressão, acabam por criminalizar a migração irregular e abandonam os compromissos jurídicos internacionais com os refugiados, mas em última instância essas políticas restritivas levam ao aumento da atividade terrorista, não há vínculo entre fluxo de refugiados e terrorismo.

Na política vigente em torno da migração, existe uma clara tendência de medidas antiterroristas ligadas à gestão dos fluxos transfronteiriços, percepção essa analiticamente e estatisticamente infundada. De acordo com dados da ONU, a tendência é baseada na percepção de que os terroristas aproveitam os fluxos de refugiados para realizar atos de terrorismo, ou que os refugiados são mais propensos à radicalização do que outros.

O estudo do especialista recomenda que os estados reconheçam que a grande maioria das pessoas que fogem da Síria e outras regiões afetadas são vítimas de terrorismo e não devem, portanto, ser estigmatizadas como possíveis terroristas. O documento pede igualmente aos governos que respeitem os direitos fundamentais dos migrantes e adverte que as operações de imobilização e a detenção de migrantes violam os direitos humanos e as obrigações do Estado em relação ao direito internacional dos refugiados.

Um estudo realizado pelo Centro de Pesquisas de Pew, em Washington, coletou dados de pesquisa de opinião na Alemanha, Suécia, Reino Unido, França, Espanha, Itália, Grécia, Holanda, Polônia e Hungria, e revelou que

grande parte dos europeus teme que a chegada de refugiados aumente o risco de ataques terroristas em seus países.

Segundo o levantamento ao menos metade dos entrevistados em oito dos dez países analisados, que representam 80% da população da Europa, acreditam que "a chegada de refugiados aumenta a probabilidade de terrorismo em seus países". Os entrevistados na Hungria (76%) e na Polônia (71%) foram os que mais expressaram esses temores. Na Alemanha, 61% compartilham dessa perspectiva, enquanto no Reino Unido, a porcentagem é de pouco mais da metade da população (52%) (JORNAL O GLOBO, 2016).

A crise dos refugiados e a ameaça de terrorismo estão estreitamente relacionadas na mente de muitos europeus, analogia já apontada como errante por dados estatísticos apresentados pela ONU. O grande problema é que o aumento do fluxo de refugiados na Europa acabou por ganhar amplo destaque na retórica antimigração dos partidos de direita, refletindo, inclusive, na saída do Reino Unido da União Européia.

3. ONU E O COMBATE AO TERRORISMO

O combate ao terrorismo é atualmente um dos maiores desafios enfrentados pela comunidade internacional, seja pela amplitude de suas conseqüências na retirada de direitos fundamentais dos indivíduos, ou na exclusão da liberdade com a formação de estados de exceção, proporcionando um terreno fértil para a perpetuação de governos centralizadores e totalmente arbitrários e violadores dos direitos humanos.

A dificuldade na tipificação do terrorismo é um dos motivos pelo qual ainda não foi criada uma Convenção Exaustiva acerca do tema pautado pelo respeito aos princípios da Carta da ONU, bem como pelas regras de Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário, na qual fosse possível abarcar e responsabilizar de forma direta as execuções dos grupos terroristas, e também aqueles que promovem o financiamento.

O primeiro passo para abordar o assunto se deu com a adoção da Convenção de Genebra em 1937, elaborada pela Liga das Nações. Muito embora não tenha entrado em vigor, a convenção visava à prevenção e punição do terrorismo, luta que foi levada a diante pela ONU, com a elaboração de tratados multilaterais e trabalhos específicos realizados por intermédio de seus órgãos (SCHMITT, 2016, p. 48).

Dessa forma, a ONU aprovou convenções para reprimir a crescente onda de terrorismo que se alastrou no início do século XXI, com o intuito de evitar os ataques terroristas por bombas, assassinatos, seqüestros e o financiamento do terrorismo. A seguir será apresentado um panorama acerca das ações e resoluções da ONU no combate ao terror.

3.1 Ações e Resoluções da e o Conselho de Segurança da ONU no Combate ao Terrorismo

O Conselho de Segurança é considerado o órgão mais importante da ONU, o único com poder decisório, isto é, todos os membros das Nações Unidas devem aceitar e cumprir as decisões do Conselho. O maior problema na conjectura atual, no entanto, deriva da sua própria formação histórica. Criado após a Segunda Guerra Mundial, o Conselho possui como membros permanentes as potências, as quais deram contorno á política internacional nas décadas seguintes, e serve até hoje como uma manifestação política da vontade desses países, onde as decisões refletem claramente seus posicionamentos políticos e econômicos, e leva ao uso indiscriminado do veto.

A oposição de um dos membros permanentes do Conselho de Segurança impede a aprovação de Resoluções, e até mesmo uma possível intervenção armada em países em guerra, em que pese o voto dos demais países serem favoráveis. Em quase sete anos de guerra na Síria, a Rússia utilizou sete vezes o poder de veto no Conselho de Segurança da ONU, como proteção ao regime autoritário de Al Assad, seu aliado, e a China utilizou-se do mesmo poder para impedir uma medida como punição pelo uso de armas químicas na região (CORREIO BRAZILIENSE, 2017).

O terrorismo tal qual é tratado hoje, só foi levado em pauta de urgência pelas organizações do Sistema das Nações Unidas após os ataques ocorridos nos Estados Unidos, enquanto outros eventos posteriores derivados de conflitos internos chamaram a atenção para o perigo da proliferação de armas nucleares, armas não convencionais e mais recentemente, as armas químicas utilizadas contra os civis na Síria.

Segundo dados do site da Associação dos Jovens ONU Brasil (AJONU), o terrorismo consta como pauta na agenda internacional desde 1934, quando a Liga das Nações deu o primeiro passo importante no sentido de proibir o flagelo por discutir um projeto de Convenção para a prevenção e punição do terrorismo, embora esta Convenção tenha sido adotada em 1937, nunca entrou em vigor (AJONU, 2012).

Desde 1963, a comunidade internacional elaborou 14 instrumentos legais universais, e quatro alterações para evitar atos terroristas. Os ataques ocorridos nos Estados Unidos foram uma clara demonstração do desafio do terrorismo internacional, enquanto eventos posteriores aumentaram a preocupação com a proliferação de armas nucleares e os perigos de outras armas não convencionais (ONU, 2017).

Em concordância com Schmitt (2016, p. 53), as infrações ao direito à vida, na especificidade no que concerne às vitimas de atentados terroristas, requerem duas ações ativas por parte dos Estados. A primeira com intuito de impedir futuros ataques, e a segunda voltada à prestação de auxílio às vítimas dos ataques.

A Assembleia Geral da ONU ao adotar as Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional (Resolução 49/60 de 17 de fevereiro de 1995) e seu suplemento (Resolução 51/210 de 16 de fevereiro de 1997) criou o Serviço das Nações Unidas para a Prevenção do Terrorismo, integrado ao Escritório das Nações Unidas para Controle de Drogas e Prevenção do Crime, com sede em Viena, na Áustria.

O parágrafo 3 da Resolução 49/60 da Assembleia Geral conceitua terrorismo como:

Atos criminosos pretendidos ou calculados para provocar um estado de terror no público em geral, num grupo de pessoas ou em indivíduos para fins políticos são injustificáveis em qualquer circunstância, independentemente das considerações de ordem política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa ou de qualquer outra natureza que possam ser invocadas para justificá-los.

O Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC) possui um papel fundamental no combate ao terrorismo, uma vez que possui entre suas atribuições a análise das novas tendências da criminalidade e da justiça, bem como o desenvolvimento bancos de dados, divulgação pesquisas globais e avaliações sobre as necessidades específicas de cada país, como o poder de realizar medidas de alerta sobre, por exemplo, o aumento do terrorismo.

Em março de 2005, o então Vice-Secretário-Geral da ONU, Mark Malloch Brown, lançou um apelo a todos os países, no sentido de que se unissem em torno de um Plano de Ação comum contra o terrorismo, e criou uma Estratégia Global de combate ao terrorismo, ao considerar que este constitui uma das ameaças mais graves para a paz e a segurança internacionais.

Na esfera jurídica, a ONU e seus órgãos – como a Organização da Aviação Civil Internacional (ICAO), a Organização Marítima Internacional (IMO) e a Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA) – desenvolveram uma rede de acordos internacionais que constituem os instrumentos básicos legais contra o terrorismo.

Estes instrumentos incluem convenções sobre crimes cometidos a bordo de aeronaves (1963); apoderamento ilícito de aeronaves; atos contra a segurança de civis; crimes contra pessoas protegidas internacionalmente, incluindo diplomatas; proteção física dos materiais nucleares; e a marcação de explosivos plásticos para fins de detecção (IPEA, 2014). Além disso, eles incluem protocolos sobre atos de violência em aeroportos da aviação civil internacional, e sobre os atos contra a segurança de plataformas fixas localizadas no continente.

No combate ao terrorismo, a Assembleia Geral redigiu importantes convenções acerca da temática no plano internacional, entre as quais podemos destacar a Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns (1979), Convenção sobre a Segurança das Nações Unidas e Pessoal Associado (1994), Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas (1999), Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999) e Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear (2005).

Entre as ações do Conselho de Segurança a de maior destaque é a Resolução 1624, a qual insta os Estados a proibir a incitação à prática de atos de terrorismo e contra a incitação motivada pelo extremismo e pela intolerância de cunho religioso. No seu preâmbulo salienta "a importância do papel dos meios de comunicação social, da sociedade civil e religiosa, da comunidade empresarial e das instituições educativas", no sentido de reforçar o

diálogo e expandir a compreensão, promovendo a tolerância e a coexistência. A criação de um ambiente que não é propício à incitação ao terrorismo (ONU, 2017).

Os Estados criaram, por exemplo, fóruns para o diálogo inter-religioso e intercultural, ou plataformas que reúnem atores governamentais e não-governamentais para aconselhar sobre estratégias CVE (lutas contra o extremismo violento), com a manipulação da mídia para evitar a propagação de mensagens de cunho terroristas.

Em 2006 destaca-se o lançamento da Estratégia Antiterrorista Global da ONU, como parte do esforço internacional para conter esta onda mortal de atos terroristas, os quais continuaram acontecendo após os atentados às Torres Gêmeas nos Estados Unidos. A Estratégia tem como base principal a convicção fundamental de que o terrorismo, em todas as suas formas, é inaceitável e não pode nunca ser justificado.

Assim, foram definidas uma série de medidas específicas para combater o terrorismo em todas suas vertentes, em nível nacional, regional e internacional. A Estratégia criou um guia prático para a contenção do terrorismo e apontou medidas a serem realizadas em quatro pilares, sendo eles: 1) abordagem das condições para a propagação do terrorismo; 2) prevenção e combate, 3) construção de capacidades estatais de prevenção e combate e reforço do papel do sistema da ONU nessa questão, e 4) medidas para assegurar o respeito aos direitos humanos e o estado de direito como base fundamental para a luta contra o terrorismo (UNRIC, 2006).

Mais recentemente, após os atentados terroristas perpetrados na Nigéria e em Paris, o vice-secretário das Nações unidas, Jam Eliasson, declarou que a Estratégia Global Antiterrorista da ONU esclarece que os Estados-membros não podem combater o terrorismo de forma isolada ou confrontar grupos extremistas exclusivamente por meio da ação militar, mas devem dar assistência mútua ao fortalecimento de seus sistemas de justiça penal, a fim de responder "à natureza complexa dos crimes de terrorismo de forma responsável e transparente" (ONU, 2015).

Na sua Resolução 2178, relativa à detenção do fluxo de terroristas estrangeiros (FTF), o Conselho sublinha que a luta contra o extremismo violento, ou CVE, é um "elemento essencial" para enfrentar a ameaça à paz e à segurança internacionais. O Conselho encoraja os Estados-Membros a envolverem-se com as comunidades locais e os atores não governamentais relevantes na elaboração de estratégias para combater a narrativa extremista violenta que pode incitar actos terroristas (ONU, 2014).

Os Estados também são chamados a abordar as condições propícias à disseminação do extremismo violento, inclusive capacitando os jovens, as famílias, as mulheres, os líderes religiosos, culturais e educacionais e todos os outros grupos interessados da sociedade civil para promover a inclusão social.

Em 2016, o Conselho de Segurança da ONU adotou a Resolução 2309 (ONU, 2016) para reforçar a segurança da aviação civil contra ameaças terroristas. O Conselho frisou a importância dos Estados trabalharem em conjunto com a Organização da Aviação Civil Internacional (ICAO), para garantir a revisão e adaptação das normas de seguranças de internacionais, com intuito de enfrentar com eficácia a ameaça apresentada pelo terrorismo em relação à aviação civil.

A ameaça é hoje considerada muito mais difusa, com o seu aumento expressivo de atos motivados pela intolerância religiosa e pelo extremismo violento, sendo necessários que os estados reforcem a cooperação internacional e regional para aumentar o compartilhamento de informações, controle de fronteiras, aplicação da lei e da justiça penal.

Em 2016, foi reforçado pelo então secretário-geral Ban Ki-moon o Plano de Ação contra o Extremismo violento, o qual possui um enfoque abrangente que aborde não apenas medidas essenciais de segurança antiterroristas, mas também passos sistemáticos preventivos para responder às condições subjacentes que levam os indivíduos à radicalização (UNRIC, 2016).

No total, o plano conta com 70 recomendações aos Estados-membros da ONU e ao Sistema das Nações Unidas para prevenir ainda mais a disseminação do extremismo violento. A estratégia foi desenvolvida através de um processo extensivo interagencial e com base nos resultados de encontros de alto nível da Assembleia Geral e o Conselho de Segurança da ONU, além de encontros informativos com Estados-membros, no qual restou evidente que a eficácia da luta contra o terrorismo, e, também proteção dos direitos humanos, são interdependentes e complementares.

4. REFLEXO DO COMBATE AO TERRORISMO NA CRISE MIGRATÓRIA DOS REFUGIADOS

A crise dos refugiados na Europa acabou por delinear diversos conceitos errôneos sobre a ligação entre o aumento expressivo do contingente dos deslocados externos, com o crescimento dos ataques terroristas nos países de acolhimento. Um dos motivos estaria relacionado com a nacionalidade dos terroristas, que assumem a autoria de muitos desses ataques, serem geralmente de países árabes e muçulmanos.

O combate efetivo do terrorismo poderia minimizar a situação de extrema vulnerabilidade que os refugiados se encontram nos países de acolhimento, ou até mesmo romper essa ligação de terrorismo/islamismo, e mais recentemente com os próprios deslocados externos.

Existe uma diferença latente entre o refugiado que saí de seu país de origem, em muitos casos em razões de conflitos internos armados e perseguições religiosas, daqueles que transformam essa situação em um artifício para se estabelecer no país e praticar atos terroristas.

A luta contra o terrorismo é antes de qualquer coisa, uma luta contra os sistemas políticos e econômicos que manipulam e utilizam civis inocentes para alcançarem seus objetivos. Conforme relata Bauman (2008, p. 103), o terrorismo só vai definhar e morrer quando (ou se) suas raízes sociopolíticas forem cortadas, o que vai custar muito mais tempo e esforço do que as medidas militares punitivas e até um conjunto de ações de policiamento cuidadosamente preparadas.

E ainda acrescenta, que a guerra verdadeira conta o terrorismo só será efetiva quando as dívidas dos países pobres forem canceladas, quando os mercados se abrirem e seus principais produtos, quando a educação dor patrocinadas para as milhões de crianças atualmente privadas de acesso e qualquer tipo de escola e quando outras medidas semelhantes forem conquistadas, decididas- e implementadas.

Não existem- nem podem existir- soluções locais para problemas globalmente originados e fortalecidos. A reaproximação do poder e da política terá de ser atingida, se é que o será, no nível planetário. (...) A democracia e a liberdade não podem mais ser garantidas num só país ou mesmo num só grupo de países. Sua defesa em um mundo saturado de injustiça e habitado por bilhões de seres humanos aos quais se negou a dignidade acabará inevitavelmente corrompendo os próprios valores que pretende proteger. O futuro da democracia e da liberdade tem de ser assegurado em escala planetária- ou não o será. (Bauman, 2008, p.121)

No discurso de encerramento de um encontro aberto organizado pelo Comitê Antiterrorismo da ONU, o vice-secretário-geral da ONU, Jan Eliasson, advertiu nesta terça-feira (10) que organizações terroristas querem "dividir" e "polarizar" os Estados-membros, mas as Nações Unidas "não devem cair em sua armadilha" e, em vez disso, todos devem permanecer firmemente dedicados aos direitos humanos, os princípios do devido processo legal e do Estado de Direito.

5. CONCLUSÃO

O Conselho de Segurança das Nações Unidas enfatiza cada vez mais a necessidade de uma abordagem abrangente para combater a propagação do terrorismo e do extremismo violento. É ncessário o fortalecimento dos cinco elementos-chave da estratégia global contra o terrorismo como pilares básicos: dissuadir grupos de recorrer ao terrorismo; negar aos terroristas os meios para realizar um ataque; dissuadir os Estados de apoiar grupos terroristas; desenvolver a capacidade do Estado para prevenir o terrorismo e aumentar a defesa dos direitos humanos no âmbito internacional.

Resta evidente a necessidade da efetividade das políticas que respeitam os direitos humanos, a justiça e a prestação de contas, com o fortalecimento da democracia, são elementos essências no combate ao terrorismo, sendo certo que guiados por esses princípios a luta pela comunidade internacional será fortalecida e mais eficaz.

A resposta verdadeiramente eficaz deve alavancar os recursos da comunidade internacional e olhar para todos os aspectos do problema, incluindo os fatores subjacentes que levam ao recrutamento de novos terroristas, como o fomento de suas atividades por empresas de seus países de origens visando interesses puramente econômicos.

Frente à crescente e atual crise dos refugiados no mundo, a qual já é considerada a

crise humanitária do século XXI, o combate ao terrorismo é de suma importância, uma vez ser um dos maiores motivos da migração forçada no mundo, caracterizada através daqueles que se deslocam de seu país de origem fugindo de conflitos internos armados, sendo esses na maioria dos casos fomentados por grupos terroristas.

É importante também a desconstrução de certos conceitos, difundidos erroneamente pela mídia, dentre eles relacionarem o aumento dos pedidos de refúgio com ataques terroristas nos países de acolhimento, como se fosse um meio que possibilitasse e facilitasse a entrada de terroristas, o que restou comprovado por meio de estudos ser estatisticamente informações infundadas.

Diante do próprio conceito multifacetado do terror, seria justo que a cooperação internacional não medisse esforços para a formação de uma rede de proteção desses civis assolados pela guerra em seus países de origem. Em concordância com Chomsky (2002), a maneira fácil de parar o terrorismo seria parar de participar dele. Por si só, isso reduziria enormemente terrorismo no mundo.

Assim, é necessária uma abordagem abrangente e eficaz ao terrorismo, permitir ações preventivas, operacionais e incorporadas, em curto, médio e longo prazo com destaque na agenda global. A guerra contra o terror é árdua e contínua, comparada ao mito de Sísifo, e extremamente digna da luta exercida pelos Estados e organismos internacionais pela paz através de seus esforços nacionais, regionais e globais de combate ao terrorismo.

REFERÊNCIAS

AGUILAR, Sérgio Luiz Cruz. Os esforços da sociedade internacional no combate ao terrorismo. In: 3° ENCONTRO NACIONAL ABRIL 2011, 3., 2011, São Paulo. *Proceedings online*. Associação Brasileira de Relações Internacionais Instituto de Relações Internacionais – USP.

AJONU. As ações das Nações Unidas contra o Terrorismo. Disponível em: <https://ajonu.org/2012/10/17/as-acoes-das-nacoes-unidas-contra-o-terrorismo/>. Acesso em: 05 de mai. 2017.

BAUMAN, Zigmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BARROS, José M.A. *Terrorismo: ação, reação, prevenção*. São Paulo: Arte & Ciência, 2003.

CAVALCANTI, S. C. M.; GOMES, O. M. C. G. *Lei Antiterrorismo no Brasil e seus reflexos no Estado Democrático de Direito*. XXV Encontro Nacional do Conpedi- Bradília/DF. Constituição e Democracia II. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/509my5cz/x7eG0d1rOWz9PuPg.pdf. Acesso em: 05 de mai. 2017.

CHOMSKY, Noam. *Who are The Global Terrorists*?. 2002. Disponível em: *https://chomsky.info/200205__02/*. Acesso em: 05 de mai. 2017.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX- 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). *Do 11 de setembro de 2001 à guerra ao terror: reflexões sobre o terrorismo no século XXI*. Organizadores: André de Mello e Souza, Reginaldo Mattar Nasser, Rodrigo Fracalossi de Moraes. Brasília, 2014. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3007/1/Livro-Do_11_de_setembro_de_2001_%C3%A0_guerra_ao%20terror-reflex%C3%B5es_sobre_o_terrorismo_no_s%C3%A9culo_XXI>. Acesso em: 05 de mai. 2017.

JORNAL O GLOBO. Cinco números impressionantes do Estado Islâmico. Disponível em: <http://infograficos.oglobo.globo.com/mundo/cinco-numeros-impressionantes-sobre-o-estado-islamico/30-mil-a-50-mil-combatentes--21683.html#description_text> Acesso em: 05 de mai. 2017.

_____. Maioria dos europeus associam refugiados e risco terrorista. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/07/maioria-dos-europeus-associa-refugiados-e-risco-terrorista.html>. Acesso em: 05 de mai. 2017.

LOWE, Norma. *História do Mundo Contemporâneo*. Tradução Roberto Cataldo COSTA. Editora Penso, 2011.

MELO NETO, Francisco Paulo de. *Marketing do terror*. São Paulo: Contexto, 2002.

ONU (Organização das Nações Undias). Documento A/64/818. *The United Nations Global Counter-Terrorism Strategy United Nations Global Counter-Terrorism Strategy: activities of the United Nations system in implementing the Strategy*. eporto f the Secretary-General. Nova Iorque, 17 jun. 2010.

_____. *Conselho de Segurança. Counter-Terrorism Committee. Guidelines on Advance Passenger Information (API)*. Nova Iorque, mar. 2003. Disponível em: <http://ap.ohchr.org/documents/dpage_e.aspx?si=A/71/384>. Acesso em: 05 de mai. 2017.

_____. *Estudo de especialista da ONU descarta vínculo entre fluxo de refugiados e terrorismo*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/estudo-de-especialista-da-onu-descarta-vinculo-entre-fluxo-de-refugiados-e-terrorismo/>. Acesso em: 05 de mai. 2017.

_____. *Onu pede união e determinação contra o terrorismo*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-pede-uniao-e-determinacao-contra-o-terrorismo/>. Acesso em: 05 de mai. 2017.

_____. *Conselho de Segurança da ONU adora resolução contra ameaças terroristas na aviação civil*. Disponível em: https://nacoesunidas.org/conselho-de-seguranca-da-onu-adota-resolucao-contra-ameacas-terroristas-na-aviacao-civil/. Acesso em: 05 de mai. 2017.

_____. *Alertando para crise, representantes do Conselho de Segurança da ONU visitam região do Lago Chade*. Disponível em: https://nacoesunidas.org/alertando-para-crise-representantes-do-conselho-de-seguranca-onu-visitam-regiao-lago-chade/. Acesso em: 29 de jul.2017.

MILESI, Rosita. *Refugiados: realidade e perspectivas.* Brasília: CSEM/IMDH. Edições Loyola, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROSAS, Maria Cristina. O Conselho de Segurança das Nações Unidas: 60 anos não é nada. In: MELLO, Valerie de Campos de Mello [et al.]. *Reformas na ONU.* Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

TEIXEIRA, Carla Moura. Por uma nova ordem internacional- Uma proposta de Constituição Mundial. *Tese***.** Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. 2009. Disponível em: <*https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8667/1/Carla%20Noura%20Teixeira.pdf*>. Acesso em: 05 de mai. 2017.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das Organizações Internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

UNRIC (Centro Regional de Informação das Nações Unidas. *ONU lança estratégia mundial contra o terrorismo.* Disponível em: <https://www.unric.org/pt/terrorismo/6538>. Acesso em: 05 de mai. 2017.

_____. *Discurso do Secretário-Geral sobre o Plano de Ação para Prevenir Extremismo Violento*. Disponível em: UNRIC. Discurso do Secretário-Geral sobre o Plano de Ação para Prevenir Extremismo Violento, 2016.

CHALLENGES TO THE RULE OF LAW IN THE EUROPEAN UNION: THE DISTRESSING CASE OF POLAND

Paweł FILIPEK
Ph.D. in Law, Associate Professor at the Krakow University of Economics, Poland.

ABSTRACT

The article analyzes the developments of the rule of law in Poland over last three years and discusses the current and possible future reaction of the European Union to a worrisome situation in one of its member states. It focuses on several questions. What are the reforms in Poland? Can the legal system defend itself against changes which are inconsistent with the Constitution? If not, why it retreated and ceased to be self-sufficient in this regard? What mechanisms of securing EU principles can be activated? How are they interrelated? To what extent have they already been used? Are they sufficient? These and other questions are raised in the light of the current situation in Poland. In its major part, the paper characterizes the action taken, and especially the legislative measures adopted by the ruling parliamentary majority. These measures lead to the de facto change of the system, incompatible with the current Constitution and the principle of the rule of law. The second part analyzes the instruments available within EU law in the context of Poland's membership in this supranational organization.

Keywords

Constitutional Tribunal, Court of Justice of the European Union, European Union, infringement proceedings, judicial independence, National Council of the Judiciary, ordinary courts, Poland, preliminary rulings, rule of law

1. Introduction

For many years Poland was perceived as a leader of transformation in Central and Eastern Europe, as a model of bloodless transition from the authoritarian (communism) regime of the Polish People's Republic to a system of modern democracy. The transformation process initiated by round table talks between the government and the democratic opposition in the spring 1989 led to free elections of 1989 and 1991, accession to the Council of Europe in 1991 and the ratification of the European Convention on Human Rights in 1993. Subsequently, a new Constitution was drafted and adopted by a nationwide referendum in 1997. Poland joined the NATO, associated itself with the European Communities and eventually became a member of the European Union in 2004. Poland was indeed a 'wonderful child', a success story of transformation. Poland's international profile has rapidly improved: Poland actively participated in a number of peacekeeping missions led by the UN, the NATO and the EU; Poles were elected to the highest positions: Jerzy Buzek, the President of the European Parliament (2009–2012), Donald Tusk, the President of the European Council (since 2014). This would not have been possible without a necessary political consensus as to the integration with 'Western Europe', based on a general sense of belonging to the legal culture founded on the values of democracy and the rule of law. At the systemic level it resulted in the elimination of the monopoly of a communist party that controlled the entire state and the creation of a new legal structure based on democratic principles. Since then, public authority is governed by law and not vice versa. Public bodies may act only on the basis and within the limits of what is legally permissible. The separation of powers is guaranteed; state functions are performed by bodies which cooperate with each other but remain autonomous. They control and restrain each other. Political parties usually influence the legislature and the executive, but the judiciary is

to maintain autonomy from the other powers, judges being impartial and objective when they act in their judicial capacity.

Poland of today, however, is described as a country where democracy becomes an enemy, dies; where the rule of law backslides, is dismantled, grows dark; where the constitutional order is taken over in a hostile manner, the Constitutional Tribunal has been disabled, the judiciary gradually falls under political control.[1] Some of these denominations have a literary nature and were used to attract and appeal to the reader. Nonetheless, they reflect the climate of political and legal discussion about developments in Poland. The constitutional crisis is underway. The ruling parliamentary majority has and continues to introduce systemic modifications that are incompatible with the Constitution. They lead to a significant shift in the model of the functioning of the state and enable the taking of full control over it, in violation of the principle of the separation of powers. This is particularly visible in the area of justice, within which the ruling political leadership has gained excessive political influence on the following key bodies: the Constitutional Tribunal, the Supreme Court, the National Council of the Judiciary, a development which clearly endangers the independence of all courts and judges and thus their ability to perform their judicial function.

Part of the changes implemented in Poland do not comply with the standards of the current 1997 Constitution, including the principles of the rule of law, separation of power and independence of the judiciary. The institutions entrusted with a task to safeguard the constitutional order were degraded. In the first place, the Constitutional Tribunal, whose role is to protect the Constitution, i.a. by constitutional review of parliamentary legislation. The Polish legal system has diminished its ability to self-repair.

The consequences of this situation stretch beyond the boundaries of domestic legal system. In relation to Poland's participation in the European Union, they also produce effects in the area of Union policies and activities. Both legal orders are closely related: certain part of Union legislation is directly applicable in the national legal system, the EU legal acts are carried out by domestic bodies, including courts, before which a private party may invoke EU legal rules of direct effect. Thus, a Polish judge is also a 'European judge', and certain rulings taken by domestic courts have or may have legal effects in the legal systems of other member states – based on mutual trust and the principle of mutual recognition of court judgments and decisions.

The principle of the rule of law shall protect private parties from excessive state interference. Different contexts in which the law has developed in various countries have led to significant variations in the understanding this concept. All of them, however, have a common ground: imposing effective restrictions on the exercise of public authority to preserve the rights and freedoms of the individual. The rule of law today belongs to the canon of fundamental constitutional principles of modern democracies. Accepted at a global level by a majority of countries, it enjoys a special position in Europe. It is guaranteed by constitutions of states and founding acts of the Council of Europe and the European Union. It is confirmed in numerous judicial cases: constitutional and ordinary court decisions, as well as rulings of the European Court of Human Rights and the EU Court of Justice. Irrefutably, it has gained a pan-European status. It means not only it is (or should be) shared by all members of European regional organizations, but more specifically, in the EU context – it brings legal consequences: it is required by Union law for both candidates and members as a fundamental standard. Moreover, it is safeguarded by political and judicial remedies, may eventually lead to differentiation of member states rights and obligations, and significantly weaken the position of members found in violation of EU principles.

The rule of law is formulated at a certain level of generality. The precise content of the 'rule' may vary, to some extent, in different states. A major study undertaken in recent years by the Venice Commission, a Council of Europe advisory body on constitutional matters, let the Commission to determine certain minimal concepts of what is the rule of law. The Commission concluded that:

> 'despite differences of opinion, consensus exists on the core elements of the Rule of Law as well as on those of the Rechtsstaat and of the Etat de droit, which are not only formal but also substantive or material (materieller Rechtsstaatsbegriff). These core elements are: (1) Legality, including a transparent, accountable and democratic process for enacting law; (2) Legal certainty; (3) Prohibition of arbitrariness; (4) Access

> to justice before independent and impartial courts, including judicial review of administrative acts; (5) Respect for human rights; and (6) Non-discrimination and equality before the law.'[2]

In accordance with the 1997 Constitution of Poland, the rule of law is a cornerstone of the Polish state and legal system. It is proclaimed by Article 2: 'The Republic of Poland is a democratic state ruled by law, implementing the principles of social justice'. The Constitution embraces comprehensive elements of the concept, both formal and substantive: legality (Art. 7), supremacy of the Constitution (Art. 8), separation and balance of powers (Art. 10 (1) and 173), independence of the judiciary (Art. 173, 178-182, 186), protection of human rights, including procedural rights (esp. Chapter II, Art. 30-81). More detailed content of these provisions and further substantive elements have been recognized by the Constitutional Tribunal and led to an extensive body of case law.

The rule of law is one of the principles of the European Union. It is recognized by the Treaty on European Union (Art. 2). It has been explicitly referred to by the Court of Justice in numerous cases. The rule of law – together with the respect for human dignity and human rights, freedom, democracy, equality – are the most fundamental rules of the Union and its legal order. They establish the most basic framework of the material constitution of the Union. They bind not only the EU itself but equally its members; both EU and national bodies are designated as addressees.

2. Developments in the judicial system in Poland 2015-2018

The 'Law and Justice' party (Prawo i Sprawiedliwość) came to power in autumn of 2015. First, its candidate, Andrzej Duda, won presidential elections in May. The party caught winds in its sails, and a few months later repeated the success story winning the parliamentary elections in October 2015. It obtained nearly 38% of votes and, in accordance with the D'Hondt method, was allocated 51% of seats in the Sejm, a lower Parliament's chamber. Together with 61% seats in the Senate, 'Law and Justice' acquired an absolute majority in the Parliament. Accompanied by a loyal President of the Republic, the ruling party proceeded with the implementation of reforms, calling them a 'good change'.

This part of the article focuses on four institutions only: the Constitutional Tribunal, the Supreme Court, the National Council of the Judiciary and ordinary courts (common courts). One needs to bear in mind that developments in Poland which raise doubts in the context of the rule of law are associated not only with the functioning of courts and tribunals, but also cover other areas: the police, public prosecutors, the civil service, the media, the electoral system, the exercise of individual rights and freedoms, in particular the right to assembly.

2.1 Constitutional Tribunal

Judicial review of the constitutionality of legislative acts is a crucial guarantee that the Constitution will be observed. In Poland, as in a number of other European countries, it is carried out by the Constitutional Tribunal. The beginning of the current problems with the rule of law started when the mechanism of constitutional review has been disabled. How was this possible? A few judges of the Constitutional Tribunal were illegally replaced and some of Tribunal's judgments have not been respected. If the mechanism of constitutional review were still operational, as it was shaped by the Constitution, we would not have been witnessing today many of the issues. A number of controversial legal provisions which were brought into effect would have been declared unconstitutional by that body for substantive grounds or/and procedural flaws (hastiness in legislative process, extreme shortening of deadlines, shortening or interrupting parliamentary discussions, obstructing to table legislative amendments or present their justification). Nevertheless, the Constitutional Tribunal has been deprived of the possibility to exercise its constitutional role; that safety mechanism was turned off. Perceived by the ruling party as a negative legislator which will block the implementation of its political agenda, the Tribunal was the first rule-of-law-institution that was disarmed. How was this done? During a time-span of one year, from November 2015 to November 2016, the Parliament passed six laws on the Constitutional Tribunal to bring through a politically motivated 'repair' of this body.[3] As long as the genuine Tribunal was still able to carry out constitutional review, one of the laws

was recognized as unconstitutional in full,[4] the two other as partially unconstitutional.[5] These Tribunal's rulings were nonetheless ignored by the government.

2.1.1 Unlawful replacement of judges

Three judges who had been legally appointed by the previous legislature in October 2015 were not admitted to adjudicate as they had not been sworn in by the President of the Republic. They were unlawfully replaced by three other persons (sometimes referred to as 'duplicate-judges', dublerzy). The legality of the previous appointments by the Sejm was confirmed by a judgment of the Constitutional Tribunal itself.[6] By adopting special legislation, the Parliament endeavored to restore itself the power to re-appoint judges.[7] However, it had no competence to do so and to retroactively invalidate or revoke the appointments made by the previous Sejm and choose new persons in their place. There was no proper legal basis to repeat the appointment procedure in respect of those three seats since they were lawfully acquired and thus were not vacant. Legal rules that authorized the re-election of the judges were likewise recognized as contrary to the Constitution by the Tribunal itself.[8]

2.1.2 Non-recognition of Tribunal's judgments

The government did not recognize some of the judgments rendered by the Constitutional Tribunal and refused to publish them in the Journal of Laws, an official gazette, denying their universally binding and final legal effect which is expressly provided for by the Constitution (Art. 190 (1)). Most of these rulings were later published. However three judgments remained unpublished for 19-27 months and were even removed from Tribunal's website as if they have never been delivered.[9] As a result, these judgments were not implemented. De facto, the government usurped a competence to review the legality of the Tribunal's judgments and, as a result, to make final decisions on what is and what is not in line with the Constitution when the executive does not share the position taken by the Tribunal.

In April 2018 the Parliament adopted an act providing for the publication of the three judgments ignored so far.[10] Admittedly, the new legislation was redundant since the obligation to publish Tribunal's judgments stems directly from the Polish Constitution (Art. 190 (2)). Nonetheless, the initiative was meant as a sign of goodwill in the dialogue between the government and the European Commission. The judgments were published on 5 June 2018, although in a peculiar way. They were not denominated as 'judgments' (wyroki) but 'findings' or 'conclusions' (rozstrzygnięcia) to underline that they had not been accepted by the government. They were accompanied by a note stating that they had been taken unlawfully. Hence, in the form of a legislative act the Parliament assessed the legality of individual judgments of the Constitutional Tribunal. No such power has been vested in the Parliament. In addition to recognizing them as unlawfully adopted, the Parliament ordered nevertheless their official publication, yet it required a note conveying a message that these judgment do not matter at all.

2.1.3 Legality of Tribunal's judgments adopted by unlawfully appointed judges

Almost half of judgments delivered by the Constitutional Tribunal in 2017 were adopted with the participation of the unlawfully appointed judges. Thus, a fundamental issue of their legal value remains unanswered since they had been irregularly delivered by unauthorized persons. Possible consequences of recognizing these rulings in the future as invalid or non-existent (non-acts) may undermine the stability of Polish legal order.

There is no easy resolution of this situation and it may require adoption of special rules of a constitutional rank. No formal legal procedure exists in the Polish legal system to challenge the legality of the rulings of the Constitutional Tribunal. Nobody has ever predicted a situation could in which unauthorized persons sit in the Tribunal and render 'judgments'. Fearing that some judges of ordinary courts might refuse to apply such judgments in cases they adjudicate, the ruling party leaders suggested that those who refuse to apply them due to the Tribunal's composition would face disciplinary proceedings.

2.1.4 Further irregularities

There have been more anomalies at the Constitutional Tribunal that have contributed to its situation. One of them is the abnormal

appointment procedure of the current Tribunal's President. Mrs. Julia Przyłębska was appointed despite essential procedural flaws at her nomination among the Tribunal's judges. In addition, three other judges, appointed back in 2010, were precluded from adjudicating by President Przyłębska on account of an application lodged by the minister of justice to review the legality of their appointment. Furthermore, the requests to exclude the duplicate-judges from adjudicating panels were dismissed by panels composed i.a. by the duplicate-judges themselves, in clear violation of the 'Nemo iudex in causa sua' principle. There have been also cases of manipulation of compositions of adjudicating panels when judges initially assigned to case were later replaced. One could get the impression that judges were selected to draft a judgment such as would be expected by the government.

2.2 Supreme Court

In July 2017, the Parliament adopted three laws: on the Supreme Court, the National Council of the Judiciary and ordinary courts, which enabled to take excessive political control over the judiciary in Poland. They provided for, i.a.: the termination of the tenure of all judges of the Supreme Court, an arbitrary power of the minister of justice to extend temporarily the mandate of Court's judges at his discretion, the expiration of the term of office of judges-members of the National Council of the Judiciary, major reorganization of that Council, granting a decisive role on the composition of the Council to political powers. After numerous civil protests in many Polish cities, the President vetoed the first two acts, yet he signed the law on ordinary courts. President's decision seemed to be motivated by a desire to stop the protests as well as to protect own political position and powers, which were weakened in favor of the minister of justice. Within two months the President presented his own new draft laws on the Supreme Court and on the National Council of the Judiciary that in many aspects mirrored the acts he vetoed. The Law on the Supreme was soon adopted by the Parliament and entered into force on 3 April 2018.[11] Several mechanisms embodied in the act raised serious concerns in respect of the rule of law.

2.2.1 Compulsory retirement of judges

The Law on the Supreme Court lowered the retirement age from 70 to 65 years. It entailed the termination of mandates and compulsory retirement of a group of 40% of judges of the Supreme Court. It was made applicable both to the new judges and those who have already been adjudicating and who reached the age of 65 in three months from the entry into force of the new legislation (i.e. until 4 July 2018). No temporal provisions were foreseen not to cover those judges who had been appointed when the retirement age was set at 70 years. As a result, the new retirement age was applied retroactively and may be regarded as the removal of judges from the office.

The Law provided certain 'escape clause': the judges who reached the age of 65 by 4 July 2018 could have requested the President of the Republic to extend their mandate. However, it was at full discretion of the President alone to consent or refuse; he could equally take no action at all. Only if the President expressly consented, the judge remained in office. No material grounds were specified for either the consent or refusal. The President's act required no justification, no judicial remedy was available to challenge the act. This extraordinary retirement scheme affected 27 judges; 15 of them did not apply for an extension – they retired in July 2018; 12 either applied to the President or made other statements that they wish to continue their tenure – only 5 of these judges received President's approval, the other 7 were retired in September 2018. In its infringement action (see below Section 3.3.3.), the Commission has recently request the EU Court of Justice to order interim measures that would suspend the Law on the Supreme inasmuch as to bring back the situation as of the date of entry into force of the Law (3 April). If the EU Court does so, it would create a retroactive effect and force the executive to reverse the changes made so far pending the CJEU final judgment.

The government reduced a justification to reform the retirement age mainly to the purported need to 'decommunize' the Supreme Court. The rationale appeared to be false for several reasons. Firstly, after the fall of communist regime in 1990 some 80% of Supreme Court judges were negatively verified

and excluded. The implementation of the 2017 Law led to the retirement of a single judge of the 'communist past' only. Thus, from the point of view of the declared aim, the adopted means were not effective. Secondly, if the reference to the communist past of judges were to justify the law, it affected many other judges and thus introduced collective responsibility, although no one should be held accountable for the acts of others. There is no reason why a judge should bear the consequences only for adjudicating in the same court as the judge whose past was questioned. Thirdly, the Law provided no effective legal remedy for those affected by the forced retirement depriving them of due legal protection. The true purpose of introducing the special retirement mechanism appears to be different that the one declared: to enable a quick change in the composition of the Supreme Court and introduce judges loyal to the ruling majority. This was indeed confirmed by the later developments, in particular the way in which new judges were nominated by the National Council of the Judiciary.

2.2.2 Extension of a judge's mandate

The above described retirement mechanism was introduced as temporary, it affected the judges who had been 65 or more on the date of entry into force of the new Law. However, a similarly discretionary procedure has been introduced with regard to all judges who reach the reduced retirement age in the future. The extension of their tenure is possible twice for a three-year term of office, and the judge must, likewise, individually apply to the executive: the President of the Republic. Again, there are no substantive criteria for the President to make the decision, the President is not required to provide grounds in case of refusal either.

Originally, there were two major differences in respect of this mechanism: no specific deadline to decide on the judge's request, and an optional consultation with the National Council of the Judiciary. If the President took no decision until the judge reached the retirement age, the judge was supposed to remain temporarily in office. As a result, the judge could have been kept uncertain as to the outcome of the request; a refusal could have come at any time and terminate his mandate. The April 2018 amendment to the Law imposed a three-month deadline on the President to make the decision. If the president does not take a decision, the judge retires.

Furthermore, initially the 2017 Law on the Supreme Court provided that the President 'may' request an opinion of the National Council of the Judiciary. The decision to consult the NCJ was at his discretion, thus it did not make the procedure any less arbitrary. The optional consultation of the NCJ was replaced with an obligation to consult by April novelization.

The mechanism is of discretionary nature. The President is not bound by any criteria. De facto, the judge who applies for a prolongation of the mandate is at the President's mercy. Despite amendment to the Law adopted in May 2018, which introduced some criteria to be followed by the NCJ when issuing opinions for the President, it did not significantly change the nature of the procedure. These are the criteria for the NCJ and not for the President. Council opinions are not binding on the President, anyway. Most importantly, the criteria are general, broad and value judgment, e.g. 'the interest of justice or an important public interest'. In consequence, a substantial power and an instrument of influence was vested with the President. Surprisingly, the judge may appeal from a preparatory, non-binding NCJ opinion, yet there is no judicial remedy expressly provided against a final decision, if the President denies the judge's request. The powers attributed to the executive body may induce a 'prior compliance' effect: the judge who considers himself fit to continue the service at the Supreme Court may be tempted to rule in line with the expectations of those who will examine the prolongation request.

2.2.3 Termination of the First President's tenure

The new Law was intended to terminate a constitutionally based six-year term of office of the First President of the Supreme Court (Art. 183 (3) Constitution). The incumbent First President, Małgorzata Gersdorf, was 65 years old and fell within the new retirement rule. Accordingly, a provision of ordinary legislation was used to abrogate a constitutional rule, which is manifestly contrary to the lex superior rule.

2.2.4 Extraordinary appeal

The extraordinary appeal, established by the new Law on the Supreme Court, is an

extraordinary legal action to overturn a final court judgment, in full or in part. It may be based both on points of law but also on findings of facts. The latter differs the appeal from a cassation remedy. Although the Law provides some substantive grounds for the use of this remedy, yet they are imprecise, not specific but formulated in very broad terms, based on general clauses ('necessity to ensure the rule of law and social justice') and value-judgment concepts (e.g. 'violation of principles determined in the Constitution', 'violation of freedoms and rights determined in the Constitution', 'a flagrant breach of the law', 'obvious contradiction between court findings and the collected evidence'.). This affords the opportunity for an excessive use of the extraordinary review and impairs the principles of stability of courts' decisions and the legal certainty.

An extensive time-frame for lodging the appeal was foreseen; it can be submitted within five years after the contested judgment had been taken. Temporarily, over the period of three years from the entry into force of the new legislation, the time-frame is even more generous: judgments given after 17 October 1997 (the day of the entry into force of the current Polish Constitution) may be appealed from.

The right to bring an appeal has not been granted directly to the party contesting the court ruling, it may be exercised by a limited number of state bodies. A general power to bring the action was vested with the General Public Prosecutor and the Human Rights Commissioner (ombudsman). In addition, seven other bodies (incl. commissioners for children's rights, patients' rights, etc.) were granted limited powers to lodge complaints in cases 'within their jurisdiction'. In May 2018, the scope of those entitled to bring the appeal was further restricted with regard to the rulings which became final before 3 April 2018 (entry into force of the legislation that introduced the extraordinary appeal). Bodies that had been previously granted a limited power of appeal have the power revoked. Only the first two actors are now entitled to lodge such appeals: the General Public Prosecutor and the ombudsman. The right to appeal against other rulings (i.e. those final after 3 April 2018) remained unchanged. Subordination of filling the appeal to the will of another entity means that the remedy is considered 'ineffective' from the viewpoint of the requirement to exhaust domestic remedies before lodging a complaint with the European Court of Human Rights.[12] Therefore, the use of this remedy will not be necessary to bring a case to the Strasbourg Court.

The May 2018 novelization of the extraordinary appeal regime brought another change. It widened the possibility not to annul the contested judgment even if the conditions for its repeal had been met. Instead, it allows the Supreme Court to make a 'satisfaction statement': declare that the judgment was issued in violation of the law. Such formal recognition that there had been an infringement is to provide a sufficient satisfaction to the party without actually overturning the court's ruling. The amendment introduced a new premise for delivering such statements: when the repeal of the judgment 'would violate international obligations of the Republic of Poland'. The general category of 'international obligations' includes i.a. both the obligations arising from the participation in the European Union as well as standards stemming from the 1950 European Convention on Human Rights. If the expected cancellation of the judgment would lead to a breach of such obligations, the Court may decide to admit the appellant's submission as a matter of principle, without interfering with the existing legal situation. The satisfaction statement provides an opportunity to avoid far-reaching consequences of a cancellation judgment, e.g. pecuniary compensation that the foreign parties may seek. However, the Supreme Court may nonetheless decide to revoke the judgment, if the 'principles or human and civil rights and freedoms specified in the Constitution' justify annulment anyway. The general clause applied here leaves a considerable level of discretion to the Court.

The changes adopted by the legislature in April and May 2018 limit the substantive and personal scope of the extraordinary appeal, yet only to a minor extent. They do not remove the risks which the extraordinary appeal poses. The introduction of the appeal to the Polish legal system was substantiated by a need to remove judgments delivered in a flagrant breach of the law and presented as a response to the public sense of (material) justice. The latter appears to be more a populist than a genuine rationale and the former belittled the existing extraordinary legal remedies. The newly created mechanism may seriously affect the stability of the legal

system and the functioning of the judiciary. The Venice Commission indicated that similar systems of extraordinary review that existed in a number of former communist countries, were found by the European Court of Human Rights as violating the principle of res judicata and of the legal certainty.[13] The Commission concluded that:

> It will be possible to reopen any case decided in the country in the past 20 years, on virtually any ground. Moreover, in the proposed system the new judgements, adopted after the re-opening, will also be susceptible to the extraordinary review. It means that no judgment in the Polish system will ever be 'final' anymore.[14]

2.3 National Council of the Judiciary

The National Council of the Judiciary (NCJ) is a constitutional body furnished with a crucial task to safeguard the independence of judiciary (Art. 186 (1) Constitution). Its activities are intertwined with judges' professional careers: from admission to the profession, through promotion and transfer until dismissal and early retirement. The government and the legislature should therefore be very careful not to compromise the stature of the Council in the exercise of its important role.

In December 2017 several significant legislative changes related to the National Council of the Judiciary were adopted.[15] The rules related to Council's composition (premature interruption of 4-year term of office; politicization of election of new members), remained clearly in conflict with the constitutional standards. Mainly for this reason, in September 2018 the NCJ membership at the European Network of Council for the Judiciary (ENCJ) was suspended. The ENCJ, an international institution that includes representatives of EU judiciaries, came to the conclusion that its Polish member (one of the ENCJ founding fathers) does not comply with the membership conditions which require the national body to be independent of the executive and the legislature. In the view of the representatives of European judges, the Polish judicial council does not meet the ENCJ criteria any longer.

2.3.1 Collective termination of judges-members term of office

The National Council of the Judiciary is composed of 25 members, 15 of whom should be chosen from amongst the judges (Art. 187 (1) Constitution).[16] The new legislation provided for an automatic early termination of a four-year mandate of the then 15 judges-members of the NCJ. However, the their term of office has been expressly specified by the Constitution (Art. 187 (3)). Consequently, here again, a rule of ordinary legislation has (blatantly) overridden a constitutional provision.

2.3.2 Appointment of new judges-members

The newly adopted procedure vested the power to appoint the NCJ judges-members with the Sejm, in excess of the powers attributed to the parliamentary body by the Constitution (it provides that the Sejm elects four members, and the Senate another two (Art. 187 (1)). In practice, the competence may be exercised alone by the ruling party that has an absolute majority in the Parliament and thus gained control over the composition of the Council.

The new NCJ was appointed in March 2018. As a result of judges' associations calling to boycott the new Council, only 18 out of ten thousand judges in Poland decided to stand for election. The media soon pointed out that the vast majority of candidates had been in one way or the other related to the minister of justice: they were delegated by the minister to work in the ministry, recently promoted, appointed as courts presidents, etc. They had been clearly in a relation of professional dependence or personal gratitude to the member of the executive. Furthermore, the identity of those who signed the pre-nomination lists were not disclosed,[17] which was not only contrary to the declared transparency of the nomination process but also violated the right of access to public information. The latter was confirmed by the administrative court.[18] In the end, 15 judges were appointed by the Sejm, but the process was not close to a success, and the current Council does not have the same weight as its predecessor.

2.3.3 NCJ role in selecting Supreme Court judges

In June 2018 the President of the Republic opened the appointment process for new judges of the Supreme Court. In the current procedure the NCJ is responsible for evaluating applicants, choosing nominees and offering them to the President for appointment. The Supreme Court that enjoyed a dominant position in previous mechanism has been entirely excluded in the new one. The Council carried the selection in August 2018 in a way that gave rise to serious concern. The evaluation was superficial, based on incomplete materials related mostly to formal conditions for candidates, selection criteria were unclear, the procedure was non-transparent. The Council allocated only some 15 minutes to let its team interview each applicant in camera. The candidates were not requested to substantiate their applications, prove the legal expertise, share their accomplishments, e.g. the rulings they are particularly proud of, or attach academic publications. The NCJ voted on candidates upon very brief, 2-3 minute long presentations of the candidatures by a Council's member; in most cases, no additional questions were asked, no discussion took place. Reduced assessment of candidates in a fast-paced procedure resulted in the nomination of a few candidates who did not actually meet the statutory criteria.

2.3.4 Politicization of the NCJ

The election of the members of the new Council by the legislature raised concerns about the politicization of the body. A few months of the functioning of the reshaped NCJ have confirmed their validity. The low quality selection procedure of the new Supreme Court judges suggests that the nominees had been decided elsewhere in advance. The nominations were received by the applicants related to the government, and especially, the minister of justice. Despite modest materials collected with regard to the applicants, the voting on acceptance or rejection of the candidatures were almost unanimous. They were based on very short, sketchy presentations, without actual comparing and discussing the candidatures.

The new NCJ is not fulfilling its role as the guardian of the independence of the judiciary. When representatives of the ruling majority offend judges or threaten them with disciplinary proceedings the Council does not react. Some NCJ members of the KRS have insulted judges or threatened them with disciplinary responsibility themselves. The Council has visibly abandoned the role entrusted to it by the Constitution.

2,4 Ordinary Courts

The Law on the Organization of Ordinary Courts was amended in July 2017.[19] A number of novelties brought in it raise substantial doubts with regard to the rule of law, separation of powers and the independence of the judiciary. The new legislation significantly strengthened the powers of the minister of justice in respect of the appointment and dismissal of courts' (vice)presidents, promotion and discipline of judges, and the internal organization of the courts. The new powers of the minister have to be seen in the context of the merger (since 2016) of the office of the justice minister with the General Public Prosecutor. Thus, the increase in minister's powers vis-à-vis the judiciary, de facto has considerably reinforced the influence of the country's chief prosecutor on judges.

2.4.1 Appointment and dismissal of court presidents and vice-presidents

Court presidents carry out managerial tasks, but they also perform judicial functions. The powers of the executive to appoint presidents should be balanced. On the basis of July 2017 legislation, the appointment of courts presidents has become a discretionary power of the minister of justice. No involvement of the judicial bodies, the judicial self-government, or the National Council of the Judiciary has been kept. The appointment is now the exclusive competency of the minister. The appointment of vice-presidents differs from the above only in that the vice-presidents are appointed by the minister on the motion of the presidents of the respective courts. Liberty in the appointment of court presidents may adversely affect the independence of judges, due to the powers that the president may exercise, like the possibility of transferring a judge to another department, in a number of cases – even without the judge's consent. The power may be abused against judges and trigger a 'chilling effect'.

The power to dismiss courts presidents and vice-presidents during their term of office,

likewise, has been attributed to the minister of justice. To some extent it has been restricted by material and procedural requirements. Unlike the case of appointments, the minister needs to justify the dismissal on substantive grounds. However, the grounds are formulated in broad terms and involve value judgment criteria, for example: 'further performance of the function cannot be reconciled with the interest of the administration of justice'. The legislation adopted in 2017 provided for a consultative participation of the National Council of the Judiciary. The NCJ was asked for an opinion, nevertheless, a negative opinion on dismissal was binding on the minister only if it adopted by a qualified majority of two-thirds. In April 2018, the procedure was slightly amended: instead of asking the NCJ for an opinion, the minister shall request an opinion of the college of the respective court. The court college may expressly or tacitly (30 days to respond) authorize the minister to dismiss the president. If the college adopts a negative opinion, in turn the minister requests an opinion of the NCJ. As before, only a negative opinion of the Council adopted by a two-thirds majority may prevent the minister from dismissing the court's president.

The 2017 Law provided a temporary regime of six months (i.e. until 12 February 2018), when the minister of justice was at full liberty to dismiss presidents and vice-presidents of ordinary courts. He could do so without invoking any substantive criteria or reasons and did not need any opinion either of the Council or a court college. No judicial remedy was available against minister's decision. The exact data on how many presidents and vice-presidents were replaced during the period were disclosed only months later. Out of some 700 such positions in Poland, the minister dismissed 158 people, i.e. about 20% of the (vice-)presidents. In practice, dismissals were delivered in an expeditious way: sent by fax, included no reasons or only a laconic justification. There was a case when a dismissal had been 'delivered' with retroactive effect, i.e. a dismissal was sent on Tuesday, becoming effective as of Monday, the day before.

2.4.2 Retirement age

The legislation adopted in July 2017 lowered the retirement age of judges which had been until then set at 67. In addition, it differentiated between the retirement age of male judges (65 years) and female judges (60 years). The new measure, adopted in violation of the EU antidiscrimination legislation, led the European Commission to launch the EU infringement procedure and bring a case to the Court of Justice of the European Union (C-192/18 Commission v Poland, see below Section 3.3.2). In quick response to that, the government changed their position, and the Parliament amended the court legislation again in April 2018 and restored an equal retirement age for all judges (65 years). Instead of lower retirement age of female judges, the amendment entitled them to request voluntary retirement at the age of 60.

2.4.3 Prolongation of a judge's mandate

Like the Supreme Court judges, the mandate of ordinary courts judges may be extended beyond the retirement age. The Law enacted in July 2017 made it, however, conditional upon ministerial consent. The amendment to the Law adopted in April 2018 replaced the minister of justice with the National Council of the Judiciary in this respect. It may seem like a proper solution, yet it must be kept in mind that it is now the new Council elected in a politicized process and staffed mostly with persons linked to the minister.

Initially, considering the judge's prolongation request, the minister of justice should have taken into account imprecisely formulated general grounds: 'a rational use of human resources of ordinary courts and the needs arising from the workload of individual courts'. In April 2018, the grounds were further broadened making the prolongation dependent on a general consideration: 'if it is justified by the interest of the administration of justice or an important public interest …'. The modification made the power to consent even more discretionary than before.

The Law did not specify for how long the mandate could be prolonged. It may be extended until the age of 70 or for a shorter period of time, making the judge dependant on the decision-maker's discretion. Moreover, a judge who requested an extension of the mandate, and in relation to whom the decision was not taken until he reached the retirement age, remained temporarily in office – pending the conclusion of the proceeding. It may appear as a fair solution, nonetheless it made it possible to keep the judge

uncertain, in fear that he may receive the refusal at any time. As a result, the judge's independence became vulnerable.

2.4.3 Disciplinary proceedings

A number of aspects of disciplinary proceedings against the judges raise very serious concerns. The minister of justice (and the General Public Prosecutor at the same time) has become extremely influential in these proceedings. It is the minister who appoints disciplinary officers. In addition, the minister may appoint a 'special' disciplinary officer to conduct a specific case (called a 'disciplinary officer of the minister of justice'), who can take over any disciplinary proceeding conducted by an 'ordinary' officer. Furthermore, the minister may object to the officer's refusal to launch a disciplinary proceeding. The objection is tantamount to an order to initiate the case, and the officer is bound by minister's indications as to the further course of the proceeding. What is more, the judges of disciplinary courts of first instance are appointed by the minister of justice as well. The minister is also entitled to appeal against the ruling of the disciplinary court. The second instance is the newly established disciplinary chamber of the Supreme Court. The President of the Republic appointed the majority of its members in September 2018. Half of the appointees had served as prosecutors before; thus, they have so far been subordinated to the General Prosecutor. The others have been associated or cooperating with the minister or the ruling party as well.

The practice of resorting to the disciplinary mechanism has been intensifying. Initially, there were mainly verbal announcements and threats of disciplinary proceedings, for example against judges who asked preliminary questions to the Court of Justice of the EU the content of which did not suit those in power. A reference for a preliminary ruling is the domestic court's right under the founding treaty of the EU. Discouraging or preventing a court from making a reference to the CJEU is contrary to European law and the EU Court's case law. There are more examples. A member of the National Council of the Judiciary (judge Johann) even stated that judges may be disciplinary punished for the content of the substantive justification of the judgment. A public prosecutor threatened judges of the court in Rzeszów with disciplinary proceedings when they did not accepted the prosecutor's request and ordered to supplement the case file before filing an act of indictment. A preparatory disciplinary proceeding was launched against a judge after he had acquitted five KOD members (Committee for the Defense of Democracy, a civil society organization) who protested against the ruling party running the election campaign on occasion of opening a museum exhibition (judge Czeszkiewicz, the case was discontinued without bringing it to the court). In recent weeks, the process of 'disciplining' the judges reached a next level and has taken the form of specific actions. The case files of certain judges have been reviewed several years back, without giving reasons (e.g. judges: Barańska-Małuszek, Żurek). It looks like a search for an excuse to initiate disciplinary proceedings against a judge. Those judges who have publicly criticized changes in the judiciary as unconstitutional, violating the rule of law and judicial independence, have been summoned for interviews by disciplinary officers (e.g. judges: Frąckowiak, Markiewicz, Przymusiński, Tuleya). Public criticism is qualified as 'political activity' by the ruling majority. Some judges who have asked preliminary questions to the EU Court of Justice have been summoned as well (e.g. judges: Maciejewska, Tuleya).

Disciplinary proceedings in the situations described above may ultimately lead to the removal of judges from the office and to the intimidation, discouragement of other judges en masse ('chilling effect'). The executive acquired an opportunity to use the disciplinary procedure to exert pressure on judges. These measures have two main objectives. First, to persuade judges to adjudicate in a manner consistent with the expectations of the government. This applies not only to court judgments that close the proceeding at a given instance, but also to decisions on detention orders, admitting indictment acts, enforcement of custodial sentences, etc. Secondly, to discourage judges from criticizing changes in the judiciary, or reminding the authorities of violations of the Constitution, or pointing to government's interference in judicial independence.

3. The European Union's reaction

The developments in Poland triggered reaction of numerous international institutions, including Council of Europe bodies (the Venice

Commission, the Human Rights Commissioner, GRECO – Group of States Against Corruption, the Secretary General, the Parliamentary Assembly, the Consultative Council of European Judges), United Nations (the Human Rights Council, the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers), OSCE (the Office for Democratic Institutions and Human Rights) and, as expected, the European Union (the European Commission, the European Parliament, the Council, the European Network of Councils for the Judiciary).

The European Union institutions share the responsibility over the rule of law compliance of organization's members. The distribution of powers among them reflect their position within the Union's institutional architecture. The primary responsibility to monitor member states is assigned to the European Commission, a body furnished with the task to 'ensure the application of the Treaties (...) [and] oversee the application of Union law' (Art. 17 TEU). The Commission's role of a 'watch-dog' can be implemented both through preventive and corrective measures. Bodies in which members states are represented, the European Council and the Council of the European Union, are attributed a political power to evaluate the member state rule-of-law conduct. The power may have far-reaching consequences, in particular when the Council eventually decides to apply sanctions against an EU member. The European Parliament, on the other hand, has a considerably narrower scope of powers in this area. It can, in part, compensate its weaker position by the political weight of the actions it can take: especially by holding debates or adopting resolutions. The main initiator of the activities is, of course, the European Commission; to a limited extent, the initiative may be taken also by the Parliament. In turn, the Council is a passive body, responding to the actions of other. The Court of Justice of the EU may step in only if properly requested to adjudicate on a rule-of-law issues. The CJEU jurisdiction in this area may be exercised within the infringement procedure, preliminary ruling mechanism, or – on procedural issues only – Art. 7 machinery.

3.1 Is a court a 'court'? The independence of the judiciary in CJEU case-law

In its case-law, the Court of Justice of the EU has developed a detailed definition of a 'court'. It did so in the context of the preliminary ruling procedure, in which a national court approches it with a legal question. The CJEU enjoys an inherent power to verify whether a request for a ruling comes from an authorized body, i.e. a 'court or tribunal'. It can do so on request or of its own motion, when deciding the admissibility of the national request. The Treaty does not specify which body is to be understood as a 'court or tribunal', yet the Court of Justice has consistently pointed to a number of criteria which it takes into account when assessing if a body is in fact a 'court of tribunal'. The formula reads:

> 'the factors to be taken into account in assessing whether a body is a 'court or tribunal' include, inter alia, whether the body is established by law, whether it is permanent, whether its jurisdiction is compulsory, whether its procedure is inter partes, whether it applies rules of law and whether it is independent'.[20]

Not a formal denomination as a 'court' is decisive for the actual classification of a body as a 'court or tribunal' under Article 267 TFEU, but carrying out the function of adjudicating, acting as a judicial body. The 'court' proceedings are initiated by action of a party that desires to have a dispute settled. Bringing the case to the 'court' results in the lis pendens, and precludes autonomous action in another ordinary court.[21] Judicial proceedings are by nature adversarial, involve relation of opposition, and lead to a binding ruling.[22] The 'court' is not at liberty to take a stand in the case, it is both entitled and at the same time obliged to consider and decide the case.[23] When delivered, the court's ruling has the effect of res judicata.[24]

It is clear, the independence of the body belongs to constitutive elements of a 'court' and is intrinsic to the very basic idea of adjudication. It forms an essential requirement of the right to an effective remedy provided for by Article 19 (2) TEU and Article 47 EU Charter of Fundamental Rights. As such it must be guaranteed at EU level, within the CJEU, but equally by member states at national level with respect to domestic courts.[25] In its case-law, the Court of Justice identified external (objective) and internal (subjective) aspects of independence.[26] Judicial independence sets the limits of political process on the judiciary.[27] First of all, when considering a case, the court must be free from

outside influence, is protected 'against external intervention or pressure liable to jeopardise the independent judgment of its members as regards proceedings before them'.[28] It is presumed that:

> the court exercises its functions wholly autonomously, without being subject to any hierarchical constraint or subordinated to any other body and without taking orders or instructions from any source whatsoever'.[29]

These elements are accomplished by the separation of powers, organizational and functional autonomy of courts which are furnished with a monopoly to administer justice. Other public bodies should be deprived of instruments by which they may exert pressure on courts to follow the 'desired' direction.

In Commission v Hungary the Court of Justice addressed the issue of political influence. It held that the mere risk that political influence could be exercised is enough to hinder the body in the independent performance of tasks.[30] It continued to indicate a particular example of such influence: a threat of a premature termination of the body's term of office. It could lead to 'prior compliance' that would be incompatible with the requirement of independence.[31] In this case, the EU Court of Justice was not referring to a court, but to a supervisory authority for the protection of personal data, which in accordance with Directive 95/46[32] was required to exercise its functions 'with complete independence'. There is no good reason why the protection of the independence of judicial bodies should deserve any less.

The second aspect of judicial independence, the internal one, embraces the impartiality and objectivity of the court. As the CJEU pointed out, it:

> seeks to ensure a level playing field for the parties to the proceedings and their respective interests with regard to the subject-matter of those proceedings. (…) requires (…) the absence of any interest in the outcome of the proceedings apart from the strict application of the rule of law.'[33]

The Court recognized a number of personal and institutional guarantees of independence and impartiality, in particular with respect to: court composition; appointment of judges; length of their service; grounds for abstention, rejection and dismissal; protection against removal from office[34] – in particular, the dismissals of members of that body should be determined by express legislative provisions;[35] remuneration of judges which should correspond to their function;[36] disciplinary regime which must include guarantees to prevent a risk that it is used as a system of political control of the content of judicial decisions.[37] These guarantees serve a double purpose: firstly, to create an environment for the judge that enables him or her to carry out the judicial function in a sense of occupational and personal safety. Secondly, to grant the parties a sense of confidence and certitude that the court is a 'third party',[38] for which only the facts of the case and the legal rules in force matter, and when, in the end, the court delivers a judgment, it is the very law that speaks.[39]

In Köllensperger and Atzwanger, the Court of Justice declared a request for a preliminary ruling from the Tiroler Landesvergabeamt admissible despite the fact that the provisions on the removal of its members were vague.[40] In the opinion of the advocate general they appeared 'too vague to serve as a guarantee against undue interference or pressure on the part of the executive'[41] and as a result, the body lacked the status of a 'court or tribunal'. Interestingly, to substantiate its special leniency, the Court applied a general presumption that public authorities act in compliance with national constitution and the rule of law:

> 'It is not for the Court to infer that such a provision is applied in a manner contrary to the Austrian constitution and the principles of a State governed by the rule of law.'[42]

In this case, a general clause of a bona fides nature sufficed. It is rhetorical to ask, what conclusion may be drawn, if the presumption that state bodies act in compliance with the Constitution and the rule of law is rebutted and may no longer be maintained?

There are next challenging questions when one moves from a level of ordinary courts who 'may' request a preliminary ruling to the level of highest judicial bodies which 'shall' bring the matter before the CJEU. In particular, when a ruling is requested by the reformed Supreme Court, in which a number of judges are removed and replaced by new ones in accordance with the 2017 Law. In other words, does a court whose significant part of members is replaced on the

basis of a Law incompatible with constitutional standards, both Polish and European, remains a 'court'? Is the body still 'established by law'?

Would the 'new' Constitutional Tribunal ever decide to request another preliminary ruling from the EU Court of Justice. The former did so once, in 2015. Its qualification to bring a case to CJEU did not raise any issue.[43] With all likelihood, the 'reformed' Constitutional Tribunal will not attempt to make use of Article 267 TFEU, especially not in a composition that includes unlawfully appointed judges ('duplicate-judges'). The EU Court, if so seized, may find the request inadmissible by concluding that the Tribunal cannot be regarded as a 'tribunal'.

The apparent questions that arise are whether the courts in Poland meet the criteria developed by the CJEU? What aspects should be looked at to provide the answer? The situation of the judiciary is dynamic, it is unfolding in an undesirable direction. There are issues that raise serious concern with respect to judicial independence in Poland. Top judicial bodies have been politicized or are being subjected to political influence. Political authorities, in particular the executive have armed themselves with instruments of influence on courts and judges, thus gained excessively strong position towards the judiciary. In many situations the authorities are granted wide margin of discretion because the law either provides no specific material grounds for a decision or introduces broad terms, vague criteria and general clauses. Yet, it is premature to give a single general yes / no answer. The situation of courts and judges needs to be differentiated on the basis of more specific criteria and considerations: the nature of the court case, the parties involved (e.g. political activists or the opposition), the expectations of the government as to the court's finding, personal interest of state functionaries in the case, as well as the individual courage of the judge, not giving in to pressure, rejecting the conformist stance.

3.2 Article 7 mechanism and the EU rule of law framework

The Treaty on European Union provides for a three-level political mechanism to protect the constitutional values of the European Union, including the rule of law (Art. 7 TEU). It comprises: (1) a preventive mechanism in which the Council (at a ministerial level) may determine a 'clear risk of a serious breach' by a member state of EU values; the Council adopts the decision by a qualified majority of four-fifths after having obtained the European Parliament's consent; (2) an infringement mechanism in which the European Council (the heads of state or government) may determine the 'existence of a serious and persistent breach' of the values; the European Council action requires unanimity (minus the country concerned) and, again, the consent of the European Parliament; and (3) a remedy mechanism in which the Council (ministers) may decide by a qualified majority to suspend certain rights of a member state in the Union, including voting rights in the Council itself.

The three mechanisms together establish a structured, coherent framework, which is not a unitary procedure, however. The Treaty requires merely that the decision to apply sanctions be preceded by a determination that a 'serious and persistent' breach exists; hereby, the third stage depends on the implementation of the second one. The second mechanism is autonomous: the determination of a breach does not have to be either preceded by a warning decision indicating a 'risk', or followed by sanctions. In the Article 7 mechanism, a finding of a violation does not necessarily lead to the application of sanctions, they remain non-obligatory.

The mechanisms No. 2 (finding a violation) and No. 3 (sanctions) were introduced first by the 1997 Amsterdam Treaty, and later supplemented with a preventive procedure by the 2001 Treaty of Nice. The new mechanism (No. 1) was meant to avert the use of 'more serious' remedies of the mechanisms already in place which, due to their nature, were sometimes referred to as a 'nuclear option'. In 2014, the European Commission found it necessary to further supplement the existing Article 7 procedure with an additional early warning mechanism, called: A new EU Framework to strengthen the Rule of Law.[44] If a 'systemic threat' to the rule of law in a EU member is identified, the Commission should initiate a dialogue with the state and, in sequence: assess the threat, provide an opinion, adopt a recommendation. The new framework was intended to come into play before a need arises to make use of the treaty procedure.

The Commission's new framework was launched against Poland in January 2016 and led to the adoption of four recommendations in the time-span of two years.[45] The Polish

government rejected the objections raised by the Commission in respect of the judicial reforms implemented in Poland. It dismissed the mechanism as unlawful and questioned the very right of the Commission to make use of it.[46] Consequently, the resultant 'dialogue' was, in effect, unproductive, which in turn, prompted the Commission to start the Article 7 procedure in December 2017 and request the Council to make a determination of a 'clear risk of a serious breach' of the rule of law in an EU member state.[47] The treaty mechanism has been triggered for the very first time in European Union history. When and how it will come to an end, we do not know. Following a request to the Council, the Commission re-established dialogue with the Polish government, which gave limited hope. It did not lead to a significant change, and most of the Commission's concerns remained unanswered. In accordance with the Treaty, the Council then decided to take the next step and organize a hearing: a formal exchange with the Polish government at the Council's meeting. The Council decided to hold the hearing over several meetings focused on different issues. So far two meetings took place: on 26 June and 18 September. Polish government maintained its previous positions and did not offer any measures to eliminate the threats to judicial independence. The next hearing is expected in November 2018.

The mechanism of protecting the Union's values is of clear political nature. Finding whether there is a 'clear risk of a serious breach' or a 'serious and persistent breach' is based on broad terms, vague notions and value judgments. This leaves a wide margin of discretion. Moreover, any binding determination that ends a stage of the proceedings is to be made by a political body composed of state representatives: the Council of the European Union or the European Council. Thus, pleas and legal arguments can actually give way to – or be supported by – political considerations and arrangements. A judicial body, the Court of Justice of the European Union, may be involved in these mechanisms only on procedural matters, when the member state concerned questions the legality of the decision adopted. The very initiation of the procedure is not meant to be mandatory. Those entitled to launch Article 7 (the Commission, a third of member states and – for the warning mechanism – the European Parliament), while aware of facts that substantiate the use of the treaty mechanism, are not bound to act. They could be politically blamed for inaction, especially with a reference to the principle of good faith, and related principles: of solidarity, loyal cooperation and effective implementation of obligations accepted. However, a CJEU proceeding for failure to act (Article 265 TFEU) would be inadmissible bearing in mind the rigors that it introduces: the existence of a specific, absolute obligation to act. There is no such duty as far as the power to activate Article 7 is concerned. And indeed, calls have been made for a long time to initiate the procedure vis-à-vis other countries too. Only recently the European Parliament decided to initiate the mechanism in respect of Hungary as well.[48]

The effectiveness of the mechanism and the protection of the Union's principles depend on whether EU institutions and member states will continue to uphold the principles to which they all subscribed, once their application in practice becomes a bone of contention. We do not know when, and how the procedure under Article 7 will end. The ruling majority in Poland is about to finish the implementation of changes which subordinate the judiciary to the political power. It will most likely complete them before decisions are taken under this mechanism. Will they be able to reverse the changes? Only to a limited extent. It is possible to imagine some concessions on the part of the government in terms of institutional re-arrangements. To an even lesser extent, a reversal of personal changes could be expected. While it may be relatively easier to re-elect members of the National Council of the Judiciary, it will be more difficult to reinstate the judges removed from the Supreme Court or to overturn the changes in the Constitutional Tribunal.

3.3 Infringement actions

direct rule-of-law related proceeding against Poland may serve a few basic purposes. Firstly, as there is a major disagreement between Polish government and the Commission on whether developments in Poland actually go against the rule of law, a CJEU ruling could clarify the issue. If confirmed by the Court, this would effectively annul the government's claim that the changes in the Polish judiciary respect the rule of law, or even – as the government maintain – strengthen the judicial independence. Secondly, it would unequivocally validate the required conduct

and compel the government to comply with the EU rules. Thirdly, the awareness that further defiance of EU obligations may lead to the Court imposing severe financial penalties on Poland, may prompt the government to take more determined steps to comply than before.

3.3.1 General considerations

The action for infringement of European Union law is the only general contentious CJEU jurisdiction procedure envisaged in the Treaty in which a case is brought directly against a member state. Specified in Articles 258-260 TFEU, it may be initiated both by the European Commission and other EU member states, if they consider an EU member 'failed to fulfil an obligation under the Treaties'. The flouted obligation may stem not only from written EU primary law – the treaties, but also from EU secondary legislation, international agreements to which the Union is a party, and general principles of EU law.[49] Similarly, as in the case of Art. 7 TEU, the competence to launch the infringement procedure is of discretionary nature: 'the Commission is not bound to commence the proceedings (…) it has the right, but not the duty'.[50]

Mechanisms of art. 7 TEU and art. 258 TFEU are autonomous. The scope of parties is almost identical: the Commission against a member state. However, the subject-matter has been formulated differently, the legal bases of the procedures and the nature and the course of proceedings are different, as well as the possible consequences for the member state. Both mechanisms may be implemented simultaneously, as indeed has happened in the case of Poland. The particular subject of the mechanism of Art. 7: protecting the values (principles) of the Union indicates that it has a more general and broader scope. It is presumed that values (principles) are indivisible; a member state cannot uphold them in part only. The rule of law cannot be respected in one area of state activity, and not in the other one. Such a state would not be 'ruled by law' any longer. While the infringement proceeding seemed to be limited to the scope of EU law, which is not necessarily true any longer; Art. 7 mechanism is not, and equally covers non-union activities of states. Member state action taken outside the scope of EU law, when it poses a threat to the rule of law, and esp. judicial independence, may nevertheless be dealt with by initiating Art. 7 mechanism.

To what extent the rule-of-law issues could be actually addressed in an infringement proceeding? Can the principle of the rule of law be examined by the EU Court of Justice within the framework of the mechanism? The infringement action has been tailored for cases where pleas concern violation of specific obligations that are defined at some level of specificity. This will be the case primarily when a specific provision of EU law has been breached.[51] In as much as the general principle of the rule of law may be concretized into detailed EU legal rules, like the prohibition of sex discrimination, naturally the case may be decided by the Court. In this situation, however, the Court does not assess the breach of the general principle as such, but a more detailed legal rule (e.g. Art. 157 TFEU). The general principle will represent the context of the case and not constitute its subject-matter to be ruled on by the Court.

The Court of Justice has traditionally taken the position that it may review infringements of general principles of EU law, and in particular, fundamental rights, when member state's contested conduct falls within the scope of EU law.[52] The limits of EU conferred powers are to draw up the boundaries of Court's jurisdiction in principle-based cases. This was illustrated in the EU Charter of Fundamental Rights which has provided that the Charter's standards are addressed to member states 'only when they are implementing Union law' (Art. 51 (1)).[53] The Charter's provision narrowed down the scope of obligations into 'implementation' of EU law. In *Åkerberg Fransson* the CJEU moved from a literally meaning of the Charter's provision and confirmed that EU members 'implement' EU law not only when they undertake activities to fulfill obligations established by EU law (e.g. enact national legislation to transpose an EU directive) or exercise discretion attributed by EU law, but also when national legislation meets EU objectives even if it was not adopted for a strict purpose of 'implementation'.[54]

Unquestionably, the competence to organize national judicial system does not fall within the powers vested in the European Union. This remains in the domain of member states' competences. To the extent, however, that the national action intertwines with the EU guaranteed legal protection: access to court,

right to an effective remedy, right to a fair trial – it does fall within the scope of EU law. Member states are under an obligation to organize their domestic judiciary in a way that does not impede the exercise of rights stemming from EU law.

The step that opened a more general possibility for CJEU to consider the rule-of-law related issues was made in February 2018 in Associação Sindical dos Juízes Portugueses. The Court of Justice confirmed that judicial independence forms part of the general principles of EU law and is applicable to both EU courts and national courts.[55] Furthermore, the Court stated that EU law protects the independence of domestic courts.[56] It found itself competent to look into a 'domestic' matter of independence of national judiciary and assess it from the viewpoint of European standards:

> 'every Member State must ensure that the bodies which, as 'courts or tribunals' within the meaning of EU law, come within its judicial system in the fields covered by that law, meet the requirements of effective judicial protection. (…) Consequently, to the extent that the Tribunal de Contas (Court of Auditors) **may** rule, as a court or tribunal' (…) on questions concerning the application or interpretation of EU law, (…) the Member State concerned must ensure that that court meets the requirements essential to effective judicial protection (…) In order for that protection to be ensured, maintaining such a court or tribunal's **independence** is essential'[57] (emphasis added)

The case concerned temporary reduction of judges remuneration introduced by Portugal in the context of budgetary policy to eliminate excessive state deficit. The discretion that a member state may exercise in a particular area does not include judicial independence, and does not relieve the state from the obligation to uphold it.[58] The EU Court of Justice is competent to evaluate national guarantees of judicial independence irrespective of whether they are directly linked to EU law or not, that is, whether the particular issue of judicial independence falls within the scope of EU law. For the Court, in order to substantiate its jurisdiction in respect of national legislation on the judiciary, it seems sufficient to combine two elements: (1) the existence of a general right to an effective legal remedy in the fields covered by EU law, and (2) a possibility that the domestic court may apply EU law.[59] If a national court may be called upon to interpret and apply Union law, the court should meet the standards of a 'European' court.

3.3.2 Commission v Poland (Case C-192/18)

In December 2017 the Commission eventually decided to bring a rule-of-law related case to the EU Court of Justice; the action was submitted on 15 March 2018. It is of limited scope, it refers only to one piece of legislation: the 2017 Law on Ordinary Courts (see above Section 2.4.). It covers a narrow subject-matter and two specific pleas, both related to the retirement of judges: the differentiation in pensionable age for female and male judges, and the discretionary powers of the minister of justice to decide on the prolongation of judges' mandate.

The first plea, the differentiation of the retirement age for men and women, is based on Art. 157 TFEU and the Gender Equality Directive 2006/54[60] that prohibit such treatment. The plea is related to discriminatory treatment not only of judges of ordinary courts, but equally the judges of the Supreme Court and public prosecutors for whom the 2017 Law introduced similar rules. The obligation invoked by the Commission is specific, strict, well-defined, present in EU legislation and Court's case-law for a long time. In particular, fixing different retirement ages for men and women is prohibited; the Directive clearly defines such a provision as contrary to the principle of equal treatment.[61]

The second plea deals with the discretionary power of the minister of justice to extend the mandate of judges who reached the retirement age. The Commission invoked the obligations under Art. 19 (1) TEU in relation to Art. 47 EU Charter, i.e. the right to an effective remedy before an independent and impartial court. Still, the action seems to be narrowed down in comparison to the content of both a letter of formal notice and a reasoned opinion, the two formal documents that the Commission was required under the treaty to communicate to the government prior to bringing a case to the Court. They both referred expressly also to the minister's discretionary power to dismiss and appoint court presidents.[62]

Still, the obligation referred to in the second plea is of a more general nature than the first one, as it is directly linked to the rule of law. The independence of the judiciary is inherent to the

principle of the rule of law and it forms part of its very concept. This is an important development vis-à-vis Poland. The Commission's reference to the breach of the judicial independence indicates the context of the case, but it is does more than that: it is a genuine plea sent to the Court.

The direct infringement action that the Commission lodged with the Court was the reason for subsequent legislative initiative in Poland. The amendment of 12 April 2018 to the Law on the organizations of Ordinary Courts restored the same retirement age for all judges (65 years). It might bring to a close this part of the Commission's infringement action. It 'might', because it is a discretionary prerogative of the Commission to either withdraw or sustain the application. It is clear from the case law of the Court of Justice that subsequent modification of legislation do not invalidate the action brought. In a number of cases the CJEU held that:

> 'the question whether there has been a failure to fulfil obligations must be examined on the basis of the position in which the Member State at issue found itself at the end of the period laid down in the reasoned opinion, and the Court cannot take account of any subsequent changes.'[63]

Polish legislation did not comply with EU standards not only at the end of the period specified in the reasoned opinion but also on the day when the action was brought to the Court. Thus, this part of action has not become devoid of purpose as a result of subsequent legislation. It is worth noting that even repealing the law with a retroactive effect, e.g. by way of legislation or a ruling of a constitutional court does not change the position of the Court of Justice because such change results from an event which took place after the key date and therefore cannot be taken into account.

The extension of judges' mandate beyond the age of retirement is the other concern brought to the Court's attention by the Commission that has also been dealt with by the April legislation. Yet, in a more cosmetic way that does not alter a critical assessment of the procedure and its impact on the independence of the judiciary. It brought two modifications, mentioned above in Section 2.4.3. The minister of justice was replaced with the National Council of the Judiciary which is now furnished with the competence to extend judges' mandate. Although it may be considered as a positive development, one needs to bear in mind that the new Council is a different body than before: appointed by politicians, based on a Law inconsistent with constitutional standards, and composed mostly of people related to the justice minister. Furthermore, the April amendment broadened the substantive criteria for prolongation of the mandate, thus granting even more discretion with respect to judges' active service. Finally, it has to be noted that there is still no express time-frame for making a decision on prolongation. Therefore, the second plea remains legitimate.

Despite a more general nature of the second plea, the infringement action brought by the Commission is relatively narrow. As was highlighted above, the rule-of-law issues in Poland are much more extensive than that. If the Court of Justice follows in the future the approach it took in Associação Sindical dos Juízes Portugueses, it opens wider opportunities for the Commission (and potentially to other EU member states) to bring next infringement cases on judicial independence in Poland (and equally, in other EU members).

3.3.3 Commission v Poland II (Supreme Court case)

On 3 October 2018, the Commission lodged a second complaint with the CJEU concerning violation of judicial independence by Poland, this time – in relations to the Supreme Court. The action was not communicated in the EU Official Journal yet or made available on Court's website; the information available so far is based in part on Commission's press releases.[64] The Commission pointed to violation of the principle of irremovability of judges by a forced, premature retirement of judges, also including the interruption of the term of office of the First President of the Supreme Court (see Sections 2.2.1–3. above). The Commission also questionned the discretionary nature of the President's power to agree or refuse to extend the term of office of Supreme Court judges, as well as the lack of judicial review in the case of a negative prolongation decision. The case may involve the National Council of the Judiciary, to the extent that it participates in the procedure for the retirement of judges and the extension of their mandate. The Commission clearly considers the NCJ to be a politicized body which does not meet European standards.

The Commission asked the CJEU for an expedited procedure taking into account the on-going process of replacing judges of the Supreme Court in Poland. It also requested interim measures pending final judgment. The exact wording of the request is not known at the moment, but interestingly enough, the measures requested would apparently be retroactive in nature since the Commission applied for the restoration of the Supreme Court to the situation as before 3 April 2018. That would mean that the retired judges are reinstated in some way, Prof. Gersdorf continues as the First President of the Supreme Court, no new judges are appointed to the positions occupied again by reinstated judges. If such interim measures are in fact ordered by the CJEU, their implementation would be legally feasible, yet politically extremely difficult for the government. Should the government, however, do not comply with the interim measures, Poland most probably would be facing severe financial consequences.[65]

3.4 Preliminary rulings

If a domestic court considering a case to which EU law applies, encounters difficulties in its application, it has a possibility, and sometime a duty, to submit a legal question to the Court of Justice of the European Union. By asking such a preliminary question, the court seeks clarification with respect to either interpretation of EU law or the legality of legal acts adopted by Union institutions. This specific procedure of cooperation or 'dialogue' between national courts and the EU Court is to secure uniform interpretation of EU law in all member states, ensure its consistency, its full effect and its autonomy.[66] The EU Court's jurisdiction does not embrace directly the interpretation of domestic law, all the more, the assessment of the validity (constitutionality) of national laws. The latter is naturally reserved for national courts. Nonetheless, the CJEU may deal with certain consequences of domestic legislation from the viewpoint of upholding the European standards. In particular, this will be true for the independence of national judiciary, since it is no longer an internal 'affaire' of members states but has become a European issue as a consequence of the supranational nature of the Union and the extent of integration it covers. Firstly, at a more general level, the EU Court may assess whether the domestic body which requests a preliminary ruling is authorized to apply to the Court as the right to submit a request is reserved exclusively for a 'court or tribunal' (see above Section 3.1.). Hence, the Court of Justice has an inherent competence to verify whether the national body is in fact a 'court or tribunal'. The notion of a 'court or tribunal' is an autonomous concept under EU case law. Denomination of a national body as a 'court' made by domestic law usually will be accepted by the Luxembourg Court. However, not because such an indication is sufficient or decisive, but national courts usually do meet the criteria indicated by the CJEU. The independence of the body is one of the basic eligibility criteria for a 'court'. Secondly, the Court may be involved in the preservation of a prerogative of national bodies to request a preliminary ruling, if national law or domestic practice would attempt to restrict the right. Thirdly, the Court of Justice may be addressed by a domestic court of another member state when that court is to decide whether to execute, or refuse to enforce a decision of a Polish court. The system of judicial cooperation in the EU is based on mutual trust. If judicial bodies of other EU member states begin to lose confidence in Polish courts, they may question the enforceability of their decisions. Two of these scenarios: the last and the first one have already begun. The CJEU was asked, in a series of preliminary questions, to assess a number of aspects of changes made in the Polish judiciary. None of these questions have been answered yet, the cases are pending. The CJEU was also asked by a foreign (Irish) court to advise on the terms of a duty to execute a European arrest warrant issued by Poland (LM case).

3.4.1 Preliminary questions from Polish courts

Although the changes in the judicial system in Poland began in autumn 2015, the first requests for a preliminary ruling were submitted to the EU Court of Justice almost three years later, in August 2018. The 'late' response was due to several reasons. Initially, the changes concerned the Constitutional Tribunal alone and did not have immediate consequences in cases pending in ordinary courts or the Supreme Court. Yet, there was a conviction that sooner o later questions to the CJEU would be referred, it was a matter of time, just like individual complaints to the European Court of Human

Rights alleging violation of Article 6 ECHR (right to a fair trial) are expected as well. In addition, a case that would be suitable for a preliminary ruling was awaited, i.e. a case with a European element, that is, a case to which EU law applied. It was only the judgment of the CJEU in Associação Sindical dos Juízes Portugueses that pointed to a broader possibility of requesting a preliminary ruling in cases concerning the independence of the judiciary. It is possible that the judgment in the case of Portuguese judges was a specific response of the European Court to the development of the situation in Poland.

The Supreme Court's decisions of 1 and 2 August to ask preliminary questions opened the door to the Luxembourg Court. During the two-month period, the Supreme Court issued five decisions to request preliminary rulings. Ordinary courts followed in the footsteps of the Supreme Court, e.g. the district courts in Warsaw and Łód. Judges in Poland began to use their EU based powers to challenge the developments affecting judicial independence and the right to legal protection. Preliminary questions are focused on several issues: irremovability of judges in relation to the forced retirement as a result of the lowered retirement age; discretionary powers of the executive to decide on the extension of judge's mandate; discrimination on grounds of age linked to the two above issues; competence of the domestic court to order interim measures suspending the application of certain national provisions when requesting a preliminary ruling; guarantees of independent disciplinary proceedings (political influence over them, the risk of their use to control the content of judicial decisions, the possibility of using unlawfully obtained evidence in disciplinary proceedings). None of these questions have been answered yet. The first CJEU rulings can be expected in a few months; Polish courts requested the Court of Justice to proceed under the expedited procedure.

The government's reaction to referrals of preliminary questions was disapprobative. The rationale for submitting applications was questioned. The government reused an argument that has been exploited earlier many times, that the changes in Poland are beyond the EU competence, because allegedly they concern only the organization of the judiciary, which remains an exclusive domestic competence. The judges were accused of delaying the resolution of cases and the administration of justice as a result of the suspension of national proceedings pending a reply from the Luxembourg Court. It has been argued that the questions referred concern matters unrelated to the domestic cases; if this were the case, the CJEU and not the government should be the deciding authority.[67] Judges who had referred preliminary questions were threatened with disciplinary liability; in fact, some of them were later summoned for interviews with disciplinary officers.

3.4.2 The right to a fair trial and the principle of mutual trust (LM case)

In March 2018, an Irish court suspended the execution of a European arrest warrant (EAW) issued by Poland. It did so on account of doubts whether the person, when transferred to the requesting state, will be granted the right to a fair trial.[68] This was the first case in which a foreign court, taking into consideration the changes in Poland, voiced doubts as to whether this is a country whose courts can still be trusted. Since the obligation to execute the EAW arises from EU law, the Irish court referred questions to the CJEU for a preliminary ruling on how to proceed, in particular what criteria and procedures are to be adopted to decide on the surrender of the person wanted for prosecution.

That new development may challenge Poland's participation in European judicial area. Adopted in 2002, the European arrest warrant is historically the first EU instrument implementing the principle of mutual recognition. It is a surrender procedure that replaced extradition arrangements between EU members. It limits the application of traditional principles of double criminality and specialty. It does not differentiate by citizenship of the persons sought; it provides likewise for surrender of own nationals. Today, the EAW is still the most widely known, but there are many more instruments on judicial cooperation in both civil and criminal matters that are based on mutual trust among the EU states.[69] Mutual trust restraints the discretion of the requested state by providing for a (nearly) automatic recognition and execution of a foreign court judgment or decision. It facilitates judicial cooperation making it quicker, less formalized, thus more effective. The trust is justified by a basic assumption that EU member share 'a set of common values on which the European

Union is founded'. It requires a member state 'to consider all the other Member States to be complying with EU law and particularly with the fundamental rights recognised by EU law'. Ergo, it involves presumption that fundamental rights have been observed by the other member states.[70] Mutual recognition presupposes a high level of homogeneity of member states legal systems that share the same values and safeguard an equivalent and effective level of protection. This is where the rule of law, judicial independence and fair trial guarantees come to play a critical role. If, in relation to a particular state, the basic assumption on shared values turned out to be false, as a result, the presumption of compliance with fundamental rights could be rebutted. Then the trust and confidence in that country could be lost as well. In such circumstances, the mutual recognition mechanism may not be feasible any longer with the participation of that state.

Execution of a European arrest warrant is the rule, refusal – an exception, limited to either mandatory or optional grounds pointed out in the EU Framework Decision.[71] The Decision does not expressly allow for a refusal to execute a warrant because of a risk of violation of fundamental rights; there is no such premise among the grounds for non-execution. Admittedly, the Decision's preamble indicates that its implementation may be suspended in the event of a serious and persistent breach of EU values by a member state, insofar as the breach is determined by the Council in accordance with Article 7 TEU political procedure. This has not happened so far in relation to Poland or any other EU state. Yet, the Framework Decision shall not modify the obligation to respect EU fundamental rights and fundamental legal principles (Art. 1(3) Decision). In the case of a conflict of obligations under the Framework Decision (EU secondary legislation) and obligations under the Union treaties or the Charter of Fundamental Rights (EU primary law), the latter prevail in accordance with the lex superior rule. At the request of the domestic court, it was the role of the Court of Justice of the EU to indicate the criteria to determine whether such a conflict exists in a given case and, if so, how it should be resolved.

In Aranyosi and Căldăraru the CJEU confirmed that 'in exceptional circumstances' the national court, when considering executing an arrest warrant, is entitled to deny its execution on fundamental-rights grounds. While the case concerned the detention conditions of persons transferred on the EAW basis, its applicability to LM case was to be checked with the CJEU. In Aranyosi and C□ld□raru the Court argued for a two-step test: (1) finding that there is a real risk of violation of fundamental rights because of the general conditions in the requesting state, and (2) an assessment whether there are substantial grounds to believe that the individual concerned will be exposed to that risk.[72] The latter is to be found with the assistance of supplementary information which the executing judicial authority may ask from the requesting judicial body.[73] The Irish court in LM case asked the CJEU to rule if the Aranyosi and Căldăraru test is to be followed in a rule-of-law situation and whether the risk must be individualized.[74] In other words, a national court in an EU member state may be able to establish the existence of deficiencies in the rule of law in another member state; in this context, the EU Court was asked to clarify how the consequences of such a determination at national level should be assessed in relation to an individual arrest warrant case.

In its ruling of 25 July 2018, the Court of Justice confirmed that the Irish court is to apply the same test to assess whether to execute the EAW in relation to LM. The CJEU concluded:

> 'where the executing judicial authority, called upon to decide whether a person in respect of whom a European arrest warrant has been issued for the purposes of conducting a criminal prosecution is to be surrendered, has material (…) indicating that there is a real risk of breach of the fundamental right to a fair trial (…), on account of systemic or generalised deficiencies so far as concerns the independence of the issuing Member State's judiciary, that authority must determine, specifically and precisely, whether, (…) there are substantial grounds for believing that that person will run such a risk if he is surrendered to that State.'

When deciding on the surrender of the person wanted for prosecution, the court must link the general negative assessment with the individual situation of the requested person. In the CJEU view, the general risk of violation of the right to a fair trial does not necessarily mean that every accused person is exposed to such a risk in his or her individual case. It is the task of the executing court to verify, in each case, whether such a relationship exists. If so, the person

sought cannot be handed over to the requesting state. The Court of Justice has indicated the considerations which the national court should take into account in its individualized assessment: the specific concerns of the person sought, his or her personal situation, the nature of the offence and the factual context of the arrest warrant.[75] The determination made by the executing judicial authority should be specific and precise.[76] The CJEU further requires that the executing court requests the issuing judicial authority for supplementary information to have an up-to-date knowledge.[77]

Some observers appeared to be disappointed that the Court of Justice did not rule directly on whether the rule of law was violated in Poland. It did not, because this was not a question which it had to answer. This issue was essentially determined by the Irish court itself. The CJEU was careful not to go beyond the limits of the jurisdiction entrusted to it by the Treaty. A general evaluation of the rule of law made in the context of this case would exceed the scope of the preliminary ruling mechanism. However, the LM case is the first of this type, but probably not the last one; the Court may be confronted with similar questions in other cases where the principle of mutual recognition is at stake. Depending on the wording of the questions put to the Court, the CJEU may provide more far-reaching answers or more direct ones.

3.5 Effectiveness and consequences of EU control mechanisms for Poland

Are EU mechanisms effective? Do they allow a member state to be forced to act in accordance with its obligations arising from its participation in the Union, in particular the respect for the rule of law? For the time being, they have not proved to be so. Changes have been introduced in Poland for three years. For most of this period, the activity of the European institutions consisted in watching, noting, giving opinions and possibly recommending. The procedures have been initiated, most of them are ongoing. Only the preliminary ruling procedure at the request of the Irish court has come to an end. Yet, the specific nature of the case and the procedure resulted in the fact that there is no definite answer, it is the domestic court that is ultimately to take the decision on the execution of the EAW and the transfer of the person sought to Poland. We do not know when, and how the procedure under Article 7 will end. The ruling majority in Poland is about to finish the implementation of changes which subordinate the judiciary to the political authority. It will most likely complete them before decisions are taken under this mechanism. Will they be able to reverse the changes? Only to a limited extent. It is possible to imagine some concessions on the part of the government in terms of institutional re-arrangements. Yet, a reversal of personal changes can hardly be expected. While it might be relatively easy to re-elect members of the National Council of the Judiciary, it will be more difficult to reinstate the judges removed from the Supreme Court or to overturn the changes in the Constitutional Tribunal.

The actual direct effect of EU control procedures may become sanctions imposed on Poland, as well as other negative consequences of political and judicial decisions taken within the EU framework. A finding, pursuant to Art. 260 TFEU, that the state has failed to fulfill its obligations may at the end of the day result in the imposition of considerable fines: a lump sum or periodic penalty payment. The former is repressive in nature, the latter is meant to force the state to perform the obligation(s). In the context of the infringement procedure, pecuniary sanctions may also be imposed at an earlier stage, once they have been decided by the Court of Justice which ordered interim measures pending a final decision on the case. Failure to implement them can be expensive.

The reduction in funding from the European Union could become another negative consequence. It could be done under the rule-of-law conditionality mechanism proposed by the Commission. Negotiations between the Commission, the Council, and the European Parliament are underway. The limitation of funding could apply to almost all EU spending programmes in the context of the Multiannual Financial Framework 2021-2027. Considering that a significant part of public investment in Poland is (co-)financed from EU funds, the consequences of the conditionality mechanism would be particularly severe.

The negative consequences may also take non-pecuniary forms. The Article 7 mechanism may ultimately lead to the suspension of certain rights of the member state in the EU, including voting rights in the Council. This would drastically reduce the state's participation

in the EU decision-making process, its capacity to influence the development of European integration as well as the ability to safeguard the state's own interests. In addition, the preliminary ruling of the Court of Justice may result in limiting Poland's participation in the judicial cooperation: in recognition and enforcement of judgments and court decisions. The judgment of the CJEU in LM case has already resulted in the EAW issued by Polish authorities ceasing to be automatically enforced, as the other member state courts taking a decision whether to execute the EAW must ensure in a given case that the rule of law in Poland will not prejudice the rights of the person transferred.

4. CONCLUDING REMARKS

Since autumn 2015, Poland has been undergoing an unprecedented change in its constitutional system. The most rapid and far-reaching since the fall of the authoritarian regime in 1989. The changes impact many areas of the state: the judiciary, public prosecutors, the police, the civil service, the media, as well as electoral law and the rights of individuals, in particular the right to assembly. In the field of the judiciary, in the first place, they have affected the key bodies: the Constitutional Tribunal, the Supreme Court, the National Council of the Judiciary, and also to a lesser extent, the ordinary courts. As a result of these, the principles of the rule of law, separation of powers, and judicial independence have been substantially distorted.

1. Developments in Poland have aroused astonishment. How did it happen? Why did it happen? How was it possible? In a country that was perceived as a leader of transformation in Central and Eastern Europe; a country which appeared to be a stable democracy furnished with a system of law based on a modern Constitution. Yet, it all has proven to be insufficient. The 'Law and Justice' party, that within a few months in 2015 won both the presidential and parliamentary elections, took a brutal shortcut. A motto: 'fighting with legal impossibilism' was used to justify a radical change of the system. 'Legal impossibilism' was intended to mean a certain inability, incapacity to change the law, caused allegedly by excessive and unnecessary legal formalism, which prevents the adoption of politically desirable and socially expected changes.[78] Thus, formalism embodied in the principles of procedural justice impedes instituting material justice.[79] In addition, the ruling party identified a source of 'impossibilism' in ill-will of lawyers' corporations and castes, including members of the judiciary. They were accused of preserving the existing system, reluctant to accept changes, suspected of obstructing the coming inevitable reforms. A maxim: 'where there is a will, there is a way' set the path. Even the Constitution should not hold back the fight against the legal inability. Indeed, the incapacity to formally change the Constitution, due to the lack of a required majority to revise it, itself fits into this 'legal impossibilism'. Perceived as a potential obstacle, the Constitutional Tribunal, an actor that could stop a 'good change', was first to be disarmed. This opened the door to the next changes.
2. Over three years, the legislative and the executive have gained overwhelming influence on the judiciary. The changes made so far may seriously undermine the independence and impartiality of courts and judges. Alterations to the judicial system have created a network of political influence on judges. They affect the whole professional career of the judge: from education and training, access to the profession, appointment, promotion, transfer, disciplinary responsibility, dismissal and retirement. It raises anxiety that judges, when considering a case, may take into account not only the facts of the case and the law applicable but also extrajudicial considerations. They may be inclined to determine the merits of the case in accordance with the views or expectations which are communicated either explicitly or implicitly.
3. The judicial reform has been carried out with a call: 'This is what the citizens demand, and what we have promised them', nonetheless it does not meet the genuine expectations of the public. What people really want are more speedy, efficient proceedings, and a greater understanding of what is happening in a courtroom. This has not been done so far. Instead, the Constitutional Tribunal was dismantled, the National Council of the Judiciary politicized, part of members of these bodies and courts' presidents replaced; the Supreme Court has been undergoing personal changes too. The actual deficiencies

of the Polish judicial system have not been addressed by the measures so far implemented.

4. If someone relied on justifications for legislative changes and statements made by political leaders, the declared objectives of the 'reforms' would seem to be: the repair of the judiciary, its democratization and submission to greater public scrutiny, removal of compromised judges, rationalization of proceedings, ensuring justice. However, the measures implemented contradict the declarations. Judicial institutions have been weakened, judges are systematically insulted and intimidated, judicial proceedings take longer, political influence in the judiciary is increasing. The true aim of the changes turns out to be making the judiciary dependent on political power and eliminating judicial control over the executive. The control relationship is being reversed: the courts are no longer supposed to control the actions of other state bodies, but the political leadership is supposed to control the judiciary. 'Judges are to play a servant role towards the state' has declared a prominent politician of the ruling majority. The takeover of the Constitutional Tribunal has eliminated the possibility of reliable control over the constitutionality of adopted legislation. The replacement of the composition of the National Council of the Judiciary has ensured political influence over the process of appointment and promotion of judges. The exchange of Supreme Court judges is expected to ensure control over the jurisprudence of lower courts. Judges of ordinary courts cannot be replace, as there are not enough 'substitutes'. Therefore, they have been subjected to discipline, intimidation, a 'chilling effect'. The most rebellious ones may be removed from the profession. It will serve as an example for others, the majority of the remaining may eventually learn a lesson.

5. On account of the government taking control over the Constitutional Tribunal, a genuine, abstract constitutional review has been disabled. Since the Constitution provides that its provisions are directly applicable, the courts are entitled to examine the constitutionality of legislative acts in individual cases they consider. They cannot declare them null and void, yet they may refuse to apply them in specific cases. The government strongly opposes such in concreto review, and the minister of justice has threatened judges with disciplinary proceedings if they apply the Constitution directly, and find the conflicting legislation inapplicable in a given case.

6. The current leadership demonstrates a dual attitude towards the Constitution. It essentially questions the act, contests the legitimacy of premises upon which the Constitution is based, imputes a post-communist origin of the act, describes it as a fruit of a 'rotten compromise'. It maintains, it was adopted to protect the members of the fallen regime and their interests, it precludes any major, substantial changes. Nonetheless, the party does not formally reject the Constitution as such. It is comprehensible; a complete delegitimization of the basic legal act would turn against the government. The addressees of legal rules might feel released from following and obeying the law, making it ineffective. The technique is much more subtle: pick and choose. Firstly, Constitution stipulations are invoked in isolation. They are stripped of their systemic and functional context. They are appealed to selectively and only to the extent that corresponds to the current agenda. The government pretend to act in line with the Constitution and strongly deny any allegations of non-compliance with it and the rule of law. Secondly, when adopting and implementing subsequent changes, the government normally backs its initiatives by a mention of the will of the 'nation', the 'sovereign', as interpreted selectively and authoritatively by the ruling party. The will of the nation is supposed to be above the law, hence, also above the Constitution. The will of the sovereign was vested in 'Law and Justice' party when it won the 2015 parliamentary elections and the government represent the will of the nation. In fact, the parliamentary majority implies that it has been given a 'carte blanche'. It ignores the fact that the 1997 Constitution was indeed adopted by 'the sovereign' in a nationwide referendum and can only be revised in accordance with a constitutional procedure.

7. Among the EU institutions, the European Commission has so far been the most active, maintaining both formal and informal dialogue with the Polish government.

After adopting several recommendations, the Commission launched the Article 7 monitoring mechanism. It may eventually lead to the use of limited sanctions: suspension of certain membership rights. Hitherto, it has brought only modest effects. Firstly, a change in the 'dialogue climate', when after months of irreverence for the Commission, at the beginning of 2018, the government has declared a will to talk and seek a compromise. Secondly, adopting some amendments to previously enacted legislation that has been heavily criticized by the Commission. The situation is not fully clear as to the further scenarios. The EU Treaty procedure has been initiated, yet we do not know when and how it will come to an end. The decisive role and thus the outcome of this process, rests with bodies made up of representatives of governments; their action is often politically motivated.

8. In the context of Poland's membership in the EU, violation of national principles of the rule of law, constitutes a breach of EU constitutional values at the same time. Polish issues have become a European issue. Tight links exist between the domestic and EU legal orders. National authorities, and in particular, the judicial bodies play an important role in implementation and execution of EU law. If the confidence in Polish legal and the judiciary will continue to fall, Poland's participation in judicial cooperation with other EU members may be at risk. Based on the principle of mutual trust, the cooperation is the corner stone of the EU area of freedom, security and justice. Distrust in the independence of the judiciary may hold back transnational 'dialogue' between Polish judicial bodies and their counterparts from other EU member states. It may slow down or even undermine the prosecution of criminals, mutual assistance, and transnational legal transactions. The recognition of court judgments and decisions in other EU members is not fully possible without ensuring an adequate, sufficiently high quality of members' legal and judicial systems. The loss of trust by the EU and its member states, may have serious consequences for Poland's capacity to continue to participate fully in European integration.

NOTES

1. See i.a. R. Cohen, *How Democracy Became the Enemy*, The New York Times, 6 April 2018; M. Matczak, *The Strength of the Attack or the Weakness of the Defence? Poland's Rule of Law Crisis and Legal Formalism*, DOI: 10.2139/ssrn.3121611; L. Garlicki, *Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes in Polen? (Disabling the Constitutional Court in Poland?)*, [in:] A. Szmyt, B. Banaszak (eds.), *Transformation of Law Systems in Central, Eastern and South-Eastern Europe in 1989-2015*, Gdańsk 2016, s. 63 i n.; E. Łętowska, *Zmierzch liberalnego państwa prawa w Polsce*, Kwartalnik o prawach człowieka 1-2/ 2017; E. Łętowska, *The current dismantling of the rule of law in Poland,* https://www.academia.edu/35832671; M. Wyrzykowski, *"Wrogie przejęcie" porządku konstytucyjnego*, [w:] M. Bernat et al. (ed.), *Wyzwania dla ochrony konkurencji i regulacji rynku,* Warszawa 2017; M. Wyrzykowski, *Bypassing the Constitution or changing the constitutional order outside the constitution*, [in:] A. Szmyt, B. Banaszak (eds.), *op. cit.*; L. Pech, K.L. Scheppele, *Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 19/2017; L. Pech, S. Platon, *Systemic Threats to the Rule of Law in Poland: Between Action and Procrastination*, European issues n° 451/2017; T.T. Koncewicz, *Unconstitutional capture and constitutional recapture. Of the rule of law, separation of powers and judicial promises*, Jean Monnet Working Paper 3/17.
2. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Rule of Law Checklist*, 18 March 2016, CDL-AD(2016)007, para. 18. The Checklist consists of a thorough, detailed list of indicators that is thought as a tool to evaluate the rule of law in individual states.
3. Acts of 19 November 2015 (Dz.U. [*Journal Laws of the Republic of Poland*] 2015, item 1928), 22 December 2015 (Dz.U. 2015, item 2217), 22 July 2016 (Dz.U. 2016, item 2072), and three Acts of 30 November 2016 (Dz.U. 2016, items 2072–2074).
4. Judgment of 9 March 2016, K 47/15 (concerning the Act of 22 December 2015).
5. Judgment of 9 December 2015, K 35/15 (concerning the Act of 19 November 2015); Judgment of 11 August 2016, K 39/16 (concerning the Act of 22 July 2016).
6. Judgment of 3 December 2015 (K 34/15).
7. Act of 19 November 2015.
8. Judgment of 9 December 2015 (K 35/15).
9. Judgments of 9 March 2016 (K 47/15), 11 August 2016 (K 39/16) and 7 November 2016 (K 44/16).
10. The Act was adopted on 12 April. On the day of sending the article for publication, the act was not yet signed by the President, which is a prerequisite for its proper promulgation.
11. Law of 8 December 2017 on the Supreme Court (Dz.U. 2018, item 5).
12. M. Balcerzak, *Skarga nadzwyczajna do Sądu Najwyższego w kontekście skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Palestra 1–2/2018, p. 16.
13. Opinion No. 904/2017, 11 December 2017, CDL-AD(2017)031, para. 54.
14. Para. 58, Opinion No. 904/2017.
15. Law of 8 December 2017 amending the Law on the National Council of the Judiciary and certain other laws (Dz.U. 2018, item 3). The Law entered into force on 17 January 2018.
16. The other members represent: the Sejm (4) and the Senate (2), the President (1), and the Minister of Justice (1); *ex officio* members of the Council are: the First President of the Supreme Court and the President of the Supreme Administrative Court.
17. Candidates had to be pre-nominated by groups of 2000 citizens or 25 judges. All candidates appointed in March 2018 were nominated by groups of judges.
18. Judgment of 12 July 2018 (II SA/Wa 520/18,), Voivodeship Administrative Court in Warsaw; judgment is not final.
19. Law of 12 July 2017 amending the Law on the Organization of Ordinary Courts and certain other laws (Dz.U. 2017, item 1452). The Law entered into force on 12 August 2017.
20. Para. 38, Judgment of 27 February 2018, C-64/16, *Associação Sindical dos Juízes Portugueses* (*ASJP*) (EU:C:2018:117); almost identical with the original formula in C-54/96 *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft mbH*, para. 23 (EU:C:1997:413).

21. See judgment of 16 February 2017, C-503/15 *Ramón Margarit Panicello*, para. 34 (EU:C:2017:126).
22. See also K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural Law*, Oxford 2014, p. 53.
23. *'It is called upon to give judgment in proceedings intended to lead to a decision of a judicial nature'*, para. 28, *Panicello*.
24. *Ibidem*, at 34.
25. See para. 42, *ASJP*.
26. For an in-debth analysis of subjective and objective tests under ECHR case law, see Prof. Rick Lawson's contribution in the current *Revista*.
27. See K. Lenaerts, *The Court of Justice …, op. cit.*, p. 5.
28. Judgment of 19 September 2006, C-506/04 *Graham J. Wilson*, para. 51 (EU:C:2006:587).
29. Para. 37, *Panicello*.
30. Judgment of 8 April 2014, C-288/12 *Commission v Hungary*, para. 53 (EU:C:2014:237).
31. *Ibidem*, para. 54.
32. Directive 95/46/EC of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (OJ 1995 L 281/31).
33. Para. 52, *Wilson*.
34. Para. 51 and 53, *Wilson*.
35. Order of 14 May 2008, C-109/07 *Jonathan Pilato*, para. 24 (EU:C:2008:274).
36. Para. 45, *ASJP*.
37. Judgment of 25 July 2018, C216/18 *PPU, LM*, para. 67 (EU:C:2018:586).
38. *'Guarantees of independence and impartiality require rules (…) in order to dismiss any reasonable doubt in the minds of individuals as to the imperviousness of that body to external factors and its neutrality with respect to the interests before it'*, para. 53, *Wilson*.
39. Only in exceptional cases the Court of Justice accepted as a *'court or tribunal'* a body that was not fully independent. It occurred in some cases of administrative bodies which were also acting in a judicial capacity. Here the Court required a separation of functions between the departments responsible for administrative tasks and the departments vested with judicial functions, and the exercise of judicial activities by the latter without receiving any instruction from the former. See e.g. the judgment of 21 March 2000, C-110–147/98 *Gabalfrisa SL*, para. 39 (EU:C:2000:145).
40. *'If the conditions for appointment are no longer met or if circumstances occur which prevent proper exercise of the office and are likely to do so for a long time'*, see judgment of 4 February 1999, C-103/97 *Joseph Köllensperger GmbHe&Co. KG and Atzwanger AG*, para. 21 (EU:C:1999:52).
41. Opinion of 24 September 1998, para. 26 (EU:C:1998:433).
42. Para. 24, *Köllensperger and Atzwanger*.
43. Judgment of 7 March 2017, C-390/15 (EU:C:2017:174).
44. Communication of 19 March 2014 from the Commission to the European Parliament and the Council, COM(2014) 158 final/2.
45. Commission Recommendations regarding the rule of Law in Poland: (1) of 27 July 2016, C(2016) 5703 final; (2) of 21 December 2016, C(2016) 8950 final; (3) of 26 July 2017, C(2017) 5320 final; (4) of 20 December 2017, C(2017) 9050 final.
46. In part, the position of the government was backed by an evaluative Opinion of Legal Service of the EU Council which concluded that the new Framework is not compatible with the principle of Conferral (art. 5 (2) TEU), See Opinion of Legal Service, *Commission's Communication on a new EU Framework to strengthen the Rule of Law - compatibility with the Treaties*, 27 May 2014, 10296/14, para. 28. For a critical analysis see i.a. P. Marcisz, M. Taborowski, *Nowe ramy Unii Europejskiej na rzecz umocnienia praworządności. Krytyczna analiza analizy krytycznej*, Państwo i Prawo 2017, Issue 12, pp. 101–103.
47. European Commission, *Reasoned proposal in accordance with article 7 (1) of the Treaty on European Union regarding the rule of law in Poland*, 20 December 2017, COM(2017) 835 final.
48. Resolution of 12 September 2018 on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded.
49. Zob. m.in. K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman, *EU Procedural Law*, *op. cit.*, p. 162–164.
50. Judgment of 14 February 1989, C-247/87 *Star Fruit Company*, para. 11–12 (EU:C:1989:58).

51. See Commission Communication, *A new EU Framework to strengthen the Rule of Law*, p. 5.
52. The Court *'has no power to examine the compatibility with the European Convention on Human Rights of national rules which do not fall within the scope of Community law.'*, C-260/89 *ERT*, para. 42 (EU:C:1991:254); *'The Court has no such jurisdiction with regard to national legislation lying outside the scope of Community law'*, C-159/90 *Society for the Unborn Children Ireland* (*Grogan*), para. 31 (EU:C:1991:378); *'The fundamental rights guaranteed in the legal order of the European Union are applicable in all situations governed by European Union law, but not outside such situations'*, *'Where a legal situation does not come within the scope of European Union law, the Court does not have jurisdiction to rule on it'*, C-617/10 Åkerberg Fransson, para. 19 and 22 (EU:C:2013:105).
53. Furthermore, the Charter stipulates: *'The Charter does not extend the field of application of Union law beyond the powers of the Union or establish any new power or task for the Union, or modify powers and tasks as defined in the Treaties.'*, Art. 51 (2).
54. See at para. 28, Åkerberg Fransson.
55. *'The guarantee of independence, which is inherent in the task of adjudication is required not only at EU level as regards the Judges of the Union and the Advocates-General of the Court of Justice (...) but also at the level of the Member States as regards national courts.'*, para. 42, *ASJP*.
56. See K. Lenaerts, *The Court of Justice and national courts: A dialogue based on mutual tryst and judicial independence*, speech delivered at the Supreme Administrative Court in Warsaw, Poland, 19 March 2018, p. 8.
57. Para. 37, 40-41, *ASJP*.
58. In that sense, para. 15, *ASJP*.
59. See M. Taborowski, *CJEU Opens the Door for the Commission to Reconsider Charges against Poland*, Verfassungsblog, 2018/3/13, DOI: 10.17176/20180313-203040, para. 2-3.
60. Directive 2006/54/EC of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast) (OJ 2006 L 204/23).
61. Art. 9 (1) (f), Directive 2006/54.
62. Press Release IP/17/3186,__Press Release IP/17/2205.
63. Judgment of 6 November 2012 *Commission v Hungary*, C-286/12, para. 41 (EU:C:2012:687).
64. Press Release IP/18/5830, Press Release IP/18/4987.
65. See for example case C-441/17, *Commission v Poland (Białowieża Forest)*; in the judgment of 17 April 2018, the Court found that Poland failed to fulfill its obligations under EU law (EU:C:2018:255). Before delivering the judgment, the CJEU ordered interim measures and informed that in the case of non-compliance, it will order a periodic penalty payment of at least EUR 100 000, Order of 20 November 2017, para. 118 (EU:C:2017:877). The government complied.
66. See e.g. judgment of 6 March 2018, C-284/16 *Achmea BV*, para. 37 (EU:C:2018:158).
67. See also S. Biernat, M. Kawczyńska, *Czy pytanie prejudycjalne SN jest (niedopuszczalne)?*, „Rzeczpospolita", 8 September 2018.
68. Judgment of 12 March 2018, *The Minister for Justice and Equality v. C.*, [2018] IEHC 119.
69. For an overview see. i.a. A. Frąckowiak-Adamska, *Następstwa wyroku w sprawie LM (Celmer) i postępowania na podstawie art. 7 TUE dla funkcjonowania sądów polskich w ramach współpracy prawnej UE* [in:] J. Barcz, A. Zawidzka-Łojek (ed.), *Sądowe mechanizmy ochrony praworządności w Polsce w świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, Warsaw 2018, p. 91–96.
70. P*ara. 36–37, LM.*
71. Art. 3, 4 and 4a, Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (OJ 2002 L 190/1)
72. Judgment of 5 April 2016, C404/15 and C659/15 PPU, *Aranyosi and Căldăraru* (EU:C:2016:198), para. 88-94, 104.
73. Para. 95, *Aranyosi and Căldăraru* .
74. Para. 145, *Minister for Justice and Equality v C.*
75. Para. 79, *LM*.
76. Para. 68, *LM*.
77. Para. 76-77, *LM*.
78. See J. Zajadło, *Pojęcie „imposybilizm prawny" a polityczność prawa i prawoznawstwa,* Państwo i Prawo 2017, No. 3, p. 17.
79. M. Matczak, *Poland: From Paradigm to Pariah? Facts and Interpretations of Polish Constitutional Crisis*, (12 March 2018), DOI: 10.2139/ssrn.3138541, p. 10.

PROTECTING THE INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY: POSSIBILITIES AND LIMITS OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Rick Lawson
Professor of European Human Rights Law at the Faculty of Law, University of Leiden, The Netherlands.

ABSTRACT

Against the background of 'reform measures' aimed at the judiciary in various Council of Europe Member States, this contribution addresses the question what one may expect from the European Convention on Human Rights (ECHR) when the independence of the judiciary comes under pressure. An analysis of the Strasbourg case-law shows growing concern for judicial independence. As a result, the position of both judges and litigants is strengthened. The principle of irremovability of judges is now clearly protected as an integral part of the right to a fair trial. Also it is now accepted that, as a general rule, Article 6 ECHR will apply to all types of disputes concerning disciplinary measures against judges. This means that a judge should have access to an effective remedy to challenge his dismissal. If an individual complains about a lack of independence of the courts, the Strasbourg Court will follow an objective, functional approach: it will examine if there are adequate guarantees against arbitrariness. The individual judge may have acted in an irreproachable way and there may have been no actual interference with his independence – all that is necessary but not sufficient to meet the requirements of Article 6 ECHR. If safeguards against abuse are absent, the mere possibility that the executive *could have* interfered is enough to affect the independence of the court. In practical terms, however, it must be acknowledged that the ECHR has its limits: the dismissal of a judge is often a *fait accompli* that the Court may be unable to change.

Keywords

Article 6 ECHR; Dismissal of judges; European Convention on Human Rights (ECHR); European Court of Human Rights; fair trial; independence, of the judiciary; Irremovability, of judges; judicial review; lustration.

1. INTRODUCTION

After decades of strong growth, the European system for the protection of human rights faces a serious recession. Traditional support for multilateralism is giving way to nationalism, populism and authoritarianism. Systemic human rights problems remain unaddressed in a number of countries, draining the resources of the Council of Europe's supervisory bodies. The ideology of the 'illiberal democracy', proclaimed in 2014 by Hungarian strong man Victor Orbán, has been embraced by politicians across Central and Eastern Europe – and beyond. It is against this bleak background that the Polish judiciary has had to endure the series of 'reform measures' that Dr Paweł Filipek described in great detail in his contribution to this *Revista*. The situation in Poland is, unfortunately, not unique. As the Secretary-General of the Council of Europe remarked, efficient, impartial and independent judiciaries are an obstruction to populism:

It should therefore come as no surprise that undermining the judiciary is on page one of the populist playbook. Many politicians may find themselves frustrated by judicial decisions. Often, when this occurs, they blame the law in question and seek legislative reform. The populist response, on the other hand, is to blame the courts themselves. Either the system is declared defunct or individual judges are portrayed as out-of-touch, self-serving and even corrupt. Such criticisms pave the way for political acts which circumvent the established

legal order and for reforms which weaken judicial authority and enable greater political influence.[1]

In this contribution, I want to address the logical follow-up question: what can we expect from the European Convention on Human Rights (ECHR) when the independence of the judiciary is under pressure? For sure, Article 6 ECHR protects the independence of the courts:

> Article 6 – Right to a fair trial
>
> 1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. …

But what can the European Court of Human Rights actually *do* to ensure that the courts are independent? Can it protect judges against unjustified dismissal? Can it support judges who are subjected to more or less subtle methods to 'discipline' them? Is there anything the Strasbourg Court can do about vehement attacks on the authority of the judiciary? One may recall a president slamming the order of a "so-called judge" as "ridiculous", or a tabloid portraying judges as "enemies of the people".[2] Does the Court have anything to offer to litigants who claim that their case was heard by a court that lacked independence? What is the correlation between an overall break-down of the guarantees of the independence of the judiciary and the quality of individual courts and judges? If an individual complains about a perceived 'systemic' lack of independence, without being able to show that 'his' judge was under pressure, isn´t that an *actio popularis*? How to measure independence, and how to prove a lack of it?

Big questions, but this article has modest ambitions. Rather than dwelling on theoretical perspectives on the concept of independence, it will look at practice – that is: the case-law of the Strasbourg Court. And it will explore only two perspectives: that of the applicant who claims that his case was not heard by an "independent" court (§ 2), and that of the judge who has been removed from office (§ 4). To what extent can they rely on the European Convention? In both areas there are interesting developments to report. Two special issues will be addressed as well, as a sort of side-steps: the question whether the ECHR allows extradition to a country where the judiciary is no longer independent (§ 3), and the question whether a judge who has been removed from office has the right of access to the confidential information that formed the basis of his dismissal (§ 5). Both issues attract particular attention in this day and age.

But we will start with the perspective of the individual applicant who invokes the right to an independent court. This will provide us with the necessary context to understand how the Strasbourg Court has approached the notion of judicial independence in general.

2. INDEPENDENCE OF THE JUDICIARY AND ARTICLE 6 ECHR: THE LITIGANT'S PERSPECTIVE

2.1 *General explorations*

Remarkably little attention is given in the standard ECHR textbooks to the independence of the judiciary. That is surprising, as no-one in his right mind will deny the importance of having independent courts. Indeed, in the case of *Micallef*, dealing with injunction proceedings, the Court considered that the independence of the judiciary belongs to the 'hard core' of the right to a fair trial:

> the Court accepts that in exceptional cases – where, for example, the effectiveness of the measure sought depends upon a rapid decision-making process – it may not be possible immediately to comply with all of the requirements of Article 6. Thus, in such specific cases, *while the independence and impartiality of the tribunal or the judge concerned is an indispensable and inalienable safeguard* in such proceedings, other procedural safeguards may apply only to the extent compatible with the nature and purpose of the interim proceedings at issue.[3]

"An indispensable and inalienable safeguard": this is a guarantee to be reckoned with. Yet this importance does not translate into lengthy treatises – quite to the contrary. The excellent textbook of Harris, O'Boyle & Warbrick, for instance, spends no more than *three* pages – of a total of more than 1000! – on the issue.[4] The same picture emerges from the other textbooks.[5] The explanation may well be that the independence of the courts was seen as a fairly obvious prerequisite, a mere foundation of the democracies that make up the Council

of Europe: indispensable but hardly visible. The case-law was about *other* things.

To the extent that the textbooks pay any attention at all to the independence of the judiciary, it is typically observed that there is a close inter-relationship between the guarantees of an 'independent' and an 'impartial' tribunal. In practice most cases relate to a perceived lack of impartiality of judges. In a few instances the Court found that there was actual dependence, prejudice or bias; but in real life this so-called 'subjective' test is difficult to meet because of evidentiary problems.[6] This difficulty is compensated to an extent by the use of an 'objective' test and the identification of 'functional' problems: the judge's personal conduct was not at all impugned, but the exercise of different functions within the judicial process by the same person, or hierarchical links with another actor in the proceedings justified misgivings as to the impartiality of the tribunal. [7]

The leading case on independence is still *Campbell and Fell v. UK* from 1984, where the Court explained which factors it will take into consideration:

> In determining whether a body can be considered to be "independent", notably of the executive and of the parties to the case, the Court has had regard to the manner of appointment of its members and the duration of their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence. … the irremovability of judges by the executive during their term of office must in general be considered as a corollary of their independence and thus included in the guarantees of Article 6 § 1.[8]

Violations were found, but they were rare and related to rather specific issues: some features of the UK court-martial system, the participation of military judges in Turkish civil courts, the prosecution of civilians before military courts. [9] Outside these more or less exotic situations, only few violations were established. Part of the explanation is that the Court was quite lenient; a short term of office, for instance, was accepted as permissible. In a situation where the law did not formally recognize the irremovability of judges, the Court considered that this did not in itself imply a lack of independence, since the irremovability of judges was recognised in fact and other guarantees were present. [10]

It should be noted, however, that most of this 'classic' case-law relates to administrative and disciplinary bodies. Moreover, it dates back to the 1980s and 1990s.

2.2 *Recent case-law*

During the 1990s many States from Central and Eastern Europe ratified the ECHR. When under Communist rule, these countries had not been in a position to develop a strong tradition of separation of powers. [11] This may explain why judicial independence gradually started to receive more attention. Shortly after the turn of the century, for example, the Court was confronted with a practice – fairly common in Central and Eastern Europe – that the executive could challenge final judgments by lodging an objection *(protest)*. In the *Sovtransavto* case (2002) the Court found in unambiguous terms that such a system is incompatible with the rule of law.[12] Other cases featured complaints about the position of the court president, who is traditionally a very powerful figure in a number of countries in this region. In the Croatian case of *Parlov and Tkalic* (2009) the Strasbourg Court underlined that individual judges must be free not only from undue influences outside the judiciary, but also from within: there must be safeguards securing the independence of judges vis-à-vis their judicial superiors.[13]

The *Brudnicka* case (2005) involved a shipwreck in which both passengers and crew members lost their lives. When proceedings were instituted, in Poland, to establish the cause of the shipwreck, a Maritime Chamber held that the crew had been partly liable. The heirs of the sailors who died in the shipwreck then turned to the European Court, arguing that the Maritime Chamber had not been independent and impartial. The Court agreed:

> In maintaining confidence in the independence and impartiality of a tribunal, appearances may be important. Given that the members of the maritime chambers (the president and vice-president) are appointed and removed from office by the Minister of Justice in agreement with the Minister of Transport and Maritime Affairs, they cannot be regarded as irremovable, and they are in a subordinate position vis-à-vis the Ministers. Accordingly, the maritime

> chambers, as they exist in Polish law, cannot be regarded as impartial tribunals capable of ensuring compliance with the requirement of "fairness" laid down by Article 6 of the Convention. In the Court's view, the applicants were entitled to entertain objective doubts as to their independence and impartiality. There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention. [14]

The judgment was drafted in general terms – "the maritime chambers, as they exist in Polish law" – and the Court's finding of a violation was in no way caused by the conduct of the individual judges in this specific case. Also it is worth observing that the Court confined itself to analysing the system as it was set out in law, and did not inquire whether judges were ever removed from office in actual fact. [15] The Court clearly attached more weight to the formal guarantees surrounding the irremovability of judges than it did in earlier case-law.

A similar violation of Article 6 was found in another Polish case, *Henryk Urban and Ryszard Urban* of 2010. The applicants had been convicted by a district court composed of an assessor (junior judge). Under Polish law as it stood at the time, a candidate for the office of district-court judge first had to serve a minimum of three years as an assessor. Assessors were legally qualified and appointed by the Minister of Justice. One year after the Urbans had been convicted, the Constitutional Court held that the situation was unconstitutional: assessors did not offer the guarantees of independence that were required of judges.

In their application to the European Court the Urbans alleged that the district court that had heard their case was not an "independent tribunal". The Court agreed:

> Having regard to the foregoing, the Court considers that the assessor B.R.-G. lacked the independence required by Article 6 § 1 of the Convention, the reason being that she could have been removed by the Minister of Justice at any time during her term of office and that there were no adequate guarantees protecting her against the arbitrary exercise of that power by the Minister (see, by contrast, *Stieringer v. Germany*, no. 28899/95, Commission decision of 25 November 1996, in which the relevant German regulation provided that dismissal of probationary judges was susceptible to judicial review). It is not necessary to consider other aspects of the status of assessors since their removability by the executive is sufficient to vitiate the independence of the Lesko District Court which was composed of the assessor B.R.-G. [16]

Apparently the Government had learned from the *Brudnicka* case and supplied statistics indicating that the Minister of Justice had never exercised the power to remove an assessor. This did not, however, persuade the Court. A violation of Article 6 was found.

There is a certain 'hypothetical' element in the *Brudnicka* and *Urban & Urban* judgments which is important to acknowledge. The Minister *could have* removed the president from the Maritime Chambers, he *could have* removed the assessor from the District Court. It is immaterial that he did not; it is even immaterial that he never did this before. Apparently the mere possibility – nothing more, nothing less – of arbitrary interferences with judicial independence is sufficient to taint the independence of the court.

The Polish cases echo an older and rather peculiar case: *Van den Hurk* (1994). Shortly after the Second World War a new type of economic regulation was introduced in the Netherlands. When in that context a new court, the Industrial Appeals Tribunal, was established, the Crown (i.e. the Minister) was given the power to refuse to execute its judgments, if this was considered necessary in the general interest. In practice this had never happened, and well before Mr Van den Hurk brought his case to the Tribunal, the Minister of Justice had stated in Parliament that this so-called section 74 procedure was a dead letter. Yet, section 74 had not been repealed and, as the Court noted, "there was nothing to prevent" the Crown from availing himself of the powers conferred upon it. As a result the Industrial Appeals Tribunal did not qualify as an "independent" court and a violation of Article 6 was found.[17] A year later the Court took the same approach in the British case of *Bryan*.[18]

An interesting aspect of the *Van de Hurk* case is that the Court flatly rejected the applicant's claim that the mere existence of the Crown's power had influenced the Tribunal's decisions. He pointed out that only a very limited proportion of the appeals had been successful and suggested that in deciding these cases the

Tribunal had borne in mind the possibility of the Crown exercising its powers under section 74. Clearly the Court did not wish to speculate, nor was it necessary to do so:

> The Court finds that there is nothing in the information at its disposal to indicate that the mere existence of the Crown's powers under section 74 had any influence on the way the Tribunal handled and decided the cases which came before it. In particular, no significance can be attributed to the low success rate of appeals (…). Whether or not the requirements of Article 6 have been met cannot be assessed with reference to the applicant's chances of success alone, since this provision does not guarantee any particular outcome. [19]

What was decisive was that the executive *could have* refused to execute judgments of the Tribunal, not whether the Tribunal's decisions had been influenced by the threat that the executive *might* use its powers.

2.3 *Consequences of finding a lack of judicial independence*

It is interesting to pause briefly and reflect on the aftermath of all these cases. What should happen once a lack of independence has been established?

In principle the victim should be given, if he or she so requests, a retrial or a reopening of the case by a court that does meet all the requirements of independence and impartiality. In several judgments the Court expressly stated that this would be the most appropriate form of redress.[20] Redress may also take the form of financial compensation. In several Strasbourg cases the applicant claimed damages, but such a claim rarely succeeds. In the case of *Van den Hurk,* for instance, the Court did not find a causal link between the lack of independence of the tribunal and the fact that the applicant had lost his case. [21] It may be of some comfort to Mr Van de Hurk that 'his' ruling served as a pilot judgment *avant la lettre*: a group of 23 similar cases ended in a friendly settlement between the applicants and the Dutch Government. [22]

The finding that a court lacks independence may affect very large groups of individuals who have been tried by that particular court at one stage. Are they all entitled to a rehearing of their case and/or financial compensation, or did they forfeit this right by failing to challenge the court? This question was addressed in the Polish case of *Urban & Urban.* Having found that the office of assessor was incompatible with the constitution, the Constitutional Court ordered that it should be abolished. But at the same time it adopted a pragmatic approach. Assessors constituted nearly 25% of the judicial personnel in the district courts and their immediate removal would seriously undermine the administration of justice. The Constitutional Court therefore left a period of eighteen months for Parliament to enact new legislation (which it did); in the meantime assessors were allowed to continue adjudicating. Having regard to the constitutional importance of the finality of rulings, the Constitutional Court also observed that it would be disproportionate and contrary to legal certainty to allow challenges to final rulings given by assessors in the period when the manner of conferring judicial powers on them had not been constitutionally questioned. Therefore its judgment could not serve as a ground for reopening cases which had been decided by the assessors. This approach met with approval by the Strasbourg Court.[23]

2.4 *Conclusion*

Five lessons can be derived from these explorations. The first one: in most cases involving judicial independence, the judge's personal conduct does not really matter. The individual judge may have acted in an irreproachable way and there may have been no actual interference with his independence – all that is necessary but not sufficient to meet the requirements of Article 6 ECHR. The Court often follows an objective, functional approach: it examines, in essence, if there are sufficient guarantees against arbitrariness.

The second lesson is related but distinct: the Court is inclined to analyse complaints in the abstract. That is to say: it is not necessary that an interference with judicial independence actually occurred to the detriment of the applicant. The mere possibility of such an interference is sufficient to affect the independence of the court.

The third lesson is the logical consequence: the finding that a court, or a category of courts, lacks independence in an objective/functional sense is by definition systemic in nature. All courts belonging to the same category will suffer from the same defect. The law will need to be changed and the victims are entitled to redress.

Legal certainty and pragmatic considerations may entail, however, that old cases will not be re-opened and that transitional measures are needed.

In the fourth place it is clear that there are varying degrees of seriousness. The mere existence of a competence, never used in practice, to set aside the rulings of a specialised economic court cannot really be compared to a package of measures deliberately seeking to foil the independence of the judiciary as a whole. However the Court has never had an opportunity to distinguish between these situations and it is as yet unclear if different consequences attach to different degrees of gravity.

Finally, in the assessment of independence the irremovability of judges has become a crucial element. In applying this requirement the Court has become considerably stricter.

3. A SIDE-STEP: EXTRADITION TO A COUNTRY WHERE THE JUDICIARY IS NO LONGER INDEPENDENT?

At the time of writing a lot of attention goes to the *A.C.* case, in which the Irish authorities are requested – by way of a European Arrest Warrant (EAW) – to surrender an individual to Poland for the purposes of conducting a criminal prosecution. In March 2018 the Irish High Court noted "a systemic breach to the rule of law in Poland" and raised the question whether "the breaches of the rule of law are so egregious that they amount to a fundamental flaw in the system of justice in Poland". This might entail that Mr A.C. would be placed "at real risk of an unfair trial" if he were to be surrendered to Poland.[24]

Against this background the High Court referred the matter to the EU Court of Justice for a preliminary ruling, essentially asking which kind of review is expected from the Irish courts before deciding whether to surrender Mr A.C. to Poland. The case is currently pending before the Luxembourg Court, and it is likely that a ruling will have been delivered by the time the present article sees the light of day. [25] There is little point in predicting the outcome, and a discussion of the extensive body of relevant EU law – tempting as it is – is beyond the scope of this contribution. But it *is* pertinent to dwell briefly on the requirements that flow from the ECHR in a situation such as this.

The first thing to note is that at present there is no Strasbourg case-law stating that the ECHR is opposed to extradition or surrender to Poland. Nor is there, to date, any judgment holding Poland in breach of the Convention because of recent changes in its justice system. Arguably it is too early for any pronouncement of the European Court, which typically needs three to four years (and often considerably longer) to deliver a judgment.[26] So we will need to develop our analysis by extrapolating existing case-law.

Already in 1989, in the leading case on extradition, *Soering,* the Strasbourg Court held that the Convention is opposed to extradition where the individual concerned "has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country".[27] The Court has consistently repeated this position, although few violations have actually been found. Indeed the Court's understanding of what constitutes a "flagrant denial of a fair trial" is quite strict:

> forms of unfairness that could amount to a flagrant denial of justice …. include conviction *in absentia* with no subsequent possibility to obtain a fresh determination of the merits of the charge; a trial which is summary in nature and conducted with a total disregard for the rights of the defence; detention without any access to an independent and impartial tribunal to have the legality of the detention reviewed and deliberate and systematic denial of access to a lawyer, especially for an individual detained in a foreign country.
>
> In other cases, the Court has also attached importance to the fact that if a civilian has to appear before a court composed, even only in part, of members of the armed forces taking orders from the executive, the guarantees of impartiality and independence are open to a serious doubt.
>
> However, "flagrant denial of justice" is a stringent test of unfairness. A flagrant denial of justice goes beyond mere irregularities or lack of safeguards in the trial procedures such as might result in a breach of Article 6 if occurring within the Contracting State itself. What is required is a breach of the principles of fair trial guaranteed by Article 6 which is so fundamental as to amount to a nullification, or destruction of the very essence, of the right guaranteed by that Article. [28]

In the *Al Nashiri* case, where this quote comes from, the Court actually found that the threshold had been met, partly because the military commission that would try the applicant did not offer guarantees of independence of the executive. [29]

The important thing to note, however, is that this branch of case-law – including the "stringent test of unfairness" – was developed in the context of cases involving extradition to States not bound by the ECHR. It is clear that the Convention does not govern the actions of third States, nor does it require the Contracting Parties to impose Convention standards on other States.[30] This 'external' dimension is lacking in cases such as *A.C.,* where both states concerned are bound by the ECHR. That might be used as an argument *for* more leniency (one might expect other States Parties to comply with the Convention, so why insist?) or *against* it (by requiring full respect for Convention guarantees one does not introduce any new obligations). Leaving that aside, it must be acknowledged that the need to collaborate in the fight against crime – which is of course an argument for law enforcers not to create obstacles to measures such as extradition – is as legitimate a consideration in intra-EU cooperation as it is in international cooperation. Maybe it is an even stronger consideration, given the ease with which persons – including suspects and fugitive offenders – can cross borders within the EU. So the question is which "test of unfairness" is appropriate in a purely European setting. Should extradition (or "surrender" as it is called under the EAW system) only be refused if there is a risk of a "flagrant denial of a fair trial", as in *Soering*? Or should the threshold be lower? And if it is lower, is the prospect of "mere irregularities" sufficient to block extradition? Or should the threshold be somewhere in between?

States which are parties to the ECHR may assume that other Contracting States will perform their treaty obligations in good faith and hence secure the rights and freedoms laid down by the Convention. That expectation, however, does not always match reality. Depending on the circumstances, States parties may be obliged to verify the fate that awaits an individual who they are about to transfer to another Contracting State. In the context of asylum law, for instance, the Court has held that the presumption of compliance with the ECHR can be rebutted where "substantial grounds" have been shown for believing that the person whose return to another ECHR State is being ordered faces a "real risk" of being subjected to treatment contrary to Article 3 in the receiving country. [31]

In the case of the EAW, an assessment of this type is rendered more difficult since the EU Member States agreed on a system which recognises only a limited set of circumstances where the requested state can decide not to surrender the person. In itself that is not necessarily problematic. The Strasbourg Court has accepted various mutual recognition mechanisms which are founded on the principle of mutual trust between the Member States of the European Union. The Court has repeatedly asserted its commitment to international and European cooperation in civil and criminal matters.[32]

Nevertheless, the Court has stated, the methods used to bring about such cooperation must not infringe upon the guarantees of the Convention. The principle of mutual recognition should not be applied automatically and mechanically to the detriment of fundamental rights.[33] Mutual trust does not mean" blind trust. In the case of *Avotin*š (2016) the Court made clear what this means for the domestic courts:

> the court in the State addressed must at least be empowered to conduct a review commensurate with the gravity of any serious allegation of a violation of fundamental rights in the State of origin, in order to ensure that the protection of those rights is not manifestly deficient. … where the courts of a State which is both a Contracting Party to the Convention and a Member State of the European Union are called upon to apply a mutual recognition mechanism established by EU law, they must give full effect to that mechanism where the protection of Convention rights cannot be considered manifestly deficient.

Here the French version of the judgment is actually stronger: "c'est *en l'absence de toute insuffisance* manifeste des droits protégés par la Convention qu'elles donnent à ce mécanisme son plein effet". At any rate the judgment continues:

> However, if a serious and substantiated complaint is raised before them to the effect that the protection of a Convention

> right has been manifestly deficient and that this situation cannot be remedied by European Union law, they cannot refrain from examining that complaint on the sole ground that they are applying EU law.[34]

So courts must keep their eyes open and answer four questions: (1) did the individual raise a "serious and substantiated complaint", (2) does this complaint suggest that "the protection of a Convention right has been deficient", (3) is this deficiency "manifest" and (4) can the situation be remedied by European Union law?

No mention is made in *Avotin*š of a "stringent test of unfairness" as was developed in the *Soering* and *Al Nashiri* cases. The individual is not required to demonstrate that a "flagrant denial of justice" or "the destruction of the very essence of the right guaranteed by Article 6" awaits him in the receiving country. The condition that a deficiency is "manifest" is different: it is not about the nature or the seriousness of the alleged violation, but about whether it is clearly cognisable by a foreign court. [35]

*Avotin*š was about the enforcement of civil judgments. Does the same approach also apply in EAW cases? An affirmative answer was provided in the *Pirozzi* case of 17 April 2018. In this case Belgium surrendered the applicant to Italy in 2010 under an EAW, with a view to enforcing a lengthy prison sentence. Mr Pirozzi complained that the Belgian authorities had failed to review the EAW, although it had been based on a conviction, in 2002, resulting from a trial *in absentia*. The Court first confirmed the approach chosen in *Avotin*š*:* domestic courts must review serious allegations of violation of fundamental rights in the requesting State.[36] It then noted that the Belgian courts had actually examined the merits of the complaints that Mr Pirozzi had raised under the Convention. They had thus ensured that the execution of the EAW would not lead to a manifest lack of protection of the rights guaranteed by the Convention.[37] The Court did not find a violation, as Mr Pirozzi's criminal conviction in Italy did not appear to result from a procedure that was manifestly in breach of the ECHR. Again, the test was whether there was a "manifest" breach of the Convention, not whether there was a "flagrant" one. [38]

Back to the *A.C.* case. Having tried to connect the dots of the Strasbourg case-law, we should now be able to state whether the ECHR permits the surrender of Mr A.C. to Poland, or least which test will apply.

Unfortunately, despite all efforts we are still not there yet. The most appropriate cases – *Avoti*nš and *Pirozzi* – are in a way looking back: they concern the question whether a foreign judgment, that has allegedly been rendered in breach of Article 6, should be enforced. In *Avoti*nš the foreign judgment is of a civil nature, in *Pirozzi* it is criminal, but in both cases it is possible to establish with certainty if a violation of Article 6 has occurred. The case of Mr A.C. on the other hand, is forward-looking: what will happen to him once he is returned to Poland? There is a degree of speculation here. On the other hand, as we have seen in § 2, the finding that a court, or a category of courts, lacks independence in an objective/functional sense is by definition systemic in nature. Any individual appearing before these courts will be confronted with the same defect. It remains to be seen if this temporal aspect amounts to a meaningful difference. [39]

With that caveat in mind, it would seem that the position under the ECHR seems clear. It is up to Mr A.C. (1) to raise "serious and substantiated complaints" that (2) the protection of his rights in Poland is deficient whereas (3) this deficiency is "manifest". And it is up to the CJEU to give a reply to the fourth question: can the situation be remedied by European Union law? If the latter question is answered in the negative, then the case will sooner or later be brought before the Strasbourg Court.

As to the first requirement, is it indispensable for a "serious and substantiated complaint" to be based on existing Strasbourg case-law? Apparently not, at least not for the Irish High Court since it has established, on the basis of a lengthy analysis and a wealth of materials, the existence of "a systemic breach to the rule of law in Poland". On the second point it seems that for Mr A.C. to succeed he has to prove a lack of safeguards in Poland to such an extent as would result in a breach of Article 6 if occurring within Ireland itself. That should not be an insurmountable obstacle. This brings us to the third issue, i.e. how "manifest" the breaches of Article 6 in Poland need be. In this connection we have seen in § 2 that the focus will be on objective and functional questions. Are there guarantees against arbitrariness? Can judges be removed by the executive without any

effective judicial review? An individualised test would not be needed, nor would it be useful. It is rather difficult to predict the conduct of individual judges, and also – it is not decisive.

The final issue to be considered is which weight should be attached, if any, to the public interest in the fight against crime. Many cases are of a serious nature – Mr Pirozzi was convicted to 14 years' imprisonment for drug trafficking, Mr A.C. is wanted for similar offences. One would not want fugitive offenders to evade justice. But Article 6 ECHR does not contain a limitation clause as some other ECHR provisions do. And if the independence of the judiciary – unlike other procedural safeguards – is "an indispensable and inalienable safeguard", as the Court stated in *Micallef,* then there is very little room to balance interests. If this room does not exist in purely internal situations, then one would need compelling arguments and a creative interpretation of Article 6 to introduce it in cooperation schemes established in the framework of the EU, where all States involved are bound by the ECHR.

4. THE DISMISSAL OF JUDGES AND ARTICLE 6 ECHR

4.1 General remarks

Having made my first incursions into the Court's case-law, I will now focus on the second main topic of this article: if a judge has been removed from office, can he (or she[40]) rely on the European Convention to fight his dismissal?

As the Polish cases described above illustrate, the irremovability of judges is a cornerstone of judicial independence.[41] The dismissal of a judge, then, is arguably the most extreme intrusion that can occur. Dismissal will have on obvious impact on the individual concerned, but it is also likely have a chilling effect on the judiciary as a whole. Of course, there may be good reasons to take disciplinary measures against a judge, or even dismiss him. The European Convention does not guarantee the right to be a judge and the European Court is not a labour court; we cannot expect it to review the personnel file, assess the evidence and weigh the pros and cons of a particular disciplinary sanction as a sort of 'fourth instance' domestic court.

But what the Strasbourg Court can do, is ensure that a fair and proper procedure had been followed at the domestic level. The Court may be called upon to do this in very different circumstances:

- the classic scenario, whereby disciplinary measures are taken against an individual judge, in a procedure set out by law; [42]
- the authoritarian scenario, whereby the executive assumes the power to fire individual judges without further explanation; [43]
- the '*Baka* scenario', named after the former President of the Hungarian Supreme Court, Andras Baka, who was forced to resign following the introduction of new legislation changing the conditions for eligibility as a Supreme Court judge; [44]
- the lustration scenario, whereby employees in the public sector, including judges, are subjected to a vetting procedure, as a result of which they may lose their position.[45]

In each of these scenarios the judge who has been removed from office may claim that this is unjustified, and he may seek a domestic remedy to challenge his dismissal.

Leaving issues of reputation – as protected by Article 8 ECHR – aside,[46] the key question is: is Article 6 ECHR, the right to a fair trial, applicable if a judge is dismissed? The answer is less obvious than one might be inclined to think: for a long time the Court had taken the view that disputes relating to dismissal from the judiciary fell outside the scope of Article 6 ECHR. [47] The Court's position, however, is rapidly changing. In order to understand this development, we must take a few steps back and analyse Article 6 ECHR in a systematic way.

4.2 The scope of Article 6 ECHR – 'criminal' cases

One might expect that the dismissal of a judge, with all the serious consequences that it entails, can be seen as a "criminal charge" within the meaning of Article 6 ECHR. According to the Strasbourg case-law, however, this is far from obvious. To explain this, we need to go back in history and explore the scope of application of Article 6 ECHR. Already in 1976, in the famous case of *Engel,* the Court noted:

All the Contracting States make a distinction of long standing, albeit in different forms and degrees, between disciplinary

proceedings and criminal proceedings. For the individuals affected, the former usually offer substantial advantages in comparison with the latter, for example as concerns the sentences passed. Disciplinary sentences, in general less severe, do not appear in the person's criminal record and entail more limited consequences. It may nevertheless be otherwise; moreover, criminal proceedings are ordinarily accompanied by fuller guarantees. [48]

The Court then introduced three criteria to distinguish disciplinary sanctions from the penalties prescribed by criminal law: the domestic classification of the offence in question, the 'very nature of the offence', and the nature and severity of the penalty that may be imposed. It is the second criterion that is of most interest here. For the Court, disciplinary sanctions are generally designed to ensure that the members of a particular group comply with specific rules governing their conduct, whereas the norms of the criminal law are in principle addressed to the population as a whole.[49] Since *Engel* the Court has consistently held that disciplinary discharge from the armed forces cannot be regarded as a criminal penalty for the purposes of Article 6 of the Convention.[50]

This approach has consequences if a public servant is dismissed by way of a disciplinary measure. If domestic law classifies his misconduct as a disciplinary offence, and if this offence is linked to the exercise of specific functions within the State apparatus, then the Strasbourg Court will view the proceedings as being of a purely disciplinary nature, not belonging to the criminal sphere. [51] This also holds true if these measures are triggered by complaints alleging inappropriate behaviour that could also be viewed as a criminal offence, and even if these allegations will damage the reputation of the public servant in question.[52]

4.3 The lustration cases and the scope of Article 6 ECHR

Recently, however, the overall picture of the case-law in this area – strict but clear – has become somewhat blurred. This is the result of a number of cases in which the Court dealt with so-called 'lustration' schemes, as introduced by several East-European countries after the Cold War. These countries dealt with their past in different ways. Of course there was a certain focus on punishing acts committed during the communist regime, which raised questions concerning foreseeability and retroactive application of the law. [53] But of greater interest for present purposes are the various attempts to remove from public office those who were affiliated with the former communist regime.

Thus, in Lithuania former KGB employees were banned for a period of 10 years from working in the public sector and in certain private sector jobs. In Bulgaria a system was introduced, after lengthy negotiations, that merely aimed at "exposing" individuals who featured in the files of the former security services, without purporting to sanction or dismiss them. In Poland yet a different approach was chosen: the idea was to punish those who failed to disclose their past collaboration with the State's security services under the former communist regime. Thus, the 1997 Lustration Act introduced an obligation to make a declaration concerning work for or collaboration with those services, and provided for the dismissal from public office of persons who were found to have lied when making this declaration. In the latter case a ten-year ban on holding certain public offices was imposed. When this system was challenged in the *Matyjek* case, the Court was prepared to treat these measures as a criminal punishment within the meaning of Article 6, in view of their legal nature and their effects. [54] As a result, States adopting lustration measures have to ensure that persons affected thereby enjoy full procedural guarantees, including equality of arms. [55]

This is all well, but it raises a question: why does Article 6 apply to lustration cases, but not to individual cases where a public servant is dismissed by way of disciplinary measure? True, the Polish lustration measures could have "a very serious impact on a person", as the Strasbourg Court noted: although neither imprisonment nor a fine could be imposed, individuals could be deprived "of the possibility of continuing professional life". But that element did not play such a weighty role in the 'ordinary' cases concerning, for instance, disciplinary discharge from the armed forces. So how to explain the difference? Here we need to speculate since the Court did not attempt to distinguish the two categories of cases. The outside observer is left with the impression that the following factors may have played a role: the large group of individuals who were affected by the lustration laws; the institutionalised nature of the operation,

whereby all individuals were systematically vetted; and the nature of the proceedings which possessed many strong criminal connotations, involving a lustration court and a Commissioner of Public Interest who was vested with powers identical to those of the public prosecutor.

4.4 The scope of Article 6 ECHR – 'civil' cases – general considerations

Article 6 also applies to civil cases, and the question is whether the dismissal of public servants may fall under the "civil heading" of Article 6 ECHR. The importance of this question will be clear: an affirmative answer implies that the public servant must have access to court and should be able to enjoy all the guarantees of Article 6 § 1 ECHR. But the Court's initial position was that Article 6 ECHR does not cover these disputes at all: the decision to dismiss a public servant is a classic example of the exercise of State sovereignty. [56]

However in 1999, in the case of *Pellegrin v. France,* the Court changed direction. [57] Realising that there is a wide variety in the kind of work that public servants do – ranging from cleaners to diplomats – the Court introduced a new, "functional" criterion. It took the nature of the employee's duties and responsibilities as the defining point. What matters is if the person concerned exercises powers conferred by public law, designed to safeguard the general interests of the State. If this is the case, the Court ruled, then Article 6 will *not* apply – that is: the ECHR allows the situation where the executive authorities alone may decide on the dismissal of this specific category of public servants; and it accepts that the courts have no power to review this decision. Whereas in all other cases Article 6 will apply, an exception is made if the dismissal concerns a public servant who acted as the depositary of public authority and who was responsible for protecting the general interests of the State. A manifest example was provided, the Court said, by the armed forces and the police.

But this new approach did not live long. In 2007, in the Finnish case of *Vilho Eskelinen,* the Court realised that the application of the functional criterion could lead to anomalous results. [58] The case concerned six individuals who were involved in a labour dispute with their employer, the Ministry of the Interior. The dispute was identical for all the applicants, and they had actually defended their interests together in a joint action before the Finnish courts. In Strasbourg they complained that they were denied an oral hearing in the proceedings concerning their salaries and that the proceedings were excessive in length. But as it happened, five applicants were police officers; number six was an office assistant with a purely administrative task. On a strict application of the *Pellegrin* approach, the latter applicant would enjoy the guarantees of Article 6, whereas the police officers would not. The Court realised that this outcome would not be acceptable. It therefore introduced a new approach. In very many Contracting States, the Court noted, access to a court was accorded to public servants, allowing them to bring claims for salary and allowances, or even claims in relation to dismissal or recruitment, on a similar basis to employees in the private sector. The domestic system, in such circumstances, perceived no conflict between the vital interests of the State and the right of the individual to judicial protection. It would be strange if in these cases the Human Rights Court would *not* give this protection. The Court therefore adopted the following approach. If a State wants to argue that an individual cannot invoke Article 6 because he is a public servant, two conditions must be fulfilled. Firstly, the State in its national law must have expressly excluded access to a court for the category of staff in question. Secondly, this exclusion must be justified on objective grounds in the State's interest. The mere fact that the applicant was active in a sector which participated in the exercise of public power was not in itself decisive. The State would also have to show that the subject matter of the dispute in issue was related to the exercise of State power or that the special bond of trust between the State and the public servant had been called into question.

So since 2007 there is, in effect, a strong presumption that Article 6 applies to labour disputes between public servants and their State. In exceptional cases Article 6 may not apply, but then it is for the respondent Government to demonstrate, first, that the applicant in his capacity as a public servant does not have a right of access to a court under national law and, second, that the exclusion of his rights under Article 6 is justified.

4.5 The scope of Article 6 ECHR – 'civil' cases – dismissal of judges

What about the dismissal of judges? Here we see a considerable development in the case-law too. In 2001, in the case of *Pitkevich v. Russia*, the Court still held that disputes relating to dismissal from the judiciary fell outside the scope of Article 6 ECHR. [59] The Court recalled its *Pellegrin* judgment of two years before, and noted that a judge has specific responsibilities in the field of administration of justice, which is a sphere in which States exercise sovereign powers. The Court concluded Ms Pitkevich could not complain about the alleged failure to provide her with a fair trial after she was dismissed as a judge.

But since then the Court has changed direction. Already in 2009, two years after *Eskelinen,* the Court held Article 6 ECHR to be applicable to the proceedings concerning the disciplinary dismissal of Mr Olujić, the President of the Supreme Court of Croatia. Applying the *Eskelinen* test, the Court examined the extent to which domestic law limited access to the courts. In Croatia the law expressly excluded judicial protection in this area: the competence to impose disciplinary sanctions on judges was granted to the National Judicial Council (NJC) alone. Yet that was not the end of the story: the Strasbourg Court examined the powers of the NJC and the nature of the proceedings before it. It noted that these proceedings followed the rules of criminal procedure, which included all the guarantees provided by Article 6 of the Convention and enabled the accused to submit a defence. When ruling in disciplinary proceedings against judges, the NJC was empowered to establish the facts of a given case, hold hearings, hear witnesses, assess other evidence and decide on all the questions of fact and law. The Strasbourg Court therefore concluded that the NJC had actually exercised judicial powers in determining the disciplinary responsibility of Mr Olujić. Consequently, the disciplinary proceedings against him had been conducted before a "tribunal" for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention. For the Court this was the reason to hold Article 6 applicable.[60]

Four years later, in 2013, the Strasbourg Court reached a similar conclusion in the case of Mr Volkov. Mr Volkov had been a judge of the Supreme Court of Ukraine. At one stage he was accused of misconduct, and in 2010 the Ukrainian Parliament voted for his dismissal. When Mr Volkov complained in Strasbourg of a violation of Article 6 ECHR, the Court again recalled its *Eskelinen* judgment of 2007, and repeated that labour disputes between public servants and the State may fall outside the scope of Article 6 only if the State in its national law has expressly excluded access to the courts. Now whereas Mr Olujić had been dismissed by the Croatian NJC, Mr Volkov had been dismissed by Parliament – and one might be tempted to think that Parliament is certainly not a court. But the Court held differently. It stated that it is not prevented from qualifying a particular domestic body, outside the domestic judiciary, as a "court" for the purpose of the *Eskelinen* test: "An administrative or parliamentary body may be viewed as a "court" in the substantive sense of the term, thereby rendering Article 6 applicable to civil servants' disputes".[61] A breach of the Convention was found in this case and the Strasbourg Court made clear that Ukraine should secure Mr Volkov's reinstatement "to the post of judge of the Supreme Court" – so not just reinstatement as 'a' judge, but quite specifically as judge of the Supreme Court – at the earliest possible date.

Then, in 2016, there was the high profile case of *Baka v. Hungary*.[62] The case concerned Mr Baka's dismissal as President of the Hungarian Supreme Court as a result of new legislation regulating the composition of the Supreme Court. The Grand Chamber of the European Court of Human Rights observed, first, that the domestic law provided Mr Baka with the right to serve his term of office until such time expired. This was also supported by constitutional principles regarding the independence of the judiciary and the irremovability of judges. Accordingly, Mr Baka had been entitled to protection against removal from office during his mandate. The fact that his mandate was terminated by new legislation could not remove, retrospectively, this right under the applicable rules in force at the time of his election.

Next the Court observed that Mr Baka had not been expressly excluded from the right of access to a court. The Court added that, even if national legislation would exclude access to a court, this would to have be compatible with the rule of law. And the rule of law forbids laws directed against a specific person, as in the applicant's case. In the light of these considerations, the

Court accepted that Article 6 was applicable under its civil head to the dismissal of Mr Baka. A violation was found. The key message of *Baka* is that there is a strong presumption that Article 6 applies to disputes concerning judges – all types of disputes, including those relating to recruitment/appointment, career/promotion, transfer and termination of service/dismissal.

Similar decisions were issued in recent years as regards Slovakia[63], Italy[64], Armenia[65], Macedonia[66], Portugal[67], Georgia[68] and Cyprus[69]. The Armenian case is worth mentioning in a bit more of detail. The applicant was a judge who was dismissed pursuant to a President's Decree. She was unable to contest this Decree before the domestic courts. Although Armenian law granted individuals the right to seek the annulment of unlawful acts of public authorities, the ordinary courts had developed a practice not to examine claims against the acts of certain public bodies, including the decrees of the President. The European Court of Human Rights noted on the one hand that national legislation did not expressly exclude access to a court – which meant that Article 6 was applicable – and on the other hand that the applicant had been unable to obtain a substantive court ruling on her case – which meant that Article 6 had been violated.

4.6 Article 6 ECHR and the dismissal of judges: conclusion

So what are we to make of this? First, actually a surprisingly high number of cases before the European Court of Human Rights, involving a wide variety of countries, deal with the dismissal of public servants, including judges. Second, in line with its general case-law, the Strasbourg Court has now firmly established a strong presumption that Article 6 ECHR applies to disputes about these disciplinary measures. Of course the mere fact that Article 6 applies does not mean that a dismissal is not justified; depending on the circumstances it may be perfectly legitimate to take disciplinary measures against a public servant. But the reasons justifying a dismissal will be subject to review by the courts. Third, this situation is the result of a rather creative application of the *Eskelinen* test. In the majority of cases the Court has found that the first condition, that is, whether national law "expressly excluded" access to a court for the post or category of staff in question, was not fulfilled and that Article 6 was thus applicable to the proceedings in question. But even if national law expressly excluded judicial review, that was not the end of the story. In *Baka* the Court stated that such exclusion has to be in conformity with the rule of law – a requirement that is difficult to fulfil. In other cases the Court considered whether the disciplinary authority in question qualifies as a "court" for the purposes of the *Eskelinen* test. To that end the Court looked at whether the disciplinary authority performed a judicial function and at the nature of the proceedings before it. And so the Court found that Article 6 was applicable in cases where the power to impose disciplinary measures had been reserved for a National Judicial Council or even Parliament.

It is submitted that by now the *Eskelinen* test is *de facto* amended, and that Article 6 will apply to public service cases *tout court,* even if we have to wait for a formal recognition of this reality. [70] But at any rate it is clear that the Court's more recent case-law has certainly strengthened the protection of public servants against arbitrariness in general, and the principle of irremovability of judges more in particular.

5. A SIDE-STEP: DISMISSAL OF JUDGES AND THE RIGHT OF ACCESS TO INFORMATION

Now that we have established that, as a rule, Article 6 ECHR will apply to cases involving the dismissal of judges, it is time to address a key issue in some cases: access to materials classified as confidential. The usual argument of those affected by lustration or similar measures is that these measures are based on unreliable materials or documents that do not show that they have really collaborated. But in order to substantiate that claim, they need to have access to the records.

Here we touch upon a classic dilemma. Typically the secret service or agency compiling the information may wish to deny access to its files, so as to avoid disclosing how much it actually knows, to protect its sources and to keep its working methods secret. On the other hand, if the person to whom the classified materials allegedly relate is denied access to all or most of the materials in question, his or her possibilities of contradicting the agency's version of the facts will be severely curtailed. By the same token the absence of truly adversarial proceedings may

make it more difficult for the unbiased judge to retain his neutral position. This dilemma is likely to play a role in any case involving the dismissal of public servants in order to protect national security, as it often does in cases involving corruption, terrorism and organised crime too.[71] But it is also highly relevant in Albania, for instance, where *all* judges are currently undergoing a vetting procedure; confidential information is bound to play a crucial role. [72]

In the post-communist lustration cases the question of access to materials assumed a distinct role since the proceedings were, by their very nature, oriented towards the establishment of facts dating back to the communist era. This inevitably depended on the examination of documents relating to the operations of the former communist security agencies. In this specific context the Court developed an important rule of thumb: unless the contrary is shown on the facts of a specific case, it cannot be assumed that there remains a continuing and actual public interest in imposing limitations on access to materials classified as confidential under former regimes.[73]

Outside the specific context of post-communist lustration measures, the issue of access to confidential materials took centre stage in the recent Grand Chamber judgment in the case of *Regner*.[74] Mr Regner was not a judge, but a high-ranking official at the Czech Ministry of Defence. In 2006 the National Security Authority (NSA) decided to revoke his security clearance, on the grounds that he posed a risk to national security. The decision did not indicate the confidential information on which it was based, as this was classified "restricted" and could not therefore legally be disclosed to Regner.

An application by Regner for judicial review of the decision was dismissed by the Czech courts. It is important to note that the NSA forwarded the documents in question to the courts. However, Regner was not permitted to consult them. Relying on Article 6 § 1 ECHR, Regner complained that the administrative proceedings had been unfair because he had been unable to have sight of decisive evidence. But in Strasbourg he lost his case too. In 2015, a Chamber of the Strasbourg Court held that there had been no violation of the Convention, finding that the decision-making procedure had as far as possible complied with the requirements of adversarial proceedings and equality of arms and incorporated adequate safeguards to protect the applicant's interests.

In 2017, the Grand Chamber agreed. There were several key elements in the Court´s reasoning: the domestic courts had unlimited access to all the classified documents on which the NSA had based itself; they had the power to carry out a detailed examination of the reasons relied on by the NSA for not disclosing the classified documents; and they could order disclosure of those that they considered did not warrant that classification. They could also assess the merits of the NSA's decision revoking security clearance and quash, where applicable, an arbitrary decision. Their jurisdiction encompassed all the facts of the case and was not limited to an examination of the grounds relied on by Regner, who had been heard by the judges and had also been able to make his submissions in writing. In conclusion the Strasbourg Court ruled – in very cautious terms – that the fair balance between the parties had not been affected to such an extent as to impair the very essence of Regner's right to a fair trial. It should be noted, however, that a considerable minority disagreed and believed that the Czech courts should have gone further. [75]

In a nutshell: the Court is flexible and realistic; it gives considerable leeway to the national authorities which seek to defend national security. But at the same time the Court carries out a thorough review of the quality of the trial. The scope of the powers of the domestic courts is crucial in this respect. The Strasbourg Court insists on serious procedural safeguards so as to protect individual rights to the fullest extent possible and, in the final instance, to prevent arbitrariness.

6. CONCLUDING REMARKS: RIGHTS THAT ARE PRACTICAL AND EFFECTIVE?

The analysis of the Strasbourg case-law leads us to some final observations. The European Court shows concern, today to a much larger extent than before, for judicial independence and the protection of judges against undue pressure. From the perspective of the judiciary, the greatest gain is that the principle of irremovability of judges is now clearly established as a key element of the right to a fair trial. As a general rule, Article 6 ECHR

will apply to all types of disputes concerning disciplinary measures against judges, including those relating to recruitment/appointment, career/promotion, transfer and termination of service/dismissal.

If an individual complains about a lack of independence of the courts, the Strasbourg Court will follow an objective, functional approach: rather than looking at what actually happened in the court room, the Court will examine if there are adequate guarantees against arbitrariness. The individual judge may have acted in an irreproachable way and there may have been no actual interference with his independence – all that is necessary but not sufficient to meet the requirements of Article 6 ECHR. The mere possibility that the executive *could have* interfered is enough to affect the independence of the court.

This is 'good' news for the judges in Poland who have lost their position as a result of the recent package of reform measures. The presidents and vice-presidents of the ordinary courts who have been removed from their position by the Minister of Justice; the president and judges of the Supreme Court who have lost their seat as a result of the newly introduced age requirement; those who had been elected to the Constitutional Tribunal but were not sworn in by the President of the Republic – they all have a right to access to court to have their situation reviewed. The quality and usefulness of such a judicial review procedure will depend, of course, on the independence of the adjudicating body. There is some irony here, because their very dismissal may have affected or even undermined the independence of the courts they were forced to leave. But despite this catch-22, they have the right to a court. And in due course the Strasbourg Court may be called upon to review the existence and quality of the available remedies.

However, the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective – this has been *the* mantra in the Court's case-law since the 1970s. [76] When looking at the Court´s record in the field under consideration here, one cannot help wondering if the Court manages to live up to this ambition. It takes the Court a *very* long time to decide the cases before it. True, the *Baka* case was dealt with relatively quickly, the Court's judgment is very well drafted and its reasoning is compelling – but still the judgment was delivered about four years after Mr Baka was dismissed as President of the Hungarian Supreme Court. For Lajos Erményi, at the time the number 2 of the same court, the judgment came really too late: he died during the proceedings in Strasbourg. [77]

Of course these delays can be explained (the Court has a huge case-load) and to some extent unavoidable (cases need to be prepared). But there are at least two reasons why delays in this particular brand of cases are so damaging. The first one is simply that every case involving dismissal should be dealt with special diligence. [78] It is not just about preserving income, it is also about avoiding a *fait accompli*. A new president will have been appointed, and the longer one waits, the more irreversible the newly created situation becomes. Mr Volkov lost his seat in the Ukrainian Supreme Court in 2010. The Strasbourg Court found a violation of the Convention in 2013, and ordered Ukraine to secure Mr Volkov's reinstatement to his previous post. To date, that has not materialised. [79]

Secondly, while it may be true in many areas that delays can be fatal – think of child abduction cases – we are here concerned with violations that strike at the heart of the rule of law. They deserve the highest priority, since the enforcement of all other rights and freedoms depends on the quality of the domestic courts. One must not lose sight of why we have the European Court in the first place. It is useful to go back to 1949, and listen to the words of Pierre-Henri Teitgen:

> Democracies do not become Nazi countries in one day. Evil progresses cunningly, with a minority operating, as it were, to remove the levers of control. One by one freedoms are suppressed, in one sphere after another. Public opinion and the entire conscience are asphyxiated. And then, when everything is in order, the *Führer* is installed and the evolution continues even to the oven of the crematorium.
>
> It is necessary to intervene before it is too late. A conscience must exist somewhere which will sound the alarm to the minds of a nation menaced by this progressive corruption, to warn them of the peril and to show them that they are progressing down a long road which leads far, sometimes even to Buchenwald or Dachau.

> An international Court, within the Council of Europe, and a system of supervision and guarantees, could be the conscience of which we all have need, and of which other countries have perhaps a special need. [80]

If, as Teitgen argued, it is necessary to intervene before it is too late, then the intervention itself must be quick and decisive. An early warning system must be early, or it shall cease to be a system.

NOTES

1. See Report by the Secretary General of the Council of Europe, *State of democracy, human rights and the rule of law*, (Strasbourg, 2017), p. 15, at www.coe.int.
2. See D. Smith, "Trump lashes out again at judges over travel ban and calls hearing 'disgraceful'", 8 Feb. 2017, at www.theguardian.com, and *Daily Mail* of 4 November 2016, respectively.
3. ECtHR, judgment of 15 October 2009, *Micallef v. Malta* (no. 17056/06), § 86, emphasis added. Cf. ECtHR, judgment of 23 November 2006, *Jussila v. Finland* (no. 73053/01), § 43. All cases referred to can be found through the Court's search engine 'HUDOC', at www.echr.coe.int.
4. D.J. Harris et al., *Harris, O'Boyle & Warbrick, Law of the European Convention on Human Rights* (3rd ed., 2014), pp. 447-450.
5. See P. van Dijk et. al., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (5th ed., 2018), pp.600-601 (two pages of a total of over 1200), and B. Rainey et al., *Jacobs, White & Ovey, The European Convention on Human Rights* (7th ed., 2017), p. 299 (essentially one page; total 700). For an elaborate overview, see M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice – Judicial Independence and Impartiality in the Light of the Requirements of Article 6 ECHR (*PhD thesis Leiden, 2004), Chapter 6.
6. The *locus classicus* is still ECtHR, judgment of 3 July 2007, *Flux v. Moldova (No. 2)* (no. 31001/03), with a scorching dissent from Judge Giovanni Bonello.
7. See, e.g., ECtHR, judgment of 15 December 2005, *Kyprianou v. Cyprus* (no. 73797/01), §§ 118-121.
8. ECtHR, judgment of 28 June 1984, *Campbell & Fell v. UK* (no. 7819/77), §§ 78, 80 (references omitted).
9. ECtHR, judgment of 25 February 1997, *Findlay v. UK* (no. 22107/93), judgment of 19 June 1998, *Incal v. Turkey* (no. 22678/93), judgment of 4 may 2006, *Ergin v. Turkey (no. 6)* (no. 47533/99).
10. *Campbell & Fell*, § 80.
11. See, e.g., F. Emmert & L. Hammer, *The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in Central and Eastern Europe* (2012); I. Motoc & I. Ziemele, *The Impact of the ECHR on Democratic Change in Central and Eastern Europe: Judicial Perspectives* (2016).
12. ECtHR, judgment of 25 July 2002, *Sovtransavto v. Ukraine* (no. 48553/99).
13. ECtHR, judgment of 22 December 2009, *Parlov and Tkalic v. Croatia* (no. 24810/06), § 86.
14. ECtHR, judgment of 3 March 2005, *Brudnicka v. Poland* (no. 54723/00), § 41 (reference omitted).
15. In *Brudnicka* the Court did not attach any weight either to the fact that the president and vice-president of the Maritime Chambers were recruited from among the judges of the ordinary courts and retained their judicial posts. Hence, I take it, if a president were ever to be removed from the Maritime Chambers, he could resume his work as judge of the ordinary courts.
16. ECtHR, judgment of 30 November 2010, *Henryk Urban and Ryszard Urban v. Poland* (no. 23614/08), § 53. Contrast *Campbell & Fell* (1984), § 80: "Although it appears that the Home Secretary could require the resignation of a member, this would be done only in the most exceptional circumstances and the existence of this possibility cannot be regarded as threatening in any respect the independence of the members of a Board in the performance of their judicial function".
17. ECtHR, judgment of 19 April 1994, *Van de Hurk v. Netherlands* (no. 16034/90).
18. ECtHR, judgment of 22 November 1995, *Bryan v. UK* (no. 19178/91), § 38.
19. *Van de Hurk*, § 50.
20. See e.g. ECtHR, judgment of 23 October 2003, *Gençel v. Turkey* (no. 53431/99), § 27; judgment of 11 July 2006, *Gurov v. Moldova* (no. 36455/02), § 43. See more in general ECtHR, judgment of 12 May 2005, Öcalan v. Turkey (no. 46221/99), § 210.
21. *Van de Hurk*, § 64. In similar vein, e.g., *Parlov and Tkalic*, § 104.
22. ECommHR, report of 23 January 1996, *J.S. a.o. v. the Netherlands* (no. 14561/89).
23. *Urban*, §§ 56 and 62-67.
24. High Court, 12 March 2018, [2018] IEHC 119. The full text of the decision can be found at www.courts.ie.

25. The case is registered as C-216/18 (PPU) under the less than exciting name *Minister for Justice and Equality*, Mr A.C. having requested anonymity after he realised that his full name was widely circulating. A hearing before the CJEU is anticipated on 31 May 2018.
26. The only thing that can be said is that by the end of March 2018 there were 1400 pending cases against Poland. Of these cases, over 650 await their first examination by a Chamber or Committee and another 600 have been communicated to the Government. An unknown number of applications involving Poland find themselves at a pre-judicial stage. See the statistics on www.echr.coe.int.
27. ECtHR, judgment of 7 July 1986, *Soering v. UK* (no. 14038/88), § 113.
28. ECtHR, judgment of 24 July 2014, *Al Nashiri v. Poland* (no. 28761/11), §§ 562-563.
29. *Al Nashiri*, § 567.
30. See *Soering*, § 86: "Article 1 cannot be read as justifying a general principle to the effect that, notwithstanding its extradition obligations, a Contracting State may not surrender an individual unless satisfied that the conditions awaiting him in the country of destination are in full accord with each of the safeguards of the Convention. Indeed, as the United Kingdom Government stressed, the beneficial purpose of extradition in preventing fugitive offenders from evading justice cannot be ignored in determining the scope of application of the Convention and of Article 3 in particular".
31. See e.g. ECtHR, judgment of 21 January 2011, *M.S.S. v. Belgium & Greece* (no. 30696/09), § 342 et seq.; judgment of 4 November 2014, *Tarakhel v. Switzerland* (no. 29217/12), § 104.
32. See, e.g., ECtHR, judgment of 18 February 1999, *Waite and Kennedy v. Germany* (no. 26083/94), §§ 63 and 72; judgment of 30 June 2005, *Bosphorus v. Ireland* (no. 45036/98), § 150 et seq.
33. See, m.m., ECtHR, judgment of 26 November 2013, X *v. Latvia* (no. 27853/09), §§ 98 and 107.
34. ECtHR, judgment of 23 May 2016, *Avotiņš v. Latvia* (no. 17502/07), §§ 114, 116.
35. The term "manifestly deficient " emerged for the first time in *Bosphorus*, § 156. In their concurring opinions several judges tried to elaborate this "relatively undefined" criterion.
36. ECtHR, judgment of 17 April 2018, *Pirozzi v. Italy* (no. 21055/11), § 64. The Court used the opportunity to add one small sentence to its standard case-law: if the situation cannot be remedied by EU law, "Il leur [i.e. the domestic courts] appartient dans ce cas de lire et d'appliquer les règles du droit de l'UE en conformité avec la Convention".
37. *Pirozzi*, § 67.
38. Admittedly in *Pirozzi*, § 71, the Court concludes that there had not been "un déni de justice *flagrant*" in this case. But the word 'flagrant' is not used as a threshold criterion as in *Soering*. Rather it is inspired by the particular circumstances of the case. The applicant had relied on the *Sejdovic* judgment, in which the Court had recalled that "the refusal to reopen proceedings conducted in the accused's absence, without any indication that the accused has waived his or her right to be present during the trial, has been found to be a 'flagrant denial of justice' rendering the proceedings 'manifestly contrary to the provisions of Article 6 or the principles embodied therein' (see ECtHR, judgment of 1 March 2006, *Sejdovic v. Italy* (no. 56581/00), § 84; see also the quote from *Al Nashiri,* above). When the Court in *Pirozzi* rejected the applicant's arguments, it simply noted that a 'flagrant denial of justice' à la *Sejdovic* had not occurred.
39. True, in *Soering* the Court did not distinguish between potential violations in the future and violations in the past: it discussed extraditions where the individual concerned "has suffered *or risks suffering* a flagrant denial of a fair trial in the requesting country". However, the *A.C.* case is – just like *Avotiņš* and *Pirozzi* – about an alleged violation of Art. 6 ECHR. In this respect they differ from the asylum cases where a real risk of treatment contrary to Art. 3. A possible reason behind the Court's approach in *Soering* is that treatment contrary to Art. 3 will often lead to irreparable harm. It is not good enough that the individual, following his transfer, could bring a complaint against the receiving country.
40. For reasons of readability, judges are referred to as 'him' – although in many countries a majority of judges is female.
41. See e.g. Basic Principles on the Independence of the Judiciary (UNGA Res. 40/32 of 29 November 1985), Art. 12: "Judges, whether appointed or elected, shall have guaranteed tenure until a mandatory retirement age or the expiry of their term of office, where such exists".

42. See, e.g., ECtHR, judgment of 9 January 2013, *Oleksandr Volkov v. Ukraine* (no. 21722/11).
43. According to Amnesty International, up to a third of Turkey's judges and prosecutors was dismissed and/or detained following the 2016 coup attempt. See "Turkey 2017/2018" at www.amnesty.org. In Poland the Law on Organization of Common Courts (2017) gave the Minister of Justice a six-month window in which he could dismiss presidents of courts and appoint new ones, without consultation. According to the Polish Ombudsman, almost 150 court presidents and vice presidents were replaced. See A. Bodnar, 9 April 2018, " Europe can save Poland from darkness", www.politico.eu.
44. See ECtHR, judgment of 23 June 2016, *Baka v. Hungary* (no. 20261/12).
45. Currently such a vetting procedure takes place in Albania, with involvement of the international community. See EWB, 16 January 2018, "Albania begins vetting with 36 judges and prosecutors", at www.europeanwesternbalkans.com.
46. Specifically on reputation and Art. 8 ECHR, see ECtHR, admissibility decision of 5 December 2017, *Anchev v. Bulgaria* (no. 38334/08).
47. See ECtHR, admissibility decision of 8 February 2001, *Pitkevich v. Russia* (no. 47936/99), and a series of admissibility decisions in Turkish cases: 12 June 2003, *Yilmazoğlu v. Turkey* (no 36593/97); 11 December 2007, *Apay v. Turkey* (no. 3964/05); 26 May 2009, *Nazsiz v. Turkey* (no. 22412/05); and 19 October 2010, *Özpınar v. Turkey* (no. 20999/04).
48. ECtHR, judgment of 8 June 1976, *Engel a.o. v. the Netherlands* (no. 5100/71), § 80.
49. ECtHR, judgment of 2 May 1990, *Weber v. Switzerland* (no. 11034/84), § 33, and admissibility decision of 21 November 1998, *Brown v. UK* (no. 38644/97).
50. ECtHR, admissibility decisions of 11 September 2001, *Tepeli a.o. v. Turkey* (no. 31876/96), and of 11 September 2007, *Suküt v. Turkey* (no. 59773/00).
51. See for a recent example ECtHR, judgment of 31 October 2017, *Kamenos v. Cyprus* (no. 147/07), § 51.
52. See e.g. ECtHR, judgment of 28 March 2017, *R.S. v. Germany* (no. 147/07), § 33.
53. See notably ECtHR, judgments of 22 March 2001, *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* (no. 35532/97); 7 May 2010, *Kononov v. Latvia* (no. 36376/04); and 19 September 2008, *Korbely v. Hungary* (no. 9174/02).
54. ECtHR, admissibility decision of 30 May 2006, *Matyjek v. Poland* (no. 38184/03), §§ 48-58.
55. ECtHR, judgment of 24 April 2007, *Matyjek v. Poland* (no. 38184/03). See also Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) Resolution 1096 (1996) on measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems.
56. See ECtHR, judgment of 24 August 1993, *Massa v. Italy* (no. 14399-88), § 26; judgment of 17 March 1997, *Neigel v. France* (no. 18725/91), §§ 43-44.
57. ECtHR, judgment of 8 December 1999, *Pellegrin v. France* (no. 28541/95).
58. ECtHR, judgment of 19 April 2007, *Vilho Eskelinen v. Finland* (no. 63235/00).
59. ECtHR, admissibility decision of 8 February 2001, *Pitkevich v. Russia* (no. 47936/99).
60. The fact that Mr Olujić was able to file a constitutional complaint against the decision of the NJC was only seen as an additional factor. See ECtHR, judgment of 5 February 2009, *Olujić v. Croatia* (no. 22330/05), §§ 33-37. See in a similar vein ECtHR, judgments of 27 January 2009, *G. v. Finland* (no. 33173/05) and of 16 July 2009, *Bayer v. Germany* (no. 8453/04), § 38.
61. ECtHR, judgment of 9 January 2013, *Oleksandr Volkov v. Ukraine* (no. 21722/11), § 88.
62. ECtHR, judgment of 23 June 2016, *Baka v. Hungary* (no. 20261/12).
63. ECtHR, judgment of 20 November 2012, *Harabin v. Slovakia* (no. 58688/11).
64. ECtHR, judgment of 9 July 2013, *Di Giovanni v. Italy* (no. 51160/06).
65. ECtHR, judgment of 20 October 2015, *Saghatelyan v. Armenia* (no. 7984/06).
66. A whole series of cases including ECtHR, judgment of 7 January 2016, *Gerovska Popčevska v. FYROM* (no. 48783/07).
67. ECtHR, judgment of 21 June 2016, *Tato Marinho dos Santos Costa Alves dos Santos and Figueiredo v. Portugal* (nos. 9023/13 and 78077/13).
68. ECtHR, judgments of 28 March 2017, *Sturua v. Georgia* (no. 45729/05) and 12 October 2017, *Gabaidze v. Georgia* (no. 13723/06).
69. ECtHR, judgment of 31 October 2017, *Kamenos v. Cyprus* (no. 147/07).

70. See esp. *Kamenos,* §§ 73-88. Admittedly in *Baka,* § 113, the Grand Chamber cited, without further comment, some earlier decisions in which it had found that Article 6 ECHR did not apply "because the exclusion from access to a court for the post in question was clear and 'express'". The Court did not explain, however, if this approach is still valid in the light of later case law, notably *Volkov.*

71. See e.g. three ECtHR judgments of 16 February 2000: *Fitt v. UK* (no. 29777/96), *Rowe and Davis v. UK* (no. 228901/95), and *Jasper v. UK* (no. 27052/95), and see also ECtHR, judgment of 19 February 2009, *A. a.o. v. UK* (no. 3455/05), § 206 and following.

72. See B. Koleka & M. Robinson, "Albania judges its judges in pursuit of EU milestone", 23 June 2017, at www.reuters.com.

73. See e.g. ECtHR, judgment of 14 February 2006, *Turek v. Slovakia* (no. 57986/00), § 115; judgment of 24 April 2007, *Matyjek v. Poland* (no. 38184/03), § 62. See also ECtHR, judgment 27 July 2004, *Sidabras and Džiautas v. Lithuania* (nos. 55480/00 and 59330/00).

74. ECtHR, judgment of 19 September 2017, *Regner v. Czech Republic* (no. 35289/11).

75. See esp. the Joint partly dissenting opinion of Judges Raimondi, Sicilianos, Spano, Ravarani and Pastor Vilanova (i.e. a group that includes the President of the Court, its Vice-President and a Section President!): the total lack of communication to the interested party, throughout the entire proceedings, of the reasons leading to the decision to withdraw security clearance, added to denial of access to the case-file materials, appears unnecessary in fact and problematical in law.

76. ECtHR, judgment of 9 October 1979, *Airey v. Ireland* (no. 6289/73), § 24.

77. ECtHR, judgment of 22 November 2016, *Erményi v. Hungary* (no. 22254/14), §§ 3 and 17.

78. See already ECtHR, judgment of 6 May 1981, *Buchholz v. FRG* (no. 7759/77), § 52.

79. On 4 December 2014 the Committee of Ministers adopted Interim Resolution CM/ResDH(2014)275 in the *Volkov* case, in which it expressed "grave concern that despite the efforts deployed by the Ukrainian authorities to ensure, by way of a parliamentary resolution, the applicant's reinstatement as required by the Convention, such a resolution has still not been adopted". In *Supervision of the execution of judgments and decisions of the ECHR – Annual Report 2017* it is stated that Mr Volkov was "reintegrated" in the Supreme Court (p. 201). It would seem, however, that the situation still has not been fully solved, and the Committee of Ministers did not close its examination of this case yet.

80 P.H. Teitgen, in *Travaux préparatoires de la CEDH* vol. I (1949), p. 292; official translation into English.

ADJUDICATING TRAUMA IN INTERNATIONAL COURTS: A DUTY TO THE VICTIMS OF CRIMES AGAINST HUMANITY

Roberta Cerqueira Reis
PhD student of the Federal University of Minas Gerais's Law Graduate Program, in the field of History, Power and Liberty.

ABSTRACT

This paper aims to discuss, using an interdisciplinary point of view, how international courts build, through judicial proceedings, the memories of victims of crimes against humanity, symbolically regaining their human condition. Firstly, it defines the concept of trauma as described by Caruth, Felman and Edkins and addresses the issue of recognition and its relation with the overcoming of violent experiences. Authors such as Friedlander, Lacapra and Seligman-Silva are brought to the theoretic framework of analysis to explain how political violence and grave human rights violations limit the possibilities of representation and narrative in traumatic contexts. This paper argues that trials work as a symbolic space for victims to interact and confront the political violence and their perpetrators. The judicial procedure builds an official narrative of the traumatic experience, inserting victims in a bigger context that helps make sense of their suffering, therefore, restoring them from their isolation into a broader political community. International Criminal trials have, in that sense, not only an obligation with punishing perpetrators, but also an obligation towards victims and the political communities destroyed by violence.

Keywords

ICJ; memory; Balkans; trauma.

1. INTRODUCTION

The crimes against humanity and genocide express the annihilation of an individual; they are crimes which impairs the idea of humanity, confronting the victims with their superfluidity and with the possibility that their lives might be eliminated without any legal or political interference. Their life is bare, killable, and disposable in the hands of the state (AGAMBEN, 2011)[1].

Generalized attacks, which are most of the times orchestrated by the state engaged in atrocity policies against its own civilian population, confronts us with the limitations of the state institutions when the violence of civil wars is triggered.

In popular imagination and even in many contract theories, the state arises and has its *raison d'être* in the protection of its population. Criminal and systematic policies, perpetrated by the representatives of those who have the duty to provide security, infringe this logic of protection. The institution which previously represented safety and protection becomes terror, violence, and abandonment.

A criminal policy of systematic attacks against the civilian population, perpetrated by the state, an institution that exists to guarantee the safety of its citizens, is responsible for a significant portion of the trauma suffered by the victimized population. In the symbolic universe of the individuals, the state exists to protect them, as well as the police and the family. In the words of Edkins (2003, p. 4)[2], for the event to be considered traumatic,

> It has to involve a betrayal of trust as well. There is an extreme menace, but what is special is where the threat of violence comes from. What we call trauma takes place when the very powers that we are convinced will protect us and give s security become our tormentors: when the community of which we considered ourselves members turns against us or when our family is no longer a source of refuge but a site of danger.

This vulnerability in the face of the state demonstrates the precariousness of the trust in

the safety of the world and creates a traumatic experience in the individual who endures it.

The word trauma originally referred to an open wound in the body, but later became to mean an open wound in the mind which discontinues the experience relating to the time, the world and the "self" (CARUTH, 1996)[3]. It is like a scar or mental wound, caused by the rupture of the mechanism that allows individuals to understand the world and to locate himself in it.

The contact between the violence of the political world and the superfluidity of the human condition triggers an institutional violation of trust, breaking the social, legal and community ties. The victims become isolated from the rest of the community that does not share with them the same experiences.

This absence of connection between the victim and the world, this isolation typical of the survivors of traumatic experiences, may spread in societies which undergo grave political violence, which becomes a serious problem in the perspective of identity formation and post-conflict social reconstruction (HUMPHREY, 2002)[4]. The victims lose trust in the world and in political, legal, and social institutions, and it is not possible to reconstruct a political and legal community if its members feel that they do not pertain to a common history.

Overcoming political traumas is an important part of conflict resolution and social reconstruction. The so-called transitional justice tackles this issue and deals with the notion of narrative and memory construction in order to ensure the trauma processing and the remaking of social ties. For the memory construction process to make sense, it must involve society as a whole and also the state.

The so-called Truth Commissions have been working as *fora* in which the experiences are registered, giving voice to the survivors who can see their stories tied in a common memory. A historical narrative that reintegrates the victims is formed.

Despite the success of the Truth Commissions regarding conflict transition, they cannot impose punishment. In fact, the victims are confronted with their tormentors, but watch them walking away freely, which might promote a revictimization.

International justice appears as an alternative to judge crimes that involve grave human rights violations committed during times of conflict. The competence of international courts derives from the fact that these crimes are so repulsive and abject that they excel the body of the victims to affect the whole international community, all the men and women, in what is most dear to them: their humanity.

An international trial has a practical bias. In general, the states affected by conflicts which lead to crimes against humanity or genocides are failing (ROTBERG, 2004)[5], which means that their institutions are not capable of minimally maintain political or legal stability, hence local punishment is either impossible or, at least, complicated.

More than a problem of physical and organizational infrastructure in the local and internal courts, there is a legitimacy deficit in these trials for the population persecuted by the state. The idea that the same state which massacred its population will judge the agents who have perpetrated the atrocity policy on its behalf arises suspicion and, frequently, impunity.

The impossibility of punishment faced by local courts could be solved by an international trial, although there is no punishment inflicted, either by a national or by an international court, capable of punishing these crimes,

To bring to justice these cases of generalized violence might be an unsurmountable challenge if we think strictly in positivist terms of investigating responsibility and applying law. However, if we distance ourselves from a pragmatic domain and start to analyze the symbolic aspects which involve a trial, we can begin to understand the complex relation among international trial, trauma and post-conflict society reconstruction.

Initially, an international trial is used to demonstrate that a specific act violates the international community as a whole and their authors must face humanity, which is represented in the international court. This instance does not represent ideologies and speaks for every human being outraged by such violence.

Secondly, the international justice constructs a narrative about the conflict, connects data, memories, and stories, and forms a coherent timeline, which intends to express the truth of the facts, the "official version" that might (or not) be used to contribute to the

pacifying of that society, filling in the blanks left by the trauma experienced.

Therefore, the aim is to investigate this symbolic role played by the international courts, which, more than punish, construct narratives and might contribute (or not) to overcome the trauma.

2. THE COURTS AND THE RECOGNITION OF THE VICTIMS

International trials involving crimes against humanity and genocide deal with what is most sensitive in Law: its limits of action. This refers to the confrontation between Law and its impossibility, its weaknesses. The relation between politics and Law becomes unsurmountable when we evaluate this type of trial.

The international legal proceedings need to tackle problems such as victim recognition, memory formation, trauma, a long-desired peace, and overcoming war. These issues shake the foundations of International Law, still attached to a positivist and voluntarist perception.

Post-conflict social restructuring has been a concern for the so-called Transitional Justice, embodied in the Truth Commissions. The Judiciary, unfortunately, has been avoiding a more serious and profound debate about these issues, seen as alien to Law. This cleavage between the legal world and the rest of the Humanities, this pure theory of law (KELSEN, 1994)[6] removes the Judiciary from that what might be its most important role: to contribute to overcoming conflicts.

The Truth Commissions deal with reconciliation and society restructuring through the victim recognition, giving them a symbolic space, which allows them to tell their stories, to socialize their pain and to connect with other victims and the audience. This speech act assists the victim isolated in his pain to belong once again to the community, sharing his experiences with others, experiencing, belatedly, the grief that had been denied to him. Based on victim recognition, who shares his suffering, the social ties broken by violence and trauma are restored.

Similar to how a Truth Commission works, why not conceive that an International Court, which intends to be a pacification instrument, may perform this task? Since one of the main elements of the traumatic experience is, in fact, the break of institutional trust, there is nothing more symbolic than the manifestation of an institution such as the international judiciary.

The need for the international judiciary to recognize the victims, however, is not something new. The International Criminal Courts (ICC, ICT for the former Yugoslavia and ICT for Ruanda) and Human Rights Courts, such as the Inter-American Court for Human Rights, have been using this argument in their decisions (CANÇADO TRINDADE, 2007; 2013)[7]. The effective participation of the victims of grave violations in regional Human Rights courts is something worth indicating. Nonetheless, the model of the regional courts specialized on the theme is not the rule.

The international judiciary oscillates between state protection and victim protection. In this regard, the International Court of Justice, the international system's main court, has repeatedly chosen the prevalence of state sovereignty in detriment to the protection of individuals.

Given the significant symbolic role of international trials that deal with the issue of grave Human Rights violations, it seems worth studying the International Court´s stances when faced with questions relating to Human Rights violations.

3. TRAUMA AND TRIAL: THE PROBLEM OF TESTIMONIES

To tell the story of a crime against humanity or genocide is a challenge that many areas of knowledge face.

Trauma literature, which stems from psychology and psychoanalysis, has been used by authors of International Relations Theory and International Political Theory to understand major historical massacres, such as the Holocaust, Rwanda and Yugoslavia. Among others, authors such as Jenny Edkins (2003)[8], Luckhurst (2008)[9] and Maja Zehfuss (2007)[10] have addressed this subject.

The role of an international trial is simple: it establishes a narrative about the matter, categorizing actions, defining them in closed, intelligible, and typical criteria. In spite of this, it is not possible to study the narrative developed by the International Court of Justice on genocide without resorting to the literature on testimonies, representations and trauma.

The most important bibliography relates to the Holocaust. The *Shoah* represents trauma beyond comparison in international politics and it is impossible today not to refer to these works in order to approach the object of this article, i.e., the narratives constructed by the Court.

Traditionally, historians have focused the analysis on the narratives of the Holocaust in three main groups: The Authors (Perpetrators), the victims and third parties/ observers (bystanders).

Initially, the field of research of the narratives of trauma was dominated by analysis directed at understanding the Authors (Perpetrators). The Nuremburg Trials contributed enormously to this first phase of research, since the prosecutors and the discourse they developed during the trials created the idea of "criminal", "racist", "anti-Semite minds", which until today are present in the research on Nazism[11].

The second group, that of the victims, especially important to this article, are based on the narratives of Primo Levi (1988; 2004)[12] and those of the victims of the genocide in the Balkans, compiled in testimonials in the memorials of Croatia and Bosnia presented to the International Court of Justice. This group is also based on the interviews with Kosovo survivors, compiled by Losi, Passerini e Salvatici (2001)[13]. The main focus of these narratives is the idea that even though there is a need to testify, it is marked by the impossibility to communicate the experience (EDKINS, op. cit.).

The main characteristic of a victim of genocide or crime against humanity is the fact that he has suffered a process of dehumanization, an experience which constitutes a trauma.

Freud understands that a traumatic experience is one "which cannot be entirely assimilated while it is happening (SELIGMANN-SILVA, 2006, p. 48, translated[14]).[15]" Individuals who face violent situations, such as wars or massacres, tend to relive the event, re-experiencing it (LUCKHURST, op. cit).

The traumatic experience is not understood by the individual when he is experiencing it and can only be apprehended *a posteriori*, through flashbacks and a "differed" attempt to understand the symptoms presented by the individual. "For Caruth, trauma is, therefore, a crisis in representation, of history and truth, and of narrative time (CARUTH *apud* LUCKHURST, op cit, p. 5)."

The representation problem derives from the impossibility of the victim to express in words his experience, since he cannot give meaning to the event based on his pre-conceived symbolic universe. LaCapra (1994)[16] argues that the testimonies of the victims of the Holocaust stressed the intricate relation between memory and event reconstruction. These statements also demonstrated that the victims, in some moments, did not believe what they had experienced.

According to Seligmann-Silva (op. cit), "the testimony would be the narrative not so much of these violent facts, but of the resistance to understand them. Language tries to encircle and limit what had not been subjected to a form when it was received (SELIGMANN-SILVA, 2005, p. 48, translated[17]).[18]" The drama of the survivor is the disjunction with reality, the incapacity to represent.

The Testimony Theory[19], elaborated mainly from the Holocaust, states that the catastrophic event would be "singular because, more than any other historical fact, from the standpoint of the victims and the people involved in them, it cannot be reduced in terms of discourse (SELIMANN-SILVA, 2005, op. cit. p. 83, translated[20])." In this regard, the importance and the challenges present in trials of such crimes arise.

A legal proceeding aims to establish facts, a single truth. However, pure facts do not exist; what exists are versions and texts, constructed linguistically (GADAMER, 2002)[21]. The accuracy of the facts constructed in the legal proceedings is formed through discourse and testimonials[22], which, however, lead to the impossibility of representation.

The testimony is a moment which seeks to reunite the fragments of a shattered memory, contextualizing them. "The testimony plays a role of historical justice (SELIGMANN-SILVA, 2005, op. cit. p. 85, translated[23])". It also has the power to unite people and make a previously individual and lonely experience into a shared one, leading to the identification with a collective memory.

The survivor appeals to the narrative to comprehend his experience. Collective memory, constructed through discourse, comes along to

fill the blanks left by the trauma in individual memory. The victim needs collective memory to support his individual memory or to give it meaning.

Judging is an attempt to signify the experience which did not have any sense. This is why it is so important that a culprit is found, thing is categorized and named, placing the unsayable into intelligible categories, into criminal definitions, such as genocide or crime against humanity (GARAPON, 2002)[24].

The proceedings are based in successive, detached evidences, which are frequently lost in the overall. A legal process is limited to the evidence that the parties (plaintiff and defendant) can give. The truth is constructed dichotomically, from the contraposition of the elements brought in by the litigants, i.e. the due process. It can be said that, legally, the truth is the discourse constructed by the victorious part in the due process, the one which was more powerful and convincing.

In the case of the crimes against humanity and genocide, the due process would be inexorably impaired. There would neither be a balance of strength nor such pretense. The whole process is previously conceived for the discourse of one the parties to win: the victim's discourse. The voice that would prevail and silence all other would be the voice of the victim. It is his unheard suffering that will be listened to and will smother all the rest.

The concern, therefore, would not be to clarify what had indeed happened, but to identify the monstrosity of the fact and the victim's suffering. The judge would search for the past, not to understand the causality of the events, but to legally categorize them. "Justice – as opposed to History – is not an instance of knowledge, but of recognition (GARAPON, op. cit p. 168, translated[25])." Public opinion cannot change a sentence, but can disagree with it. This means that the judge is not merely an observer of the past, he is an interfering agent.

International criminal trials have an active role in building memories and changing the narrative surrounding a conflict. Even though criminal tribunals have dealt with matters of trauma and recognition, somehow, these issues have been kept restricted to their realm and in that of regional human rights courts. The international Court of Justice still resists discussing symbolic aspects of adjudication.

The International Court of Justice has an educational background based on classic, voluntarist, International Law, in which the states are the main actors of the international system, which is made by and for them. This stance, we argue, is contrary to the contemporary reality of the international system and, specially, to the cases that have been brought to the Court.

Article IX of 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide refers to the ICJ to dispute settlement concerning the fulfilment of the treaty. In that sense, even though ICJ cannot be described as a criminal court, it does have the duty to prevent Genocide. The Court refuses its role in building memories and narratives of conflict, acting in an isolated manner and, in some ways, opposing the experience from specialized human rights courts.

4. GOING FURTHER: THE ICJ ADJUDICATING GENOCIDE IN THE CASE CROATIA VS SERBIA

The Balkans War triggered in the 1990s two applications filed in the International Court of Justice discussing the enforcement of the Genocide Convention (one brought in by Bosnia and the other by Croatia). The sentence in the case Croatia vs Serbia was delivered on February 3rd 2015 and regrettably repeated the fiasco of the previous sentence – the Bosnia case.

The result of this ruling signals the great abyss that has separated the concerns of Human Rights International Law and those of General Public International Law. The concern with jurisprudential stability was a factor that affected the sentence. The Court had pronounced negatively regarding the Bosnia case; to change its jurisprudence would imply international legal instability.

The concerns with the survivors and the importance of integrating the victims to the social body and reconstituting the memories were not tackled by the majority of the judges. The case Croatia vs Serbia created a problem for the hearing of the victims appointed by Croatia. The fear of threats resulted in two witnesses being heard in closed session. The others were heard in plenary sessions, but could not give their testimonies in front of the other victims, who, consequently, could not hear other testimonies. This was a measure taken by

the Court to ensure the safety of the witnesses and to safeguard the neutrality and impartiality of the testimonies, which, at the end, hindered the Court from becoming a space for reparation and recognition of the victims (in the manner of Human Rights Courts).

The opportunity to speak in front of a court, to account one's story and hear those of the others, as we have argued, has an important effect for the victims and, consequently, to overcome conflict. This moment of testimony, given in front of a solid and important institution, such as the ICJ, would help to restore a sense of justice and institutional trust.

The hearing of several victims allows the construction of a general panorama of the conflict. If a narrative is repeated in the words of the survivors from several places, there is a strong sign of the generalized aspect of the attack and the *mens rea* of the genocide. This is the case of the annexes provided by Croatia in its memorials, which contained testimonies of individuals from several towns, all describing the same violence, the same white stripes, the same practices of sexual violence, the same practices of forced labor and family separation, the same insults (*ustasha*) etc.

Due to the heavy burden placed on Croatia to produce evidence and the victims' testimonials without proving force, the ICJ considered that there was no proof to determine the occurrence of rapes and other acts of sexual violence perpetrated by the army and other militias from Serbia. As a result, the Court decided that a genocide had not occurred in the Balkans. All the victims who had waited for sixteen years for the trial did not have the imagined ending. All their narrative and overcoming trauma effort were to no avail. The Court lost the opportunity to rewrite the memory of the conflict and fulfill its duty to promote peace and conflict resolution.

The Court's decision was rebuffed by the dissenting vote of Cançado Trindade, a magistrate who defended the Genocide Convention's *raison d'être*: to protect individuals against barbaric acts engendered by the states or with their consent.

The vote is based on the valorization of the protection of individuals who have suffered the most during the Balkan Wars. The real concern should be oriented toward the realization of justice for the people (justiciables), not for the states. The Genocide Convention enshrines the right to protection, which is frequently rejected by atrocity policies, which victimize civilians and dissolve societies.

Cançado Trindade disagreed with the Court on the issue of burden of proof and its value. The magistrate provided extensive jurisprudential base from the Inter-American and European Courts of Human Rights, where they adopted the inversion of the burden of proof and the possibility of inferring violence from signs, such as mass graves and the survivor's demonstrations of trauma.

The proof of the occurrence of the genocide, according to Cançado Trindade, should have been obtained from the vast documentation which indicated the occurrence of a generalized and systematic attack against whole families, homes, cultural symbols, as well as the random deaths intended to threaten Croatians to force them to leave the towns and flee to areas where they would be allowed (outside the territory of Greater Serbia).

Contrary to the Court's stance, the judge considered the testimonies annexed to Croatia's memorials as signs and evidence material of the genocide, strengthening the words of the victims.

The dissident vote also gave attention to the victim's suffering who survived the massacre and had missing relatives. The absence of a funeral or the impossibility to experience grief hinders the conflict from being finalized in order to society move on.

The importance of recognizing the pain is fundamental to reconcile societies and rebuild nations. Humphrey (op. cit) indicates that projects of public memory are based on two different paths: reconciliation or justice. Reconciliation depends on the state's will, which frequently does not have the power nor the institutional development to promote a trial, hence the importance of international justice, which compensates this absence of an internal justice.

5. FINAL CONSIDERATIONS

The idea of reconciliation involves the construction of a memory that contemplates the victims' demonstrations, who must be reintegrated to the political community. The peace and stability in a state are related to its social structure; this becomes clear when we look at Yugoslavia's case, where its social hotbed led to its violent dissolution.

The Truth Commissions throughout the world and, to a certain extent, the regional Human Rights courts have been based on the victims' testimonies to construct a legal truth and, tangentially, the memory of the conflict. The social relations are reconstructed through the victims.

In the case mentioned in this article, we notice that this symbolic dimension which exceeds the classic and formal perspective of Law was not applied in the decision of the International Court of Justice, which resists recognizing its role in this post-conflict reconstruction. This ICJ's distancing from the issues related to Human Rights International Law contradicts the reality which the organ has been facing. The Court dealt problematically with the specificities of the issue and there was no opportunity for the victims to participate. Moreover, the state was excessively protected, due to a questionable distribution of the burden of proof and its inadequate valorization.

The Court's decision did not contribute to the recognition of the suffering the victims, losing an opportunity to promote social restructuring and to overcome hatred. Even more serious is the inexistence of reparations, leaving the victims completely unsupported and left to their own woes.

The discussion about reconciliation and the role of international justice in overcoming conflicts through victim recognition thrived in Cançado Trindade's dissident vote. The thesis present in this article reverberates the vote that acknowledges the ICJ's and the international justice's importance in promoting peace and protecting human rights.

It is not possible to overcome conflicts in a society without an answer which, in some way, placates hatred and promotes a new social narrative through memory construction. There is no memory without considering trauma and its devastating consequences on the lives of individuals.

The ICJ confronted, in the present proceeding, a challenge to its jurisprudence: the need to rethink its role in Human Rights International Law. The historic orientation aimed to protecting the state and a classical concept of state sovereignty clashed with the statutory functions which are expected from the Court as an organ that contributes to social appeasement.

As Cançado Trindade points out well in his dissident vote, the option adopted by the Court to disregard the victim's testimonies and impose a hefty burden of proof made almost impossible to prove the state's responsibility. What will be the effect of this decision in future cases? What will be its consequences on the will of the states which might intend to question the Genocide Convention?

By not holding the states accountable, the Court's decision forgot the need to tackle the prevention of genocide, the aim stated right in the title of the Convention. The concern with state sovereignty has lost sight of the Convention's utmost objective: the protection of the most vulnerable individuals and the guarantee that these acts will not happen again.

Prevention must also focus on the issue of recognizing the pain of the survivors in order to accomplish reconciliation and victim reparation. Holding the states responsible is a means to honor the memory of those who have passed away, humanizing the dehumanized and rewriting the narrative of chaos and hatred for comprehension and reconciliation.

NOTES

1. AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
2. EDKINS, Jenny. *Trauma and the memory of politics*. Cambridge: Cambridge University Press. 2003.
3. CARUTH, Cathy. *Unclaimed Experience: Trauma, Narrative, and History*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 1996.
4. HUMPHREY, Michael. *The Politics of Atrocity and Reconciliation*. New York: Routledge, 2002.
5. ROTBERG, Robert I. *When States fail: causes and consequences.* Princeton, N. J.: Princeton University Press, 2004.
6. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4º. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
7. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Esencia y Transcendencia (votos em La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1991-2006*)**.** México: Editorial Porrúa: Universidad Iberoamericana, 2007; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: Memorias de La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
8. Op. cit.
9. LUCKHURST, Roger. *The trauma question*. London: Routledge, 2008.
10. ZEHFUSS, Maja. *Wounds of Memory: The Politics of War in Germany.* Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
11. Hannah Arendt's controversial work *Eichmann in Jerusalem*, published in 1963, established the foundations of the concept of banality of evil, which, to a certain extent, is opposite to the Nuremberg perspective of historical monsters, reiterating the idea that the Authors were emptied subjects. Arendt's work (2010; 2008; 2004) indicates the importance of understanding totalitarianism and the phenomenon of death on an industrial scale (ARENDT, 2004).
12. LEVI, Primo. *Os afogados e os sobreviventes*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2004. LEVI, Primo. É isto um homem. Rio de Janeiro: Rocco, 1988
13. LOSI, Natale. Beyond the archives of memory. In *IOM International Organization for Migration*. Archives of Memory: Supporting Traumatized Communities through narration and remembrance, Psychological Notebook, Geneva, v. 2, pp. 5-15, 2001.
14. In the original: "que não pode ser totalmente assimilada enquanto ocorre."
15. SELIGMANN-SILVA, Márcio. *História, Memória, Literatura: O testemunho na Era das Catástrofes*. Campinas: Editora da Unicamp, 2006
16. LACAPRA, Dominick. *Representing the Holocaust: History, Theory and Trauma.* Ithaca: Cornell University Press, 1994
17. In the original: "o testemunho seria a narração não tanto desses fatos violentos, mas da resistência à compreensão dos mesmos. A linguagem tenta cercar e dar limites àquilo que não foi submetido a uma forma no ato da sua recepção"
18. SELIGMANN-SILVA, Márcio. *O local da diferença: Ensaios sobre memória, arte, literatura e tradução*. São Paulo: Editora 34, 2005.
19 Some authors identified as part of this Testimony Theory or "Shoah testimonial canon" (SELIGMANN-SILVA, 2005, p.86) are Primo Levi, Paul Celan, Victor Klemperer, AharonAppelfeld, Robert Antelme, among others.
20. In the original: "singular porque, mais do que qualquer fato histórico, do ponto de vista das vítimas e das pessoas neles envolvidas, ele não se deixa reduzir em termos de discurso."
21. GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2ª. ed. Petropolis: Vozes, 1998.
22. The witness understood as primary is normally the one which has survived the event; it is the actual victim. Nonetheless, today several authors apply the ideas apprehended from the primary witnesses in the texts originated from secondary witnesses. "In the latter meaning, the witness is conceived according to the

notion of *testis*, of a third party who would be called forth in the trail to give his accounts of the 'facts'. (SELIGMANN-SILVA, 2005, p. 84, translated)". In the original: "Nesse último sentido, a testemunha é pensada segundo a noção de *testis*, de um terceiro que seria citado diante do tribunal para dar sua versão dos 'fatos'".

23. In the original: "O testemunho cumpre um papel de justiça histórica".

24. GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar: Para uma justiça internacional*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

25. In the original: "A justiça – ao contrário da História – não é uma instância do conhecimento, mas do reconhecimento."

ANEXOS

LA MISIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES CONTEMPORÁNEOS EN LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL([1])

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez de la Corte Internacional de Justicia; Ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Emérito de Derecho Internacional de la Universidad de Brasília, Brasil; Doctor *Honoris Causa* de diversas Universidades en América Latina, Europa, y Asia.

I. INTRODUCCIÓN

Que sean mis primeras palabras de agradecimiento a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), en las personas de su Presidente, Juez Eduardo Ferrer MacGregor Poisot, y de su Vicepresidente, Juez Eduardo Vio Grossi, por la delicadeza de la invitación que me han brindado para proferir esta conferencia de apertura de su nuevo año judicial de 2018 aquí en su sede, así como a la Jueza Elizabeth Odio Benito por la gentileza de mi presentación, que viene de hacer. Prontamente extiendo al Presidente Eduardo Ferrer MacGregor Poisot mis votos de muchas felicidades en su gestión que hoy se inicia al frente de la CtIADH.

Me complace, además, poder contar en esta ceremonia inaugural del 30 de enero de 2018 con la presencia de tantos amigos, entre los cuales los ex-Jueces de la CtIADH, Manuel E. Ventura Robles (su ex Vicepresidente) y Sonia Picado Sotela, además de todos los miembros presentes del personal de la Corte, que aquí trabajaron conmigo hace unos años. Con algunos de Ustedes he seguido dialogando en los últimos años en sucesivos eventos académicos en distintas latitudes, inclusive en la propia Haya. Me siento, pues, feliz, en poder aquí disfrutar, de nuevo, de sus amables compañías.

Es esta, en efecto, la primera vez que regreso, de visita a la sede de esta querida CtIADH, desde que en ella concluí mis años de labor, hace más de una década. Por eso es para mí un momento lleno de emoción y nostalgia. En uno de mis últimos Votos emitidos aquí en esta Corte, evoqué un trecho del *Eclesiastes* sobre el pasar del tiempo (el mayor enigma de la existencia humana), pero en ningún momento me despedí de la CtIADH. Como ya no más alcanzaba el tiempo para en ella seguir trabajando por la realización de la justicia, la llevé conmigo a La Haya, dentro de mi corazón.

Y me he mantenido siempre fiel a su legado de mi época en ella. Acompaño atentamente su *jurisprudence constante*, y hoy día la propago en otros continentes y en el seno de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Así lo vengo haciendo constantemente, tanto en mis conferencias como en mis libros, así como en mis Votos, hoy día en otra jurisdicción internacional, la de la Corte Mundial de La Haya. La experiencia aquí vivida en la CtIADH, en una época inolvidable, es hoy, y seguirá siendo, parte importante de mi vida; pasado y presente están en interacción, mirando hacia el futuro.

II. RECUERDOS DE LA CTIADH: LA MEMORABLE CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL

Mis años en la CtIADH fueron una época mística, de gran construcción doctrinal, jurisprudencial e institucional. Aquí en la Corte nos pronunciamos por primera vez en relación con muchos de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Nuestra construcción jurisprudencial abarcó cuestiones de *jurisdicción*, de *derecho sustantivo*, de *derecho procesal*, y de *hermenéutica jurídica*.

Como todas estas cuestiones, además de la institucionales, ya se encuentran examinadas en mi libro de memorias de la CtIADH[2], aquí me limitaré tan sólo a referirme a, y resaltar algunos puntos esenciales. En cuanto a *cuestiones de jurisdicción*, logramos preservar la integridad de las bases de jurisdicción de la Corte (el *jus necessarium* y no *jus voluntarium*; en cuanto

a la supervisión de la ejecución de sentencias, demos inicio (en el caso *Baena Ricardo y Otros (270 Trabajadores) versus Panamá*, 2003), al monitoreo por la propia CtIADH (mediante audiencias con posterioridad a las sentencias); y, en caso de incumplimiento de sentencias, procedimos a aplicar prontamente la sanción del artículo 65 de la CADH.

En cuanto a *cuestiones de derecho sustantivo*, desarrollamos el contenido de la conceptualización de: a) crimen de Estado (circunstancias agravantes) y daños ejemplarizantes o "punitivos"; b) complementariedad entre la responsabilidad internacional del Estado (ciclos de casos de masacres, v.g., en Guatemala y Perú) y la responsabilidad penal internacional del individuo (ex-mandatarios Ríos Montt y A. Fujimori, respectivamente); c) gradual ampliación del contenido material del *jus cogens* (a abarcar tortura; tratos crueles, inhumanos o degradantes; violación del principio de la igualdad y no-discriminación; derecho de acceso a la justicia).

En cuanto a *cuestiones de derecho procesal*, logramos el l*ocus standi in judicio* de en todas las etapas del procedimiento ante la Corte (cuarto reglamento, de 2000, en vigor a partir del 2001). Además, preparé, como relator, el Proyecto de Protocolo a la CADH, que presenté como Presidente de la CtIADH a la Asamblea General y al Consejo Permanente de la OEA (sucesivamente, en el período 2001-2003)[3], conteniendo una serie de enmiendas en la línea del *jus standi* de los peticionarios y de la jurisdicción obligatoria de la CtIADH.

El referido Proyecto de Protocolo a la CADH[4] figuró en la agenda de los órganos principales de la OEA de 2001 hasta 2008, y, desde entonces hasta la fecha, sigue siendo la propuesta más avanzada de fortalecimiento y perfeccionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Espero que, en el futuro próximo se venga a retomar esta meta, y que el Protocolo venga a ver la luz del día, en beneficio último de los titulares de los derechos protegidos bajo la CADH.

En cuanto a *cuestiones de hermenéutica jurídica*, procedimos a la ampliación de la noción de víctima, y avanzamos la visión de las *interacciones* entre los ordenamientos jurídicos internacional e interno, en el dominio de la protección de los derechos de la persona humana. Además, también sostuvimos la interpretación propia, en el presente dominio, de la regla del agotamiento de los recursos internos (solamente si eficaces, y con énfasis en el *redress* y no en el agotamiento), distintamente de su aplicación en el ámbito tradicional de la protección diplomática. Así entendida, dicha regla da testimonio de la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en el presente dominio de protección[5]. Aquí nos encontramos frente a un *derecho de protección*, dotado de especificidad propia y de dimensión también preventiva, orientado fundamentalmente a las víctimas, a los derechos de los seres humanos individualmente y no de los Estados.

En cuanto a *cuestiones institucionales*, demos inicio al diálogo permanente entre tribunales internacionales de derechos humanos (mantenido afortunadamente hasta la fecha), estimulando la creciente fertilización jurisprudencial (cf. *infra*). Además, inauguramos, en agosto de 2000, nuestra Biblioteca, - que tuve la grata satisfacción de visitar de nuevo ayer, - concebida y establecida para facilitar el diálogo intergeneracional en materia de protección internacional de los derechos humanos.

III. AVANCES JURISPRUDENCIALES: LA NECESIDAD DE SU PRESERVACIÓN Y CONTINUACIÓN

Transcurrida una década desde la conclusión de mi época de magistrado aquí en la CtIADH, se puede constatar que, a la par de los avances jurisprudenciales hasta hoy logrados, han surgido hoy día nuevos desafíos a la protección internacional de los derechos humanos, en el actual momento histórico de una profunda crisis de valores que presenciamos, en medio a la cual vivimos, o sobrevivimos. No ha habido aquí verdaderamente un progreso linear, sino más bien avances y retrocesos; en cuanto a estos últimos, cítense las denuncias o amenazas de denuncia de la CADH, el incumplimiento de sentencias de la CtIADH (sin aplicabilidad de la sanción de su artículo 65), la no-aplicabilidad directa de la normativa de la CADH, el intento de proponer interpretaciones restrictivas de dicha normativa. Todo esto es hoy muy preocupante.

A medida que pasa el tiempo, surgen nuevas formas de violación de los derechos de la persona humana, a requerir, en mi percepción, que se retome la atención a puntos que busqué desarrollar en mi época de magistrado aquí en la CtIADH, que propiciaron avances, a saber,

inter alia: a) la gradual expansión del contenido material del *jus cogens*; b) las dimensiones horizontal y vertical tanto del *jus cogens* como de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección; c) la responsabilidad internacional *agravada* del Estado y los crímenes de Estado; d) el derecho de acceso a la justicia *lato sensu*; e) el régimen jurídico autónomo de las medidas provisionales de protección[6]; f) la necesidad de determinación de las reparaciones en todas sus formas.

En realidad, como yo señalaba ya en mi época como magistrado de la CtIADH, el cumplimiento de sus sentencias debe ser integral; no se puede hablar de "cumplimiento parcial", que es más bien una ilustración de incumplimiento. En una región como la nuestra, que ha asumido una posición de vanguardia en la protección de los derechos de la persona humana en el marco de su universalidad[7], hay que asegurar la continuación de los avances jurisprudenciales ya logrados por esta CtIADH, en mi época en ella.

Entre éstos, permítome destacar: a) la relevancia de la ya mencionada posición anti-voluntarista de la CtIADH, manteniendo la integridad de las bases de su jurisdicción, ante intentos del Estado demandado de retirada inmediata de la CADH; y b) la también supracitada aplicación de la sanción del artículo 65 de la CADH (en mi época de Presidente de la CtIADH, en 2000 y 2003), retomada por la Corte hace poco, solamente en 2015, más de una década después.

Hoy día, transcurrida una década desde el final de mi época aquí en esta querida CtIADH, siento que debemos seguir remando contra la corriente, - parafraseando uno de los grandes pensadores del siglo XX[8]. La labor de protección internacional de los derechos de la persona humana no tiene fin, como en el mito de Sísifo. Al fin y al cabo, el ser humano necesita protección también contra sí mismo, en las más diversas circunstancias, inclusive en nuevas situaciones - como las actuales - de violaciones de sus derechos.

IV. LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA AMPLIACIÓN DEL CONTENIDO MATERIAL DEL *JUS COGENS*

Durante mis años de labor aquí en la CtIADH, me dediqué, *inter alia*, a la construcción doctrinal y jurisprudencial de la ampliación del contenido material del *jus cogens*, con resultados alentadores, al asumir la CtIADH, en la época, una posición de vanguardia al respecto. Afirmé, con base en mi propia experiencia, la existencia de verdaderos crímenes de Estado, comprometiendo la responsabilidad internacional *agravada* del Estado en cuestión, y dando destaque a las prohibiciones absolutas del *jus cogens*, con todas sus consecuencias jurídicas.

He podido resumir esta contribución en mi Voto Razonado en la Sentencia de la CtIADH del 20.11.2006 en el caso de *La Cantuta versus Perú*, en los siguientes términos:

> "El *jus cogens* resiste a los crímenes de Estado, e impone sanciones a los mismos, en razón del pronto comprometimiento de la responsabilidad internacional *agravada* del Estado. Como consecuencia de dichos crímenes, las reparaciones debidas asumen la forma de distintas obligaciones de hacer, incluyendo la investigación, enjuiciamiento y sanción de los responsables por los crímenes de Estado que perpetraron (por acción u omisión). El Derecho no deja de existir por la violación de sus normas, como pretenden insinuar los `realistas´ degenerados por su ineludible y patética idolatría al poder establecido. Todo lo contrario, el derecho imperativo (*jus cogens*) reacciona inmediatamente a dichas violaciones, e impone sanciones. Durante años, en el seno de esta Corte, he insistido en la necesidad del reconocimiento y de la identificación del *jus cogens*, y he elaborado, en numerosos Votos (en el ejercicio de las funciones tanto contenciosa como consultiva del Tribunal), la construcción doctrinal de la ampliación del contenido material del *jus cogens* y de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección, en sus dimensiones tanto horizontal (*vis-à-vis* la comunidad internacional como un todo) así como vertical (abarcando las relaciones del individuo tanto con el poder público como con entidades no-estatales u otros individuos). (…).
>
> Me siento gratificado por haber la Corte hecho suyo mi razonamiento, que hoy es un *acquis*, una conquista de su *jurisprudence constante* al respecto. Ahora que expira mi tiempo como Juez Titular de esta Corte, la cual ha asumido una posición de vanguardia entre los tribunales internacionales contemporáneos en esta

> materia en particular, me siento, pues, enteramente libre para señalar que es este un avance que no admite retrocesos. Me permito insistir (...) en que esta Corte no puede permitirse frenar o retroceder su propia jurisprudencia en materia de derecho imperativo (*jus cogens*) en el presente dominio de protección de la persona humana, *en materia de derecho tanto sustantivo como procesal*.

Con la presente Sentencia de la Corte en el caso de *La Cantuta*, se encierra un ciclo histórico de impartir justicia por parte de esta Corte, que ha revelado que el primado del Derecho se afirma aún en las circunstancias más adversas para los titulares de los derechos humanos - la persona humana, sujeto del Derecho Internacional, aún en estado de completa indefensión, - como revelado, v.g., en los casos resueltos por esta Corte ocurridos durante el régimen Fujimori (casos de *Barrios Altos* y *La Cantuta*, entre otros), el régimen Pinochet (caso *Almonacid*), y el régimen Stroessner (caso *Goiburú y Otros*) en el marco de la siniestra `Operación Cóndor´. De mi parte, encierro con nostalgia este período para mí inolvidable de servicios prestados y de profunda realización personal como Juez Titular de esta Corte, que no podría ser más gratificante, en el proceso de aprendizaje interminable que proporciona la búsqueda - frente a todo tipo de adversidad - de la realización del derecho a la verdad y a la justicia, así como la búsqueda sin fin del sentido de la vida, de la existencia humana" (párrs. 59-62).

Además, la expansión del contenido material del *jus cogens*[9] ha sido acompañada *pari passu* por la ampliación de la propia noción de "víctima" bajo la CADH y en todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como "se han ampliado tanto los parámetros de la protección debida a los justiciables, así como el círculo de personas protegidas", - como también lo señalé en mi referido Voto Razonado (párr. 60) en el caso de *La Cantuta* en 2006. Dos años después, me permití subrayar esta significativa evolución en la primera reunión de los tres tribunales regionales de derechos humanos (CtIADH, CtEDH y CtAfDHP), realizada en el *Palais des Droits de l´Homme* en Estrasburgo, los días 08-09.12.2008[10].

V. DECISIONES PIONERAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CTIADH

Esto me conduce al punto siguiente a considerar en la presente ceremonia. En efecto, algunas decisiones de la CtIADH de mi época son hoy internacionalmente reconocidas como pioneras, tal como la tomada en el caso de *Barrios Altos* en 14.03.2001 (ley de autoamnistía incompatible con CADH), siempre citado, a lo largo de los años, por otros tribunales internacionales. Por ejemplo, *inter alia*, en su Sentencia del 27.05.2012 en el caso de *Margus versus Croacia*, al determinar la incompatibilidad de leyes de autoamnistía con la normativa de protección de los tratados de derechos humanos (párrs. 131, 135 y 138), la CtEDH citó cuatro párrafos del *leading case* de la *jurisprudence constante* de la CtIADH sobre la materia, i.e., su célebre Sentencia del 14.03.2001 en el caso de *Barrios Altos versus Perú* (párr. 60). Además, la CtEDH citó un párrafo de mi propio Voto Concurrente en la Sentencia de la CtIADH en el caso de *Barrios Altos* (párr. 60).

Los dos tribunales internacionales (CtIADH y CtEDH) comparten así, hoy día, el entendimiento de que tales amnistías son incompatibles con las disposiciones de las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos. Hay otros ejemplos en el mismo sentido por parte de otros tribunales internacionales, v.g., la decisión (*ordonnance*) del 15.04.2010 del Tribunal Especial para el Líbano que, por su parte, también se refirió, *inter alia*, a la Sentencia de la CtIADH en el caso de *Barrios Altos versus Perú* (del 14.03.2001), además de la Sentencia de la CtIADH en el caso de *Goiburú y Otros versus Paraguay* (del 22.09.2006) (párrs. 24 y 29)[11].

Paralelamente a la nueva Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CtAfDHP - operando a partir de 2006), también la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (ComAfDHP) se ha ocupado de los casos relativos al *Pueblo Indígena Endorois versus Kenya*. En su decisión al respecto (del 04.02.2010) determinó que el desplazamiento forzado del Pueblo Indígena Endorois de su tierra tradicional (para el desarrollo del turismo) se dio en violación de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Cabía al Estado demandado - agregó - asumir la responsabilidad de "crear condiciones favorables al desarrollo de un pueblo", que, en el presente caso, "no proveyó adecuadamente a los Endorois" (para. 298). Para llegar a su decisión, la ComAfDHP trazó paralelos con la Sentencia de la CtIADH en el *leading case* de *Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua* (2001); también hizo referencias a las Sentencias de la CtIADH en los casos de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (2005), de la *Comunidad Yakye Axa versus Paraguay* (2005), de la *Comunidad Sawhoyamaxa versus Paraguay* (2005), y del *Pueblo Saramaka versus Suriname* (2007).

Hay, además, otras decisiones de la CtIADH, sobre cuestiones distintas, que también se revisten del mismo carácter pionero. Por ejemplo, a partir del *daño al proyecto de vida* (v.g., caso de los *Niños de la Calle versus Guatemala*, 1999-2001), conceptualicé, además, lo que denominé el *daño al proyecto de pos-vida*, o daño espiritual (v.g., caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname*, fondo, 2005)[12]. La dimensión intertemporal marcó así presencia, también, en las relaciones de los vivos con sus muertos (tan marcantes en culturas más antiguas); en mi Voto Razonado en el caso de la *Comunidad Moiwana* (Sentencia del 15.06.2005), propuse, en las circunstancias del *cas d´espèce*, ir más allá del daño moral, dada la configuración, en mi percepción, del referido "daño espiritual" (párrs. 71-81). Quizás este punto venga a ser retomado en el futuro en la jurisprudencia internacional. Así lo espero.

Mediante su fertilización jurisprudencial, los tribunales internacionales de derechos humanos han contribuido a la universalidad del derecho convencional sobre la salvaguardia de los derechos humanos. En efecto, el referido caso de la *Comunidad Moiwana* decidido por la CtIADH también tuvo repercusión internacional. Así, en sus dos Sentencias del 06.06.2013, tanto en el caso *Maskhadova y Otros versus Rusia* (párrs. 148-150) como en el caso *Sabanchiyeva y Otros versus Rusia* (párrs. 94-96), la CtEDH hizo referencia a la Sentencia de la CtIADH (del 15.06.2005) en el caso de la masacre de los miembros de la *Comunidad Moiwana*.

La CtEDH recordó que, ocho años antes, la CtIADH había alertado para la necesidad de respetar los restos mortales de las víctimas fatales, para que recibieran un entierro honorable[13]. Los ritos funerarios deberían realizarse en conformidad con la tradición N´djuka, de modo a evitar "enfermedades espiritualmente causadas", e incurables por sí mismas, pudiendo "persistir por generaciones", a no ser que "resueltas a través de medios ceremoniales culturales" (párrs. 148 y 94, respectivamente).

La CtEDH además recordó la determinación de la CtIADH de que "una de las mayores fuentes de sufrimiento" de los miembros de la Comunidad Moiwana residía en el hecho de que sus miembros "no sabían que había acontecido con los restos de sus seres amados", y, en consecuencia, "no podían honrarlos y enterrarlos en conformidad con las normas fundamentales de la cultura N´djuka[14]". La CtIADH entonces decidió - como en fin recordado por la CtEDH en sus Sentencias de 2013 en los mencionados casos *Maskhadova* y *Sabanchiyeva* - que el Estado demandado tenía, como parte de la otorga de satisfacción equitable, "recuperar prontamente los restos mortales" de los miembros de la Comunidad Moiwana asesinados en la masacre de 1986, y, en caso de ser encontrados, entregarlos prontamente a los miembros sobrevivientes de la Comunidad, "para que los muertos pudieron ser honrados en conformidad con los rituales de la culture N´djuka" (párrs. 150 y 96, respectivamente).

Para evocar otro ejemplo significativo, en el caso de *Varnava y Otros versus Turquía* (Sentencia del 18.09.2009), atinente al desaparecimiento forzado de personas, la CtEDH tomó en cuenta las Sentencias de la CtIADH en los casos de *Blake versus Guatemala* (1996-1998) y de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador* (2004-2005) (párrs. 93-97, 138 y 147), y concluyó, en resumen, por la ocurrencia, en el *cas d'espèce,* de una "violación continuada" de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH - artículos 2-3 y 5).

Significativamente, la CtEDH dio a público, a mediados de 2012, un informe (actualizado desde entonces) acerca de las *cross-references*, contenidas en su propia jurisprudencia, a la de la CtIADH[15]. Es esta una señal inequívoca de la importancia atribuida a las convergencias jurisprudenciales existentes en la labor de ambos tribunales internacionales de derechos humanos. Así como la CtEDH y la CtIADH, también la CtAfDHP viene, en los últimos años, se dedicando a la fertilización jurisprudencial. En el período de 2014 a 2016 en particular, v.g., la CtAfDHP, en sus Sentencias en casos sucesivos,

se ha referido a algunas decisiones pioneras de la CtIADH.

Por ejemplo, en el caso *N. Zongo versus Burkina Faso* (2014), la CtAfDHP hizo referencias, *inter alia*, a las Sentencias de la CtIADH en los casos de *Barrios Altos versus Perú* (2001), *Caracazo versus Venezuela* (1999), *Bulacio versus Argentina* (2003), *Cantoral Benavides versus Perú* (2000-2001), *Goiburú y Otros versus Paraguay* (2006), entre otras[16]; en el caso *Thomas versus Tanzania* (2015), la CtAfDHP se refirió a las Sentencias de la CtIADH en los casos *Suárez Rosero versus Ecuador* (1997), *Ximenes Lopes versus Brasil* (2005-2006), y *Masacres de Ituango versus Colombia* (2006)[17]; en el caso *I.V. Umuhoza versus Rwanda* (2016), la CtAfDHP hizo referencias a las Sentencias de la CtIADH en los casos *Ivcher Bronstein* y *Tribunal Constitucional versus Perú* (competencia, 1999)[18]; y hay otras ilustraciones al respecto[19].

Otro avance jurisprudencial de la CtIADH, en la época de mi Presidencia, residió en la construcción jurisprudencial en el *ciclo de casos de masacres*,[20] a partir de su Sentencias iniciales en los casos de *Barrios Altos versus Perú* (2001) y de *Caracazo versus Venezuela* (1999 y 2002), seguidos de tantos otros[21]. Su contribución se extendió, desde las bases de la responsabilidad internacional, a las consecuencias jurídicas de la responsabilidad internacional *agravada* para las reparaciones. Dada la complejidad de estos casos, la CtIADH se concentró en la determinación de la condición de víctima, en nuevo desarrollo jurisprudencial a este respecto: la CtIADH procedió a la identificación - inclusive subsiguiente[22] - y categorización de las víctimas con el debido cuidado, para no dejar de incluir ninguna de ellas, para los efectos de reparaciones (a los familiares próximos).

Este ciclo de casos también vino a revelar la interacción entre las jurisdicciones internacional y nacional en el dominio de la protección de los derechos humanos. En relación con las masacres ocurridas en Guatemala, y en seguida en Perú, la determinación de la responsabilidad internacional del Estado (a nivel internacional) inclusive *precedió* la determinación (a nivel nacional) de la responsabilidad penal de dos Jefes de Estado (Ríos Montt y A. Fujimori); la jurisdicción internacional llegó aún a prestar asistencia a la nacional en épocas de violenta represión, - como examinado en mi libro de memorias de la CtIADH[23].

VI. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE REPARACIONES EN TODAS SUS FORMAS, Y SU IRRADIACIÓN

Durante mis años de labor aquí en la CtIADH, construimos una jurisprudencia de vanguardia en materia de reparaciones, en todas sus formas, hoy reconocida por otros tribunales internacionales[24]. Son muchos los ejemplos, pero me limitaré en esta ocasión a tan sólo dejar constancia de esta valiosa contribución de nuestra querida CtIADH, - mayor que la de cualquier otro tribunal internacional en la actualidad, - a este importante dominio del derecho internacional, que todavía requiere más desarrollos.

Recuérdese, v.g., que en su Sentencia (del 22.11.2005), en el caso de *Gómez Palomino versus Perú*[25], después de ordenar una serie de medidas de reparación[26], la Corte las situó - particularmente un programa de educación que ordenó - en el plano intergeneracional, por el impacto que tienen las violaciones graves de derechos humanos en las nuevas generaciones (párr. 146). En mi Voto Razonado en el caso *Gómez Palomino*, ponderé que

> "Todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de los derechos humanos requiere un mayor desarrollo conceptual y jurisprudencial, a partir del reconocimiento de la estrecha relación entre el derecho a la reparación y el derecho a la justicia. Tal desarrollo se impone particularmente ante violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, - como la revelada en el presente caso (...), - que requieren reparaciones de cuño disuasivo, precisamente para garantizar la no-repetición de las graves violaciones de los derechos humanos. (...)

En su presente Sentencia en el caso *Gómez Palomino*, la Corte Interamericana ha ordenado, como una de las medidas de reparación, como forma de *satisfacción*, que se otorguen `medidas de reparación educativa´ a los hermanos de la víctima, o, si así lo prefieren, a sus hijos e hijas, incluyendo becas de estudio, de educación primaria, secundaria y superior[27]. (...) Las medidas educativas en derechos humanos (...), de ese modo, (...) son también medidas preventivas, contra la violencia y los abusos contra la persona humana. (...)" (párrs. 3, 11 y 13).

Uno de los avances pioneros de la construcción jurisprudencial de la CtIADH en materia de reparaciones, se encuentra en su Sentencia sobre reparaciones (del 22.02.2002) en el caso de *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, en la cual la Corte, después de señalar que inclusive la determinación de reparación pecuniaria se hace "en términos de equidad", pasó a otras formas de reparaciones no-pecuniarias en términos de determinadas *obligaciones de hacer* (párrs. 56, 60, 73, 78 y 81-85). Significativamente, en la parte resolutiva de esta Sentencia pionera, la CtIADH ordenó, *en primer lugar*, cuatro reparaciones no-pecuniarias en forma de obligaciones de hacer (puntos resolutivos 1-4), y, solamente *después*, reparaciones pecuniarias (puntos resolutivos 5-7).

Quedó así resaltada la importancia de reparaciones no-pecuniarias, en distintas formas (inclusive obligaciones de hacer), inclusive en relación con violaciones *graves* de los derechos de la persona humana. En una conferencia que ministré, por invitación del Tribunal Penal Internacional (TPI), en su sede en La Haya, el 10.11.2009, destaqué, además de las distintas formas de reparación (*restitutio in integrum*, compensación, satisfacción, rehabilitación de las víctimas, garantía de no-repetición de los hechos lesivos), otros puntos que también me parecían ser de interés al TPI, a saber: investigación y sanción; d) masacres e identificación de las víctimas; dimensión temporal e intergeneracional[28].

La construcción jurisprudencial de la CtIADH sobre la materia se ha irradiado en la jurisprudencia de otros tribunales internacionales, como ejemplificado por la del propio TPI. En efecto, el TPI/Pre-*Trial Chamber* I, en su decisión inicial (sobre confirmación de acusaciones criminales del 29.01.2007) en el caso de *Th. Lubanga Dyilo* (situación en R.D. Congo), al abordar cuestiones probatorias, se refirió, *inter alia*, a las Sentencias de la CtIADH en el caso de *Aloeboetoe et alii versus Suriname* (reparaciones, del 10.09.1993), y en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (reparaciones, del 19.11.2004) (párrs. 112-113).

En seguida, en su Sentencia (del 07.08.2012) en el mismo caso *Th. Lubanga Dyilo*, al determinar los principios y procedimientos a aplicarse a reparaciones, el Tribunal Penal Internacional (TPI/*Trial Chamber*) volvió a referirse, v.g., en cuanto a los beneficiarios de reparaciones, a la Sentencia de la CtIADH (del 21.07.1989) en el caso de *Aloeboetoe et alii versus Suriname* (párr. 195 n. 386). En cuanto al ámbito alcance de las reparaciones, el TPI observó que las "reparaciones individuales y colectivas no son mutualmente excluyentes, y pueden ser otorgadas concomitantemente", y se refirió, a ese respecto, a la Sentencia (del 15.06.2005) de la CtIADH en el caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (párr. 220 n. 406). En cuanto a la otorga de compensación, el TPI se refirió a una serie de decisiones tanto de la CtIADH como de la CtEDH (párrs. 229-230).

En cuanto a la *rehabilitación de las víctimas*, el TPI se refirió a las decisiones de la CtIADH en el *ciclo de casos de masacres*, tales como, v.g., las Sentencias de la CtIADH del 15.09.2005 en el caso de la *Masacre de Mapiripán versus Colombia*, y del 19.11.2004 en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (párr. 233 n. 422)[29]. Y en cuanto a otras modalidades de reparaciones, el TPI evocó las decisiones de la CtIADH, v.g., en el mismo caso de la *Masacre de Plan de Sánchez*, así como en los casos de *Juan Humberto Sánchez versus Honduras* (del 07.06.2003), y de *Tibi versus Ecuador* (del 07.09.2004) (párr. 237 n. 426).

Otro ejemplo de la irradiación de la referida construcción jurisprudencial de la CtIADH se encuentra en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. En el caso *A.S. Diallo* (Guinea *versus* R.D. Congo, fondo, Sentencia del 30.11.2010), v.g., la CIJ, por la primera vez en su historia, estableció violaciones de disposiciones de dos tratados de derechos humanos[30], como consecuencia de las detenciones y de la expulsión arbitrarias de su país de residencia (R.D Congo) del Sr. A.S. Diallo. Además, también por la primera vez en su historia, la CIJ se refirió expresamente a la jurisprudencia relevante de dos tribunales internacionales de derechos humanos (CtIADH y CtEDH - párr. 68). La CIJ, de ese modo, se movió del plano *inter*estatal, al *intra*-estatal.

En mi extenso Voto Razonado en el referido caso *A.S. Diallo*, enfaticé la relevancia de la nueva posición asumida por la CIJ, e invoqué el *principio de humanidad,* así como el principio *pro persona humana* en la lucha contra las manifestaciones del poder arbitrario. Me permití, además, llamar la atención para la necesidad de determinar las reparaciones en casos congéneres, a partir de la perspectiva de las

propias *víctimas*, los seres humanos (y no de sus Estados respectivos).

Asimismo, en el mismo Voto me referí, *inter alia*, a la hermenéutica de los tratados de derechos humanos (párrs. 82-92), y a la construcción jurisprudencial del derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, con base en el enfoque avanzado y pionero propugnado por la CtIADH en su Opinión Consultiva n. 16 (1999) sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, dando testimonio del proceso corriente de humanización del derecho consular[31].

Posteriormente, al proceder a la determinación de las reparaciones en el mismo caso *A.S. Diallo* (la Sentencia del 19.06.2012), la CIJ fue correctamente más allá de la dimensión estrictamente interestatal, al ordenar la reparación de los daños sufridos por el Sr. A.S. Diallo como individuo, establecidos en su Sentencia anterior sobre el fondo (*supra*). Al ordenar la reparación debida al Sr. A.S. Diallo (párr. 57), la CIJ tomó en debida cuenta la importante experiencia al respecto de otros tribunales internacionales contemporáneos, en particular las de la CtIADH y la CtEDH, - tal como busqué demostrarlo en mi nuevo Voto Razonado (párrs. 60-73), juntado a esta nueva Sentencia de la CIJ.

Me concentré, en este nuevo Voto, en la posición de los individuos como sujetos del derecho internacional contemporáneo y, consecuentemente, como *titulaires* del derecho a la reparación por los daños sufridos (párrs. 4-101). En el *cas d´espèce*, - precisé, - el sujeto del derecho a las reparaciones es el ser humano (el Sr. A.S. Diallo), y no un Estado (su Estado de origen o nacionalidad). Los individuos, al igual que los Estados y las organizaciones internacionales, son sujetos del derecho internacional.

VII. LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES Y LA HUMANIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO

Ya me referí, en la presente ceremonia de hoy, 30 de enero de 2018, aquí en la sede de la CtIADH en San José, a las actuales dificultades y los nuevos desafíos en la protección internacional de los derechos humanos (cf. *supra*). Pronto haré lo mismo en la sede de la CtEDH en Estrasburgo, en otro evento programado para el 08 de marzo próximo. Sin embargo, quisiera concluir mi conferencia de hoy en un tono de confianza, centrando mis reflexiones finales en el rol de los tribunales internacionales en el proceso histórico en curso de la humanización del derecho internacional[32] .

En efecto, los tribunales internacionales contemporáneos han, de inicio, contribuido a un ordenamiento jurídico internacional más estable, con mayor precisión en relación con el derecho internacional consuetudinario[33]. Han, además, ampliado la aptitud del derecho internacional contemporáneo en el dominio de la solución pacífica de controversias, a niveles tanto *inter*estatal como *intra*-estatal. Con esto, han dado su contribución a la expansión de la jurisdicción internacional (gradualmente tornándose compulsoria), así como de la responsabilidad internacional, y de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales.

Los tribunales internacionales contemporáneos han propiciado el acceso a la justicia internacional de un número creciente de individuos *justiciables* alrededor del mundo, como sujetos tanto pasivos (ante tribunales penales internacionales) como activos (ante tribunales internacionales de derechos humanos) del derecho de gentes. El derecho de acceso a la justicia *lato sensu* - propio al Estado de Derecho - no se limita al acceso formal: también lo integran las garantías del debido proceso legal, y el fiel cumplimiento de la sentencia[34]. En otra decisión pionera, en el caso *Baena Ricardo y Otros vs. Panamá* (2003), la CtIADH fue muy clara al sostener que la supervisión del cumplimiento o ejecución de sus sentencias es atinente al *rule of law* (*préeminence du droit*), en los planos nacional e internacional.

Cada uno de los tribunales internacionales retiene su importancia en su respectivo dominio de operación. Aunque sus jurisdicciones sean distintas, tienen la misión común de realización de la justicia[35]. La operación necesariamente coordinada y harmónica de los tribunales internacionales contemporáneos es propia de nuestra época, En relación con la protección de los vulnerables en particular, el *principio de humanidad* pasa a permear la jurisprudencia internacional, inclusive la de la propia CIJ[36].

En el dominio de protección de la persona humana, la solución judicial de controversias internacionales es necesaria como garantía contra la interpretación unilateral por un Estado de obligaciones convencionales. La posición central es ocupada, en el presente dominio, por la persona humana, teniendo presentes los fines humanos del Estado. El referido principio de humanidad, como expresión de la *raison d´humanité*, impone límites a la *raison d´État*.

La atención aquí se concentra en las necesidades de protección y de reparación a las personas afectadas, a la luz del principio de humanidad. Esto se encuentra en la línea de la idea de *rectitud* (en conformidad con la *recta ratio* - conciencia humana), subyacente a la concepción del Derecho (en sistemas jurídicos distintos - *Derecho/Direito/Droit/Right/Diritto/Recht*) como un todo. Derecho y justicia son inseparables, no hay como disociar uno del otro. Estamos aquí ante un *corpus juris* de protección, orientado hacia las víctimas.

Los tribunales internacionales contemporáneos, en sus esfuerzos legiferantes, no sólo vienen aplicando, sino también creando, en mi percepción, un derecho *objetivo*, más allá de la voluntad o consentimiento de los Estados individuales, en un renacimiento del pensamiento jusnaturalista. Al fin y al cabo, los fundamentos básicos del derecho internacional emanan en última instancia de la conciencia humana, de la conciencia jurídica universal, y no de la "voluntad" de Estados individuales[37]. A la luz de todo lo que precede, la realización de la justicia a nivel internacional ha así asumido una dimensión bien más amplia.

En resumen, en la presente era de los tribunales internacionales, se han logrado notables avances, y la expansión de la jurisdicción internacional ha sido acompañada, como ya señalado, de un aumento considerable en el número de *justiciables*; a éstos, se ha asegurado el acceso a la justicia, en distintos dominios del derecho internacional, y en las más diversas situaciones, inclusive en circunstancias de la mayor adversidad, y aún mismo de indefensión.

Los tribunales internacionales contemporáneos, en su misión común de realización de la justicia, han estado prestando un servicio a la humanidad.

Aun así, todavía resta un largo camino a recorrer. De todos modos, la contribución jurisprudencial de la CtIADH de mi época - por la cual puedo responder - ha, en mi percepción, servido de inspiración a nuevos desarrollos al respecto. Es lo que ejemplifican, *inter alia*, e.g., sus históricas Opiniones Consultivas n. 16, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), y n. 18, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (2003)[38].

Quisiera, al final de este mensaje, reiterar a toda la querida CtIADH, en la persona de su Presidente, Juez Eduardo Ferrer MacGregor Poisot, mi gratitud por la ocasión que me han proporcionado de compartir estos momentos de reflexiones con Ustedes. Al concluir, permítome presentarles, a todos Ustedes aquí presentes, - Jueces y ex-Jueces de la CtIADH, autoridades públicas y cuerpo diplomático, y personal de la CtIADH, - mis sinceros agradecimientos por la fina atención con que me han distinguido en la ocasión de esta ceremonia, y mi confianza en poder continuar a alimentar la fe y la esperanza de que esta visión universalista y humanista que sostengo - y que vengo de transmitir a Ustedes - para la construcción de un mundo con más justicia continuará a ser cultivada por las nuevas generaciones de estudiosos de nuestra disciplina.

NOTAS

1. Conferencia de apertura del nuevo año judicial de 2018 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, proferida por el Autor, en su sede, en San José de Costa Rica, el 30 de enero de 2018.
2. Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 4ª. ed., Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2017, pp. 1-441.
3. En cuanto a su contenido, cf. *ibid*., pp.32-35 y 120-129.
4. Cf. A.A. Cançado Trindade (relator), *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*), vol. II, San José/C.R., Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 1-669 (1a. ed.); San José/C.R., CtIADH, 2003, pp. 1-1015 (2a. ed.).
5. Cf. A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-445; A.A. Cançado Trindade, *El Agotamiento de los Recursos Internos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos,* San José/C.R., Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Serie para ONGs, vol. 1), 1991, pp. 1-60; A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327.
6. Para un estudio reciente al respecto, cf. A.A. Cançado Trindade, *O Regime Jurídico Autônomo das Medidas Provisórias de Proteção*, La Haya/Fortaleza, IBDH/IIDH, 2017, pp. 13-348.
7. Cf. 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 y M.E. Footer), Oxford/Portland, Hart Publ., 2015, pp. 343-347; A.A. Cançado Trindade, "La réaffirmation contemporaine de l´universalité des droits de l´homme: quelques réflexions", *in L´Afrique et le droit international: Variations sur l´organisation internationale - Liber Amicorum R. Ranjeva*, Paris, Pédone, 2013, pp. 445-459; A.A. Cançado Trindade, "Universalismo e Regionalismo nos Direitos Humanos: O Papel dos Organismos Internacionais na Consolidação e Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Proteção Internacional", *in Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 13, Madrid, 1997, pp. 99-155; A.A. Cançado Trindade, "The Trans-Atlantic Perspective: The Contribution of the Work of the International Human Rights Tribunals to the Development of Public International Law", *in: The European Convention on Human Rights at 50 - Human Rights Information Bulletin*, n. 50 (Special Issue), Strasbourg, Council of Europe, 2000, pp. 8-9.
8. Isaiah Berlin, *Against the Current - Essays in the History of Ideas*, N.Y., Viking Press, 1980, pp. 1-355.
9. Cf. A.A. Cançado Trindade, "La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*", *in XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA (2008), pp. 1-15.
10. Para un relato, cf. A.A. Cançado Trindade, "Quelques réflexions à l´occasion de la première Réunion des trois Cours régionales des droits de l´homme", 9 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2009) pp. 229-239.
11. El Tribunal Especial para el Líbano también se refirió a algunos de mis propios Votos Disidentes y Razonados en sucesivas Sentencias de la CtIADH (párr. 29).
12. Para un estudio, cf. A.A. Cançado Trindade, "The Right to Cultural Heritage in the Evolving Jurisprudential Construction of the Inter-American Court of Human Rights", *in Multiculturalism and International Law - Essays in Honour of E. McWhinney* (eds. Sienho Yee y J.-Y. Morin), Leiden, Nijhoff, 2009, pp. 477-499.
13. Dado que, entre los N´djukas, y en todas las sociedades de los *Maroon*, la idea de la cremación era considerada "muy ofensiva".
14. Era, así, "comprensible" que los miembros de la Comunidad Moiwana "se quedaron desolados por los informes que indicaban que algunos de los cadáveres habían sido quemados" (párrs. 149 y 95, respectivamente).

15. ECtHR, *Research Report: References to the Inter-American Court of Human Rights in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe/ECtHR, 2012, pp. 1-20.

16. También se refirió la CtAfDHP a las Sentencias de la CtIADH en los casos de los *Masacres de Ituango* (2006) y de *Mapiripán* (2005) *versus Colombia*, - siempre en relación con la conceptualización de "víctima" y reparaciones.

17. En relación con el derecho a una protección legal eficaz.

18. En relación con el pretendido retiro del tratado de derechos humanos.

19. V.g., en el caso *Konate versus Burkina Faso* (2014), la CtAfDHP se refirió a decisiones de la CtIADH en los casos *Herrera-Ulloa versus Costa Rica* (2004), *Palamara Iribarne versus Chile* (2005), y *R. Canese versus Paraguay* (2004), en relación con la cuestión de la compatibilidad de la legislación nacional con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; y en el caso *Onyango versus Tanzania* (2016), la CtAfDHP volvió a referirse a la Sentencia de la CtIADH en el caso *Suárez Rosero versus Ecuador* (1997), en relación con la cuestión de la asistencia jurídica. - Para un examen de esta fertilización jurisprudencial por parte de la CtAfDHP, cf. M. Löffelmann, *Recent Jurisprudence of the African Court on Human and Peoples´ Rights - Developments 2014 to 2016*, Arusha/Tanzania - Eschborn/Alemania, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ), 2016, pp. 1-63, esp. pp. 17, 31, 40-41, 53 y 59.

20. Para un estudio general al respecto, cf. A.A. Cançado Trindade, *La Reponsabilidad del Estado en Casos de Masacres - Dificultades y Avances Contemporáneos en la Justicia Internacional*, *op. cit. infra* n. (28), pp.1-104; A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, *op. cit. infra* n. (28), pp. 1-71.

21. E.g., las Sentencias de la CtIADH en los casos de la *Masacre del Plan de Sánchez* (2004), de la *Masacre de Mapiripán* (2005), de las *Masacres de Ituango* (2006); de la *Masacre de Pueblo Bello* (2006), de *La Cantuta* (2006), de la *Comunidad Moiwana* (2005-2006), de *Montero Aranguren y Outros (Retén de Catia* - 2006), y otros subsiguientes.

22. Guardando relación con los hechos descritos en la petición original.

23. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias…*, *op. cit. supra* n. (1), pp. 5-10, 59-63, 69 e 280-281. Y cf. también, sobre este punto en particular (responsabilidades del Estado y de los dos referidos Jefes de Estado), A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça,*

24 2ª. ed. rev., Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2017, pp. 56-57 e 311-313. Cf., v.g., A.A. Cançado Trindade, "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a Su Jurisprudencia en Materia de Reparaciones", 21 *Revista de Derecho Vox Juris* - Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (2011) pp. 53-72.

25. Enmarcado, como señaló la Corte, en la "práctica sistemática y generalizada" de desaparición forzada de personas en el Estado demandado, en el período 1988-1993, como "mecanismo de lucha antisubversiva" (párr. 54.1-4).

26 Investigación de los hechos y sanción de los responsables, busca de los restos mortales de la víctima y su entrega a sus familiares, publicación de las partes pertinentes de la Sentencia, asistencia médica y psicológica a los familiares de la víctima, y programa de educación.

27. Párrafos 145-146, y punto resolutivo 11 de la Sentencia.

28. El texto de mi referida conferencia en el TPI se encuentra reproducido en mi libro de memorias de la CtIADH; cf. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias …*, *op. cit. supra* n. (1), Anexo IV, pp. 359-386.

29. Para estudios recientes de la adjudicación internacional por la CtIADH de este ciclo de casos de masacres, cf. A.A. Cançado Trindade, *La Responsabilidad del Estado en Casos de Masacres - Dificultades y Avances Contemporáneos en la Justicia Internacional*, México, Edit. Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2018, pp.1-104; y 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, esp. pp. 695-699.

30. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, además del artículo 36(1) (b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (párrs. 64-97).

31. Para un estudio, cf. A.A. Cançado Trindade, "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American Court of Human Rights on International Case-Law and Practice", 6 *Chinese Journal of International Law* (2007) n. 1, p. 1-16. - En el mismo Voto Razonado, expresé en fin mis esperanzas de avances hacia una nueva era de adjudicación internacional de casos de derechos humanos por la CIJ (párrs. 232-245).

32. Es este un tema que me viene acompañando de cerca a lo largo de los años; cf., v.g., mis libros: A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª. ed. rev., Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2015, pp. 3-789; A.A. Cançado Trindade, *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*, México, Edit. Porrúa/IMDPC, 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; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368.

33. Cf. L. Caflisch y A.A. Cançado Trindade, "Les Conventions Américaine et Européenne des Droits de l´Homme et le droit international général", 108 *Revue générale de Droit international public* (2004) pp. 5-62 ; y cf. también F. Vanneste, *General International Law before Human Rights Courts*, Antwerp/Oxford, Intersentia, 2010, pp. 203-205, 574-575 y 577-579.

34. Cf., sobre la materia, A.A. Cançado Trindade, *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, 2ª. ed., Santiago de Chile, CECOH/Librotecnia, 2012, pp. 79-574.

35. A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Búsqueda de la Realización del Ideal de la Justicia Internacional", *in Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz / Vitoria-Gasteizko Nazioarteko Zuzenbidearen eta Nazioarteko Harremanen Ikastaroak* - Universidad del País Vasco (2010) pp. 17-95.

36. Cf., v.g., A.A. Cançado Trindade, "Reflections on a Century of International Justice: Developments, Current State and Perspectives", 97 *Teisé - Vilniaus Universitetas* - Lituania (2015) pp. 210-229.

37. M.M.T.A. Brus, *Third Party Dispute Settlement in an Interdependent World*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, pp. 142 and 182-183; A.A. Cançado Trindade, "La *Recta Ratio* dans les Fondements du *Jus Gentium* comme Droit International de l´Humanité", 10 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2010) pp. 11-26.

38. Cf. A.A. Cançado Trindade, «Le déracinement et la protection des migrants dans le Droit international des droits de l´homme», 19 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* - Bruxelles (2008) n. 74, pp. 289-328.

EL LEGADO Y LA NECESARIA PRESERVACIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

(Comunicación a la Ceremonia de Celebración del 40 Aniversario de la Corte, 18-19 de julio de 2018)

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; Doctor *Honoris Causa* de diversas Universidades en América Latina, Europa, y Asia; Miembro Titular del *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, y del *Institut de Droit International*.

- I -

Quisiera, de inicio, extender a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), en la persona de su Presidente, Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, mis más sinceros agradecimientos por la gentileza de la invitación para comparecer a la ceremonia de celebración, los días 18-19 de julio de 2018, del 40 aniversario de la creación de nuestra querida CtIADH. En razón de mi imposibilidad, dado el volumen de trabajo aquí en la Corte Internacional de Justicia, de trasladarme en estos días de La Haya a la sede de la CtIADH en San José de Costa Rica, como a mí tanto me gustaría, vengo, mediante la presente comunicación, en adición a mi mensaje del 26 de junio de 2018, asociarme a esta conmemoración.

De todos modos, al inicio del presente año, tuve la grata satisfacción de atender al otro honroso convite que me hizo el Presidente de la CtIADH, y de comparecer a la ceremonia inaugural, el 30 de enero de 2018, dónde proferí la conferencia de apertura del presente año judicial, en la sede de la CtIADH en San José de Costa Rica. Con esto, me siento más tranquilo en haber podido visitar la CtIADH, después de más de una década de la conclusión de mis labores en ella. Al fin y al cabo, la CtIADH es de la mayor relevancia en mi vida, y por eso la tengo siempre presente y acompaño atentamente su trayectoria histórica.

- II -

Hace cerca de dos décadas, en una ceremonia conmemorativa (del 22.11.1999) como la presente, de 18-19.07.2018, en el mismo Teatro Nacional en San José de Costa Rica, tuve la ocasión de identificar, en el umbral del nuevo siglo, en mi discurso como entonces Presidente de la CtIADH, cuatro providencias a ser entonces tomadas, en los planos del derecho tanto internacional como interno, para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos, a saber:

a) la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), o adhesión a la misma, por todos los Estados de la región;

b) la adopción de las medidas nacionales indispensables de implementación de la CADH, de modo a asegurar la aplicabilidad directa de sus normas en el derecho interno de los Estados Partes;

c) la aceptación integral de la competencia contenciosa de la CtIADH por todos los Estados Partes en la CADH, acompañada del subsiguiente *automatismo* de la jurisdicción obligatoria de la CtIADH para todos los Estados Partes, sin restricciones;

d) la más amplia participación de los individuos en todo el procedimiento ante la CtIADH, seguido por su acceso directo a la

misma (*locus standi* seguido del *jus standi*), mediante la adopción de un Protocolo Adicional a la CADH con este fin.

Estas providencias siguen dotadas de actualidad, en el momento en que conmemoramos ahora los 40 años de la creación de la CtIADH. Las cláusulas relativas a la jurisdicción obligatoria de la Corte y al derecho de petición individual, necesariamente conjugadas y de importancia capital, constituyen verdaderas *cl*áusulas pétreas de la protección internacional de los derechos humanos. Son ellas que viabilizan el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, el cual representa una verdadera *revolución jurídica*, el más importante legado del pensamiento jusinternacionalista del siglo XX[1].

Los recuerdos de mi época en la CtIADH se encuentran consignados en mi libro "*El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*", hoy en su quinta edición. En el libro examino, en detalles, la memorable construcción, jurisprudencial, así como institucional, alcanzada en la época de mi Presidencia de la Corte (1999-2004). A algunos aspectos de esta construcción también me referí en mi conferencia de apertura, del el 30.01.2018, del presente año judicial de la CtIADH. Transcurrido un semestre, me permito, en esta comunicación, agregar algunos puntos de reflexión sobre la construcción jurisprudencial de la CtIADH.

- III -

Dicha construcción abordó cuestiones de la mayor importancia y trascendencia, tratadas por la Corte durante mis años de labor en su seno, relativas a la *jurisdicción*, al *derecho sustantivo*, al *derecho procesal*, y a la *hermenéutica jurídica*. En cuanto a las cuestiones de *jurisdicción*, en determinadas ocasiones, del tratamiento de dichas cuestiones dependía el propio futuro de la CtIADH. La posición tomada por la CtIADH bajo mi Presidencia, en las Sentencias sobre competencia del 24.09.1999 en los casos de *Ivcher Bronstein* y del *Tribunal Constitucional*, - en los cuales incluso ya se habían realizado actos procesales cuando el Estado demandado intentó "retirarse" de la competencia de la Corte, - sostuvo la integridad de las bases de jurisdicción de la Corte y hoy forma parte de la historia de la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y en el mundo[2].

En las referidas Sentencias, así como en la de los casos *Hilaire*, *Benjamin* y *Constantine* (Sentencias del 01.09.2001), la CtIADH determinó que su competencia no podía estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones, e insistió en su *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción. La Corte misma admitió que no podía abdicar de esta prerrogativa, que era además un deber que le imponía la CADH, para ejercer sus funciones según su artículo 62(3).

De mi parte, siempre a partir de esta visión anti-voluntarista y principista de la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de modo a proporcionar el mayor grado de protección de los seres humanos bajo su jurisdicción, me empeñé - tal como expresado en mis Votos Razonados en aquellos casos - en favor de asegurar la evolución de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria hacia el automatismo de la jurisdicción internacional obligatoria. Dicha posición principista, y no "pragmática", requería que el cumplimiento integral de las sentencias, y de medidas provisionales de protección ordenadas por la Corte, sea integral y no sólo "parcial". En realidad, el verdadero cumplimiento es integral; el así-llamado cumplimiento "parcial" no es un verdadero cumplimiento.

- IV -

En cuanto a las cuestiones de *derecho sustantivo*, de cuño también conceptual y doctrinal, la CtIADH asumió una posición de vanguardia, al sostener, de inicio, el amplio alcance del derecho fundamental a la vida: en un célebre *obiter dictum* en el caso de los "*Niños de la Calle*", fondo, Sentencia del 19.11.1999, la Corte sostuvo que "el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna" (para. 144). Siete años después, en mis Votos Razonados en los casos de desplazamiento forzado interno de las *Comunidades Indígenas Yakye Axa* (2005-2006) y *Sawhoyamaxa* (2006), - que pasaron a sobrevivir en medio a una dramática

marginación o exclusión social, - agregué que la amplia dimensión del derecho a la vida abarca, en el *cas d´espèce*, el derecho a la propia identidad cultural de los victimados.

La jurisprudencia de la CtIADH de mi época dejó claro, en cuanto a las bases de la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos, que existe la responsabilidad internacional *objetiva* del Estado (caso de la "Última Tentación de Cristo", Sentencia del 05.02.2001), así como, en otras circunstancias, la responsabilidad internacional del Estado por *falta* o *culpa* ante *circunstancias agravantes*; dediqué particular atención a este punto en mis Votos Razonados en el ciclo de *casos de masacres*, así como en mis escritos a lo largo de los años[3]. Dediqué, además, todo un capítulo (VII) de mi libro de memorias de la CtIADH, al examen, a partir de su jurisprudencia, de la ocurrencia de verdaderos *crímenes de Estado*[4], así como de la responsabilidad internacional agravada, y de las reparaciones ejemplarizantes o "daños punitivos"[5].

En efecto, durante mis años de actuación en la CtIADH, estuve siempre atento a las consecuencias jurídicas de las violaciones *graves* de derechos humanos, y, desde que asumí la Presidencia de la Corte, busqué orientar su construcción jurisprudencial sobre la ampliación del contenido material del *jus cogens*[6]. A dicha ampliación la CtIADH se dedicó durante este período, y se tornó el tribunal internacional contemporáneo que a ella más contribuyó, seguido del Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia (que concluyó su era de trabajo en fines de diciembre de 2017).

De ese modo, la CtIADH buscó correctamente extender la protección a las personas en situación de la más completa adversidad o vulnerabilidad, si no indefensión. La primera etapa de la memorable ampliación del contenido material del *jus cogens* se dio con la aserción de la prohibición absoluta tanto de la tortura como del trato cruel, inhumano o degradante (a partir del caso *Cantoral Benavides*, Sentencia del 18.08.2000). En seguida, en nueva etapa, la CtIADH expandió el contenido material del *jus cogens*, abarcando también el principio básico de igualdad y no-discriminación: lo hizo en su histórica Opinión Consultiva n. 18 (del 17.09.2003), sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de modo a prohibir cualquier forma de discriminación y asegurar el debido proceso legal a todos, independientemente del estatuto migratorio de cada uno.

Tanto la referida Opinión Consultiva n. 18, como la anterior Opinión Consultiva n. 16 (del 01.10.1999), sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Ámbito de las Garantías del Debido Proceso Legal*, verdaderamente pioneras, tuvieran un gran impacto y amplia repercusión internacional, y contribuyeron al desarrollo progresivo del derecho internacional contemporáneo en la materia[7]. La tercera etapa de esta construcción jurisprudencial consistió en la ampliación del contenido material del *jus cogens* de modo a abarcar, además, el derecho de acceso a la justicia en los planos nacional e internacional (Sentencias en los casos de *Goiburú y Otros*, del 22.09.2006; *Almonacid Arellano*, del 26.09.2006; *La Cantuta*, del 29.11.2006)[8].

Dicha expansión del contenido material del *jus cogens* ha sido de la mayor importancia. Además, desde su razonamiento en el caso de *Castillo Petruzzi y Otros* (Sentencia del 30.05.1999), la CtIADH desarrolló su jurisprudencia atenta al imperativo de la independencia de la judicatura, esencial al Estado de Derecho, de modo a asegurar a todos, aún en las circunstancias más adversas, un verdadero *derecho al Derecho*[9], a niveles tanto nacional como internacional. En cuanto al Estado de Derecho, la CtIADH fue el primer tribunal internacional contemporáneo a determinar, en su Sentencia pionera (del 14.03.2001) en el caso de *Barrios Altos*, la incompatibilidad de la ley de auto-amnistía con la normativa de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); a lo largo de los años otros tribunales internacionales han hecho referencias a dicha Sentencia en el caso de *Barrios Altos*, reconociendo su importancia histórica.

La notable evolución jurisprudencial de la CtIADH en mi época, en reconocimiento del derecho de los individuos de acceso directo a la justicia - integrando el *jus cogens*, - conceptualiza el acceso a la justicia en su amplia dimensión, abarcando las garantías del debido proceso legal, así como la fiel ejecución o cumplimiento de las sentencias[10]. De este modo, dicha construcción jurisprudencial da expresión al advenimiento, en nuestros días, del nuevo primado de la *raison d´humanité* sobre la antigua *raison d´État*, a inspirar el proceso histórico de la *humanización* del derecho internacional[11].

- V -

Pasando a las cuestiones de *derecho procesal*, durante mis dos períodos como Presidente de la CtIADH (1999-2002 y 2002-2004), asumió posición central la cuestión de la posición del individuo ante la CtIADH, como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por designación de mis pares, preparé, como relator de la Corte, el Proyecto de Protocolo a la CADH, que presenté como Presidente de la CtIADH a la Asamblea General y al Consejo Permanente (y la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos) de la OEA sucesivamente, en el período 2001-2003, conteniendo una serie de enmiendas en la línea del *jus standi* de los peticionarios y de la jurisdicción obligatoria de la CtIADH.

En uno de los capítulos (XIII) de mi libro de memorias de la CtIADH se encuentra un relato detallado de toda esta actuación, en el período señalado, en pro del acceso directo de la persona humana a la justicia internacional. Es la tesis que sostuve y sostengo (y al estudio de la cual he dedicado muchos años de mi vida)[12], según la cual la persona humana, como verdadero sujeto del derecho internacional, debe tener acceso directo a los tribunales internacionales contemporáneos de derechos humanos, como la CtIADH. Se trata de una cuestión de la mayor relevancia, también en el plano doctrinal. De ahí la importancia del procedimiento oral y la necesidad de realización de audiencias públicas.

Otra cuestión de gran actualidad, también en el marco del derecho procesal, es la que me he permitido denominar de las dimensiones *horizontal* y *vertical* de las obligaciones *erga omnes* de protección. Aún antes de la adjudicación por la CtIADH de los casos de masacres (cf. *supra*), había yo advertido para la apremiante necesidad del desarrollo doctrinal y jurisprudencial del régimen jurídico de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana (v.g., en mis Votos Razonados en el caso *Blake*, Sentencias sobre el fondo, del 24.01.1998, y sobre reparaciones, del 22.01.1999), destacando de inicio su dimensión *horizontal*, en el sentido de que dichas obligaciones son debidas a la comunidad internacional como un todo; en el marco de la Convención Americana en particular, son obligaciones *erga omnes partes*.

En seguida, en la resolución sobre medidas provisionales de protección en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (del 18.06.2002), me permití señalar, en mi Voto Concurrente, que la obligación de protección por parte del Estado no se limita a las relaciones de éste con las personas bajo su jurisdicción, sino también, en determinadas circunstancias, se extiende a las relaciones entre particulares. Se trata de una auténtica obligación *erga omnes* de protección por parte del Estado de todas las personas bajo su jurisdicción, obligación ésta que crece en importancia en una situación de violencia e inseguridad permanentes. De ahí la dimensión *vertical* de las obligaciones *erga omnes* de protección, vinculando también a los simples particulares en sus relaciones *inter se*, en reconocimiento de los efectos de la CADH *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*)[13].

Posteriormente, en la supracitada Opinión Consultiva n. 18, de trascendencia histórica, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17.09.2003), la CtIADH correctamente sostuvo que los derechos protegidos por la CADH deben ser respetados tanto en las relaciones entre los individuos y el poder público estatal como en las relaciones inter-individuales, siendo aquí exigible el deber de garantía de los Estados Partes bajo el artículo 1(1) de la CADH. La normativa convencional de protección tiene, pues, efectos en relación con terceros (particulares), configurándose así el carácter *erga omnes* de las obligaciones de protección (el *Drittwirkung*).

- VI -

Paso, ahora, a mis ponderaciones sobre las cuestiones de *hermenéutica jurídica*, las cuales se encuentran ineludiblemente presentes en el cotidiano de la operación de todo tribunal internacional. Revístense de gran importancia, en la motivación de las Sentencias y el razonamiento de Opiniones Consultivas y de otras decisiones de los tribunales internacionales, y la CtIADH no hace excepción a esto. Dichas cuestiones de hermenéutica jurídica, muy presentes en mi época en la CtIADH, - las cuales pueden también extenderse al plano del derecho sustantivo o procesal, - son aquí brevemente recordadas desde el enfoque de la labor de interpretación de la Corte.

De inicio, nos dedicamos a la afirmación y al desarrollo de las facultades inherentes de la CtIADH, como maestra de su propia jurisdicción, así como a la hermenéutica integradora de las disposiciones convencionales de protección, y también a las *interacciones* entre el derecho internacional y el derecho interno en materia de protección de los derechos humanos[14]. Además, de mi parte, en mi época en la CtIADH dediqué la mayor atención también a la dimensión temporal en la interpretación y aplicación de la CADH, a la proyección del sufrimiento humano en el tiempo, así como a la vulnerabilidad de las víctimas y sus necesidades especiales de protección.

En el importante caso *Blake* (fondo, Sentencia del 24.01.1998), atinente a la desaparición forzada de personas, la CtIADH, al abordar la responsabilidad y jurisdicción, sostuvo la necesidad de superación de restricciones o limitaciones *ratione temporis*. La CtIADH, además, *amplió* su concepción de víctima, de modo a abarcar también los parientes (próximos) de la persona desaparecida, víctimas de violación del derecho a no ser sometido a trato inhumano (artículo 5 de la CADH), y del derecho de acceso a la justicia *lato sensu* (abarcando los artículos 25 y 8 de la CADH). Así, los parientes próximos de N. Blake eran también víctimas, *en su derecho propio*, de su desaparición forzada.

En mi Voto Razonado en el mismo caso *Blake*, anexado a dicha Sentencia de fondo, enfaticé que la desaparición forzada de personas constituía una violación grave y compleja de derechos humanos, además de ser una *violación continuada o permanente* hasta que se determinara el paradero de la víctima desaparecida. Ponderé, además, que, en dicha situación continuada propia de la desaparición forzada de personas, las víctimas son tanto el desaparecido (víctima principal) como sus familiares, pues la indefinición generada por la desaparición forzada sustrae a todos de la protección del derecho. Y señalé que la forma compleja de violación de múltiples derechos humanos que representa el delito de desaparición forzada de persona tiene como ineluctable consecuencia la *ampliación de la noción de víctima* de violaciones de los derechos protegidos.

En mi subsiguiente Voto Razonado en la etapa siguiente del caso *Blake* (reparaciones, Sentencia del 22.01.1999), insistí en la necesidad de consolidar el "régimen internacional contra violaciones *graves* de derechos humanos", a la luz de las normas perentorias del derecho internacional (*jus cogens*) y de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección de la persona humana. Por medio de tal desarrollo, - acrecenté, - se habrían de superar los obstáculos de los dogmas del pasado.

En seguida, también en el caso *Bámaca Velásquez* (fondo, Sentencia del 25.11.2000), la CtIADH volvió a señalar que las desapariciones forzadas violan una serie de derechos protegidos bajo la CADH: además de la persona desaparecida, en violación del artículo 4 de la CADH (derecho a la vida), los familiares de la víctima fatal son, ellos propios, víctimas de trato cruel e inhumano, debido a la falla de las autoridades de investigar, al tratamiento de los restos (mortales), entre otros factores.

También en el caso *Trujillo Oroza* (reparaciones, Sentencia del 27.02.2002), la CtIADH procedió a examinar la "situación continuada" de la desaparición forzada de la víctima fatal, y llamó atención a la intensidad de los sufrimientos de sus parientes próximos: agregó que el desconocimiento continuado del paradero de la persona desaparecida es una forma de trato cruel, inhumano y degradante de sus parientes próximos, y consideró que la entrega de los restos mortales de la víctima es *per se* un acto de justicia y reparación, al tornar posibles el entierro y el honor a la memoria de la víctima fatal.

Hay, además, dos áreas en particular, en que la construcción jurisprudencial de la CtIADH en mi época procedió a otra valiosa contribución, que vino a ser seguida por otros tribunales internacionales contemporáneos, a saber: primero, en cuanto a la dimensión preventiva, el carácter vinculante y la expansión de las medidas provisionales de protección; y segundo, también la necesaria determinación de las prontas reparaciones, en todas sus formas, debidas a las víctimas.

A lo largo de los años, desde mi época de labor en la CtIADH, he venido elaborando y desarrollando la conceptualización de lo que denomino el *régimen jurídico autónomo* de las medidas provisionales de protección, dotado de elementos componentes propios, a saber: los derechos a ser protegidos, las obligaciones correspondientes, la pronta determinación de la responsabilidad (en caso de incumplimiento de las medidas), con todas sus consecuencias jurídicas, abarcando el deber de reparación de daños.

Los derechos y obligaciones atinentes a las medidas provisionales de protección no son necesariamente los mismos que los concernientes al fondo de los casos. La pronta configuración de la responsabilidad con todas sus consecuencias jurídicas no necesita esperar por la decisión del Tribunal en cuanto al fondo del *cas d´espèce*. En mi entendimiento, la propia noción de víctima (o víctima potencial) marca presencia ya en esta etapa de medidas provisionales de protección, independientemente de la decisión en cuanto al fondo[15].

Del mismo modo, desde mis años en la CtIADH hasta la fecha, he venido sosteniendo la necesaria determinación de las reparaciones, individuales y colectivas, en todas sus formas[16], con atención debida a las circunstancias de cada caso concreto. Es de la mayor iimportancia la preservación del legado de esta construcción jurisprudencial de la CtIADH, - en cuanto a medidas provisionales de protección y a reparaciones en todas sus formas, - que tanto impulsé, y que hoy día se proyecta en la jurisprudencia sobre la materia de otros tribunales internacionales.

- VII -

Procedo, ahora, a mis breves consideraciones finales. Hoy, al aproximarnos del final del segundo decenio del siglo XXI, vivimos en un mundo inmerso en profunda crisis de valores, palco de continuadas y nuevas formas de crueldades perpetradas contra la persona humana en todos los continentes. Pero también hemos logrado avances en las cuatro últimas décadas de existencia de la CtIADH, que hay que preservar y ampliar. Tengo confianza - como lo señalé el 30 de enero último, en mi conferencia inaugural en la sede de la CtIADH, - en que las decisiones pioneras de la Corte de mi época seguirán siendo cultivadas, y su memorable construcción jurisprudencial será preservada y seguirá adelante.

Al fin y al cabo, el más precioso legado que hemos construido, todos los que nos dedicamos en nuestras vidas a la CtIADH, ha sido, a mi juicio, la conquista histórica, definitiva e irreversible, del derecho de acceso *lato sensu* del individuo a la justicia a nivel internacional, como verdadera emancipación del ser humano de todas las formas de dominación o poder arbitrario. El acceso de la persona humana a la justicia internacional, - por el cual seguiremos luchando en distintas latitudes, - es, en última instancia, una manifestación del despertar de la conciencia jurídica universal - la fuente *material* última de todo el Derecho - para las necesidades apremiantes de protección del ser humano[17].

Con esto concluyo mi comunicación a esta ceremonia memorable de celebración del 40 aniversario de la creación de nuestra querida CtIADH, en este año de 2018, también conmemorativo del 70 aniversario de la adopción de las Declaraciones Americana y Universal de los Derechos Humanos, así como de la Convención contra el Genocidio. Hoy, 18 de julio, es un día de confraternización altamente significativo para todos nosotros, Jueces y ex-Jueces de la CtIADH, cuya misión de realización de la justicia incorporamos en nuestras vidas, teniendo en mente también las nuevas y futuras generaciones.

NOTAS

1. Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos,* Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, Évolution du droit international au droit des gens: L´accès des individus à la Justice internationale - Le regard d´un juge, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-188; A.A. Cançado Trindade, "La capacité juridique internationale de l´individu dans le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine", *in Soberanía del Estado y Derecho Internacional - Homenaje al Profesor J.A. Carrillo Salcedo*, Sevilla, Universidades de Sevilla/Córdoba/Málaga, 2005, pp. 293-316; A.A. Cançado Trindade, "The Human Person and International Justice" (W. Friedmann Memorial Award Lecture 2008), 47 *Columbia Journal of Transnational Law* (2008) pp. 16-30.

2. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Entrevista: El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Una Evaluación Histórica (I)", 138 *Ideele - Revista del Instituto de Defensa Legal* - Lima/Perú (junio de 2001) pp. 108-113; A.A. Cançado Trindade, "Entrevista: El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Una Evaluación Histórica (II)", 139 *Ideele - Revista del Instituto de Defensa Legal* - Lima/Perú (julio de 2001) pp. 85-88.

3. Cf., recientemente, A.A. Cançado Trindade, *La Responsabilidad del Estado en Casos de Masacres - Dificultades y Avances Contemporáneos en la Justicia Internacional*, México, Edit. Porrúa/Escuela Libre de Derecho, 2018, pp.1-104; y cf. también 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, "Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte", 70 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2010) pp. 629-699, esp. pp. 695-699.

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

5. Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 5ª. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2018, pp. 59-74.

6. Cf. A.A. Cançado Trindade, "La Ampliación del Contenido Material del *Jus Cogens*", *in XXXIV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2007*, Washington D.C., General Secretariat of the OAS, 2008, pp. 1-15; A.A. Cançado Trindade, "*Jus Cogens*: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Law", *in XXXV Curso de Derecho Internacional del Comité Jurídico Interamericano (2008)*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2009, pp. 3-29.

7. Cf. A.A. Cançado Trindade, "The Humanization of Consular Law: The Impact of Advisory Opinion n. 16 (1999) of the Inter-American of Human Rights on International Case-Law and Practice", 4 *Chinese Journal of International Law* (2007) pp. 1-16; 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.

8. La CtIADH endosó así la tesis que yo venía sosteniendo en su seno ya por dos años, inclusive en otros casos.

9. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, p. 524.

10. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Il Principio di Umanità e la Salvaguardia delle Vittime: Considerazioni sull´Esperienza della Corte Interamericana dei Diritti Umani in Materia di Adempimento di Sentenze e Decisioni", *in Il Principio di Umanità e la Salvaguardia della Persona Umana* (eds. A.A. Cançado Trindade y C. Barros Leal), La Haya/Fortaleza, IBDH/IIDH, 2016, pp. 61-74.

11. Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2ª. ed., Belo Horizonte, Edit. 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; A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, 2ª. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2017, pp. 1-467; A.A. Cançado Trindade, *A Visão Humanista da Missão dos Tribunais Internacionais Contemporâneos*, La Haya/Fortaleza, IBDH/IIDH, 2016, pp. 11-283.

12. Cf., más recientemente, 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*, 2ª. ed., Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2012, pp. 79-574; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368.

13. Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, "Une ère d'avancées jurisprudentielles et institutionnelles: souvenirs de la Cour interaméricaine des droits de l'homme", *in Le particularisme interaméricain des droits de l'homme* (eds. L. Hennebel y H. Tigroudja), Paris, Pédone, 2009, pp. 7-73, esp. pp. 46-51.

14. Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, *Reflexiones sobre la Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos*, Guatemala, Ed. del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, 1995, pp. 3-41; A.A. Cançado Trindade, "A Century of International Justice and Prospects for the Future", *in*: *A Century of International Justice and Prospects for the Future / Rétrospective d´un siècle de justice internationale et perspectives d´avenir* (eds. A.A. Cançado Trindade y D. Spielmann), Oisterwijk, Wolf Publs., 2013, pp. 24-25.

15. Para un estudio reciente al respecto, cf. A.A. Cançado Trindade, *O Regime Jurídico Autônomo das Medidas Provisórias de Proteção*, La Haya/Fortaleza, IBDH/IIDH, 2017, pp. 13-348; y cf. también A.A. Cançado Trindade, "La Expansión y la Consolidación de las Medidas Provisionales de Protección en la Jurisdicción Internacional Contemporánea", *in Retos de la Jurisdicción Internacional* (eds. S. Sanz Caballero y R. Abril Stoffels), Cizur Menor/Navarra, Cedri/CEU/Thomson Reuters, 2012, pp. 99-117; A.A. Cançado Trindade, "Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l´Homme», *in Mesures conservatoires et droits fondamentaux* (eds. G. Cohen-Jonathan y J.-F. Flauss), Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2005, pp. 145-163.

16. Cf. A.A. Cançado Trindade, "El Deber del Estado de Proveer Reparación por Daños a los Derechos Inherentes a la Persona Humana: Génesis, Evolución, Estado Actual y Perspectivas", *in Derecho International de los Derechos Humanos* (*Jurisprudencia Argentina*, fascículo 10 - n. especial, ed. R.E. Gialdino), Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2013, pp. 18-43; A.A. Cançado Trindade, "Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a Su Jurisprudencia en Materia de Reparaciones", 21 *Revista de Derecho Vox Juris* - Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres (2011) pp. 53-72; A.A. Cançado Trindade, "Genesis and Evolution of the State´s Duty to Provide Reparation for Damages to Rights Inherent to the Human Person", *in L´homme et le droit - En hommage au Professeur Jean-François Flauss* (eds. E. Lambert Abdelgawad *et alii*), Paris, Pédone, 2014, pp. 145-179;

17. Cf. A,A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2a. ed. rev., Leiden/The Hague Academy of International Law, 2013, pp. 1-726, esp. cap. VI, pp. 130-162; A,A. Cançado Trindade, *Vers un nouveau jus gentium humanisé - Recueil des Opinions Individuelles*, Paris, L´Harmattan, 2018, pp. 284-301, 563-564, 571-574, 814-815, 820, 987-989, 996 y 1021-1030; y cf, también A,A. Cançado Trindade, "Responsabilidad, Perdón y Justicia como Manifestaciones de la Conciencia Jurídica Universal", 8 *Revista de Estudios Socio-Jurídicos* - Universidad del Rosario/Bogotá (2006) n. 1, pp. 15-36.

LES ARCHIVES DE NUREMBERG : L'HÉRITAGE DU TRIBUNAL DE NUREMBERG ([1])

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juge de la Cour Internationale de Justice (CIJ); Président du Comité de la Bibliothèque de la CIJ; Ancien Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l´Homme; Professeur Émérite de Droit International de l´Université de Brasília, Brésil.

1. C'est à la suite des destructions causées par la seconde guerre mondiale, de l'horreur des atrocités sans précédent commises par les puissances de l'Axe et de la chute du troisième *Reich* que vit le jour le tribunal de Nuremberg, première juridiction pénale internationale à organiser un procès. En août 1945, les quatre puissances alliées (France, Union soviétique, Royaume-Uni et Etats-Unis d'Amérique) avaient signé l'accord de Londres, ouvrant la voie à l'exercice de poursuites judiciaires contre les principaux criminels de guerre devant le Tribunal militaire international (ci-après, le "TMI").

2. Le statut du TMI définissait, en son article 6, trois grandes catégories de crimes, à savoir: a) les crimes contre la paix; b) les crimes de guerre; et c) les crimes contre l'humanité. Les principaux juges du TMI ont été désignés par les quatre puissances alliées. Les 24 accusés, inculpés en tant que "dirigeants, organisateurs, provocateurs ou complices" des crimes définis dans le statut, constituaient un échantillon représentatif de l'élite politique, militaire, diplomatique et économique du régime nazi. Parmi eux, un se suicida avant le début du procès et un autre fut jugé par contumace.

3. Le choix de Nuremberg comme siège des procès était symbolique. La ville était en ruines, mais le bâtiment du tribunal avait survécu presque intact aux bombardements des Alliés. Le nom de "Nuremberg" lui-même évoquait l'Allemagne nazie : c'est là que les tristement célèbres lois de 1935 avaient été promulguées et qu'étaient orchestrés les rassemblements de masse annuels du parti nazi. À l'ouverture du procès, le 20 novembre 1945, l'Europe cherchait à se reconstruire en se fondant sur l'état de droit.

4. Le procès se déroula en 403 séances, tenues sur 216 jours; le TMI rendit son verdict le 1er octobre 1946. Douze accusés furent condamnés à mort (dont l'un - H. Göring - se suicida la nuit précédant son exécution); trois furent condamnés à une peine de prison à vie; quatre autres à de longues peines de prison; et les trois autres furent acquittés. Mais le TMI ne s'est pas arrêté là.

5. De façon significative, le TMI mit également en accusation plusieurs organisations nazies, à savoir, le cabinet du *Reich*, le corps des chefs politiques du parti nazi, la *Schutzstaffel* (SS), le service de sécurité (SD), la police secrète d'Etat (la "Gestapo") et la *Sturmabteilung* (SA) du parti nazi, ainsi que l'état-major général et le haut commandement des forces armées allemandes. Ces mises en accusation s'appuyaient sur l'article 9 du statut du TMI, de manière à ce que, à l'avenir, des juridictions soient compétentes pour poursuivre tout individu affilié à une organisation criminelle avérée. Le TMI conclut ainsi au caractère criminel du corps des chefs politiques du parti nazi, de la Gestapo, de la SS et du SD. J'aimerais m'attarder un peu plus sur ce point.

6. Le procès de Nuremberg a été mené dans un double objectif, à savoir : a) traduire les auteurs des crimes en justice; et b) éduquer la population allemande et aider la société allemande à reconstruire le pays et à faire face au passé. Le procès de Nuremberg n'était donc pas destiné à n'être qu'un événement historique; au-delà de cet aspect, il était destiné à engendrer une nouvelle ère dans laquelle tant les gouvernements que leurs représentants seraient tenus pour responsables de leurs actes. Ce procès fut considéré comme l'occasion de définir la norme à observer par un Etat dans le traitement de sa population.

7. Le procès de Nuremberg en est ainsi venu à représenter dans la mémoire collective bien plus qu'un post-scriptum judiciaire symbolique de la seconde guerre mondiale, marquant les origines du droit pénal international (tel qu'on le connaît aujourd'hui); le statut du TMI et le procès de Nuremberg devaient contribuer à l'évolution du droit international contemporain lui-même. Au lendemain de ce procès historique, la contribution du TMI a rapidement fait l'objet d'une reconnaissance par l'adoption par l´Assemblée Générale des Nations Unies à l'unanimité de sa résolution 95 (I) (du 11 décembre 1946) portant sur la *Confirmation des principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg*, codifiée par la suite, en 1950, par la Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies, qui devait formuler les sept "Principes du droit international consacrés par le statut du tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal" (ci-après, les "principes de Nuremberg").

8. Le TMI lui-même a contribué à la définition des crimes de guerre et à la mise hors la loi des guerres d'agression. Il a de surcroît notamment permis la formulation des infractions visées dans le quatrième chef de l'acte d'accusation, à savoir, les crimes contre l'humanité, et l'exercice de poursuites contre des fonctionnaires de haut rang. Il est ainsi devenu incontestable qu'un individu pouvait être tenu de rendre compte de ses actes en application du droit international et que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité constituaient des infractions pénales en droit international général.

9. Le tribunal de Nuremberg, suivi par celui de Tokyo, comme déjà signalé, a marqué les origines du droit pénal international, tel que nous le connaissons aujourd'hui. Le temps s'est écoulé, et c'est quelque cinq décennies plus tard, dans les années 1990, une fois achevée la guerre froide, que devaient naître ses épigones: tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* (pour l'ex-Yougoslavie - le TPIY , et pour le Rwanda - le TPIR); tribunaux "internationalisés" ou "hybrides" ou "mixtes" (par exemple, la Cour spéciale pour la Sierra Leone - CSSL; les Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens - CETC ; et le Tribunal spécial pour le Liban - TSL; et enfin la Cour pénale internationale (CPI).

10. Deux juridictions internationales *ad hoc* ont déjà achevé leur travail et fermé leurs portes (le TPIR, en 2015, et le TPIY, en 2017), ainsi qu'un tribunal "internationalisé" ou "hybride" (le TSSL, en 2013). Avec toutes les autres juridictions pénales internationales toujours en activité de nos jours, ils auront fait en sorte que l'évolution se poursuive au fil du temps et jalousement veillé sur l'héritage de la juridiction pionnière, le tribunal de Nuremberg, qui continue d'être cultivé de nos jours et continuera de l'être.

11. La réalisation du vieil idéal de justice internationale a considérablement progressé ces dernières années, grâce à l'œuvre de plusieurs tribunaux internationaux contemporains. L'un des aspects les plus importants de cette évolution réside dans l'affirmation et la reconnaissance de la personnalité et de la capacité juridiques internationales de l'être humain en tant que sujet de droit international. Le tribunal de Nuremberg et les juridictions pénales internationales contemporaines y ont apporté leur contribution. Concrètement, la subjectivité de l'individu se manifeste non seulement de manière active (devant les tribunaux internationaux des droits de l'homme), mais également de manière passive (devant les tribunaux pénaux internationaux).

12. Ainsi, l'expansion de la juridiction internationale suit *pari passu* celle de la responsabilité internationale, ainsi que celle de la personnalité et de la capacité juridiques internationales. Les tribunaux internationaux contemporains ont beaucoup contribué à cette expansion dans toutes ses dimensions. La coexistence des tribunaux internationaux contemporains est un phénomène de notre temps qui marque cette deuxième décennie du XXI^{e} siècle.

13. La consolidation des principes de Nuremberg que je viens d'évoquer peut à présent s'appuyer sur un centre de recherche, l'Académie internationale des principes de Nuremberg, créée en tant que fondation en 2014. Le palais de justice de Nuremberg, que j'ai eu l'occasion de visiter en octobre dernier, et dans lequel (dans la salle d'audience 600) s'est tenu le procès historique de Nuremberg, deviendra très prochainement le siège de l'Académie. Des initiatives de ce type - parmi lesquelles figurent la numérisation des archives de Nuremberg dont la garde a été confiée à la Cour internationale de

Justice (CIJ), ici à La Haye, que nous célébrons aujourd'hui - garantissent la préservation de la mémoire, si nécessaire au processus historique d'*humanisation du droit international* actuellement en cours.

14. Les historiens les plus érudits du XX^{e} siècle ont enseigné que, par son œuvre, l'esprit humain est parvenu à défier la fuite du temps, en exprimant ce que nous enseigne la souffrance humaine née de la cruauté et, partant, le véritable sens de l'histoire. Aujourd'hui, 1er février 2018, par la présente cérémonie, ici au Palais de la Paix de La Haye, nous concrétisons, au terme d'un travail de longue haleine mené par le Comité de la Bibliothèque de la CIJ, l'initiative visant à numériser les archives de Nuremberg et à en garantir ainsi la préservation, et nous le faisons en présence des dirigeants des organismes qui ont voulu nous apporter leur soutien, - à savoir, le United States Holocaust Memorial Museum et le Mémorial de la Shoah.

15. Une telle initiative constitue une contribution importante à la cause que nous soutenons, celle de la primauté de la mémoire sur la cruauté humaine. Nous sommes résolument opposés au déni et à la distorsion des faits historiques. Les valeurs humaines fondamentales doivent prévaloir et il convient de continuer à cultiver la mémoire, en l'honneur des millions de victimes d'atrocités et de la cruauté humaine. La fuite du temps est la plus grande énigme de l'existence humaine, intensifiée par la survenance d'atrocités successives. Les victimes occupent à cet égard une place centrale ; c'est sur leur souffrance et sur sa projection dans le temps que nous sommes appelés à nous concentrer, la reconnaissance de la souffrance faisant elle-même partie de la réalisation de ce noble objectif qu'est la réalisation de la justice.

16. Le souvenir de la souffrance des victimes, pour sa part, montre que la tragique vulnérabilité de la condition humaine ne doit pas mener au désespoir, mais bien au contraire, nourrir l'espoir. La mémoire alimente la justice, qui elle-même alimente l'espoir. En ce monde si dangereux dans lequel nous vivons - ou survivons - aujourd'hui, il faut continuer à cultiver la mémoire, la justice et l´espoir. D'où la grande importance de la présente cérémonie qui se déroule aujourd'hui, ici au Palais de la Paix. Merci à tous de votre attention.

NOTES

1. Discours du Président du Comité de la Bibliothèque de la CIJ dans la cérémonie réalisée au Palais de la Paix, La Haye, le 01er février 2018.

DISCURSO DE ABERTURA DO VI CURSO BRASILEIRO INTERDISCIPLINAR EM DIREITOS HUMANOS: DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE (28 DE AGOSTO A 08 DE SETEMBRO DE 2017, EM FORTALEZA, CEARÁ, BRASIL)

César 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; Pós-doutorando em direitos humanos na Universidade de Salamanca.

Senhoras e senhores.

Boa noite, senhoras e senhores. Alegria intensa, banhada da mais pura emoção, é o que sentimos na abertura solene dos cursos interdisciplinares em direitos humanos. Não obstante os obstáculos, de todas as cores e formas, logramos materializar anualmente este projeto que reproduz, em terras de Pinto Martins, Alberto Nepomuceno e Dragão do Mar, a experiência acadêmica iniciada há mais de 35 anos em San José, Costa Rica, pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, da qual participei como aluno nos idos de 1990.

Nesta noite especial, em nome do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos e do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, bem como do Centro de Estudos e Treinamento da Procuradoria Geral do Estado do Ceará e da Faculdade Farias Brito, impõe-se um tributo de gratidão, pelo apoio recebido, a pessoas e instituições, locais, nacionais e internacionais. Foram muitas e por isso mesmo cogitei de não as elencar, pelo justo receio de cometer omissões imperdoáveis. Não resisti, porém, ao dever imperioso de fazê-lo. A Embaixada da Austrália, que patrocinou a quase totalidade de nossas publicações está aqui representada por sua Segunda Secretária, Sra. Abigael Ogada-Qsir, que veio especialmente a este ato inaugural e para quem peço uma salva de palmas. Um agradecimento consignamos igualmente à União Europeia, ao Parlamento Europeu, à Secretaria de Justiça e Cidadania, à Assembleia Legislativa, à Câmara Municipal, à Procuradoria Geral da Justiça, à Justiça Federal, à Fametro, à Casa Militar e ao Jornal O POVO, assim como ao advogado Igor Brandão, responsável pela transmissão ao vivo deste ato inaugural à Rede Latino-americana de Juízes, ao Instituto Interamericano de Direitos Humanos e ao Instituto Colombiano de Direitos Humanos.

Senhoras e senhores. Permitam-me recuar no tempo, a um período anterior à Carta Magna de 1984, quando, no auditório da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Ceará, destaquei, no Seminário "Propostas para a Constituinte", o teor do artigo 11 de Declaração Universal dos Direitos Humanos: "A todo homem devem ser assegurados os direitos econômicos, sociais e culturais (tema do VII Curso) indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade", direitos indivisíveis, universais e interdependentes. Lembro-me de haver citado então a obra seminal de Karel Vasak, jurista tcheco-francês, autor de "A longa Luta pelos Direitos Humanos", em que referia os direitos da solidariedade, o direito à paz, ao desenvolvimento, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e a um ambiente sadio e equilibrado em sua ecologia.

Havendo começado na manhã de hoje, às 8h30, o VI Curso – que tem como eixo central o meio ambiente – conta com um grupo selecionado e heterogêneo de alunos e observadores, de diversas unidades federativas e de outros países, aos quais serão entregues dez publicações, entre as quais cinco coletâneas sobre meio ambiente e direitos humanos, em cinco línguas (português, espanhol, inglês, francês e italiano), coordenadas por mim e pelo Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade. Em seu prefácio assinalamos: A escolha do tema "Direitos Humanos e Meio Ambiente" foi feita ante o reconhecimento de sua importância num tempo em que se exige uma atenção prioritária à preservação de nosso hábitat, perseguindo-se um meio ambiente que seja seguro, equilibrado, sustentável, capaz de asegurar qualidade de vida

e bem-estar a todos e todas, ou seja, aquelas condições fundamentais para uma existência sadia e digna. É precisamente na dignidade de todos os seres humanos onde deve residir o esforço maior de oferecer uma tutela ecológica que se oponha aos constantes danos à natureza, às práticas abusivas que, por exemplo, provocam a poluição (atmosférica, hídrica, sonora, visual etc), aceleram os processos de desertificação, reduzem os recursos naturais e causam mudanças climáticas responsávies por hordas de refugiados ambientais.

Além das obras mencionadas, cumpre aduzir que estamos lançando, neste Curso, o número 16 da revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, também coordenada por mim e pelo Professor Cançado Trindade; o novo livro do Prof. Cançado Trindade "O Regime Jurídico Autônomo das Medidas Provisórias de Proteção" (tema de sua conferência magna esta noite); a obra "Gênero, Meio Ambiente e Direitos Humanos", coordenada por mim e pela Professora Soledad García Muñoz (que organizou comigo as cinco versões anteriores deste Curso e foi recém nomeada, por sua experiência, pela trajetória de sua vida, dedicada aos direitos humanos, a Primeira Relatora DESCA da Comissão Interamericana de Direitos Humanos); e o sexto tomo da Série "Estudios em Ciencias Penales y Derechos Humanos", organizado por mim e pela Doutora Julieta Morales Sánchez, em homenagem a um dos mais ilustres intelectuais latino-americanos, Antonio Sánchez Galindo.

Nas cinco versões anteriores, a partir de 2012, o Curso se ministrou no Hotel Blue Tree, depois Novotel, agora desativado. A Fábrica de Negócios é nossa nova casa e estamos seguros de que o será por muitos anos, mercê da seriedade e do profissionalismo de seus dirigentes. Nas duas próximas semanas, entre estas paredes, teremos um sem-número de conferências magnas, palestras, painéis, oficinas temáticas (que buscarão realçar o nexo do meio ambiente com direitos humanos), a par do estudo de caso (simulação de uma denúncia hipotética, encaminhada ao sistema interamericano de direitos humanos, redigida a cada ano pela professora Sílvia Loureiro), compondo um elenco de atividades que fazem deste Curso uma experiência única, inesquecível.

Procederemos em seguida à entrega da Medalha Antônio Augusto Cançado Trindade, outorgada anualmente a pessoas ou instituições que se notabilizaram na promoção dos direitos humanos, à Sra. Erilda Balduíno e ao jurista Luigi Ferrajoli. Ambos, por razões superiores, não estão presentes, mas a medalha lhes será entregue através de amigos que com eles têm um contato mais aproximado. O Prof. Luis Ferrajoli enviou um texto, traduzido por um de seus alunos e que será distribuído aos senhores. Dele extraí o seguinte trecho...

Chamamos agora o Dr. Bruno Leonardo Câmara Carrá, Diretor do Foro da Justiça Federal no Ceará, e o Dr. Tales de Sá Cavalcante, aos quais caberá receber um reconhecimento do IBDH e do IIDH, como expressão de nosso apreço e reconhecimento à ajuda oferecida aos cursos interdisciplinares, particularmente ao VI Curso.

Em nome da Associação Brasileira de Bibliófilos, aqui representada por seu Presidente, José Augusto Bezerra, também ex-Presidente da Academia Cearense de Letras, faremos a entrega da medalha do mérito cultural, do centenário de Rachel de Queiroz a (2) dois intelectuais cearenses, escritores de primeira água, Grecianny Carvalho Cordeiro e Hugo de Brito Machado Segundo.

Damos ciência de que apenas uma aluna do V Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos fez jus ao certificado acadêmico, pela apresentação de trabalho escritos em consonância com o eixo temático (o princípio de humanidade) e os requisitos formais previamente divulgados. Seu nome: Mariella Pittari, defensora pública do estado do Ceará, atualmente no programa de mestrado em Cornel, Estados Unidos. Ela está aqui representada pelo professor Eduardo Almendra Martins, um dos facilitadores de nosso Curso.

Renovando um gesto assumido desde 2012, comunicamos que o saldo remanescente deste evento será destinado ao Lar Amigos de Jesus, sob a gerência da Irmã Maria da Conceição Dias de Albuquerque, que cuida de crianças e adolescentes vítimas de câncer e outras doenças severas. A ela pedimos um aplauso vigoroso. De pé, como é pertinente, ante a relevância e a dimensão de sua obra.

É hora de encerrar. E o fazemos na expectativa de que, a partir das reflexões e conclusões deste VI Curso, possamos contribuir para a formulação e o avigoramento de políticas públicas que afiancem o respeito ao meio ambiente e aos direitos humanos. Obrigado pela atenção.

SAUDAÇÃO DE ENCERRAMENTO DO VI CURSO BRASILEIRO INTERDISCIPLINAR EM DIREITOS HUMANOS: DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE (28 DE AGOSTO A 08 DE SETEMBRO DE 2017, EM FORTALEZA, CEARÁ, BRASIL)

César 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; Pós-doutorando em direitos humanos na Universidade de Salamanca.

Boa tarde, estimados alunos e observadores do VI Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos: Direitos Humanos e Meio Ambiente. Falo-lhes, com ânimo de brevidade. Estamos chegando ao final deste evento que nos absorveu de corpo e alma ao longo de duas semanas, intensas e profícuas. São duas as emoções que sentimos agora: por um lado, a da materialização, uma vez mais, de um sonho e de um dever cumprido e, por outro lado, a saudade já nascente deste Curso (o que nos faz lembrar a afirmação de que esta é precisamente o preço que se paga por vivermos momentos inesquecíveis), bem como de vocês, com quem construímos laços de afeto e amizade, os quais haverão de se fortalecer no decurso dos anos.

Foram múltiplos os obstáculos e os acenos de desencorajamento, partidos de quem costuma questionar o significado de um evento desta natureza, sem perceberem, em sua miopia, em sua estreiteza mental, que apenas acendem e avigoram nossa determinação de vencer este desafio, para cujo enfrentamento contamos com a parceria e o apoio de um sem-número de instituições e pessoas, entre as quais destacamos os professores e facilitadores deste Curso, especialistas, mestres e doutores, do Brasil e do exterior, a quem colhemos a chance de lhes render o tributo de nosso respeito, de nossa admiração.

As exposições, as oficinas sobre temas vinculados ao eixo central e as recomendações delas emergentes; o estudo de caso (que lhes permitiu familiarizar-se ainda mais com o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e com os vínculos entre esses e o meio ambiente), as oficinas temáticas, as visitas institucionais, as publicações em cinco línguas (inglês, francês, italiano, espanhol e português), todo este acervo de insights, de informações, integra um esforço ingente de oferecer aos senhores, às senhoras, tal como fiz ver em 2016, uma incursão única pelos domínios de uma linguagem que não se confunde com a intolerância, o preconceito, a parcialidade, o etnocentrismo, e toda espécie de ofensa – individual e coletiva –, ao texto e ao significado dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, entre os quais sobressai a Declaração Universal.

Desde a manhã do dia 28 de agosto mergulhamos no vasto estudo dos direitos humanos e de sua íntima conexão com meio ambiente. Já intuíamos o quanto seria enriquecedor este convívio, o quanto esse alargaria nossa cosmovisão e nos faria melhores.

O próximo curso ocorrerá no segundo semestre de 2019 (em período a ser definido posteriormente) e terá como tema central *O desafio dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Para sua realização por certo estarão conosco muitos dos profissionais que enriqueceram esta atividade como conferencistas, palestrantes ou facilitadores, assim como aqueles que compuseram a equipe de apoio, cumprindo-nos transmitir-lhes nosso regozijo e nosso agradecimento através de uma salva de palmas.

Pedimos a todos que fiquem de pé. Neste instante, 18h do dia 08 de setembro de 2017, damos por encerrado o VI Curso Brasileiro Interdisciplinar em Direitos Humanos: Direitos Humanos e Meio Ambiente.

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 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; Pós-doutorando em Direitos Humanos na Universidade de Salamanca; 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 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**
Doutora 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.

• **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 Adminsitrativo e Mestrando em Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário da Universidade Santo Tomás.

• **Emilia Segares**
Secretária-Adjunta da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

• **Emmanuel Teófilo Furtado**
Pós-doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca – Espanha; Professor Visitante da Universidade de Havre – França; Professor de Direito da Universidade Federal do Ceará; Juiz Titular da 10ª Vara do Trabalho de Fortaleza.

• **Gonzalo Elizondo Breedy**
Professor Titular da Universidade da Costa Rica; ex-Diretor da Área de Instituições Públicas do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

• **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.

- **Pablo Saavedra Alessandri**

Secretário da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

- **Philippe Couvreur**

Secretário da Corte Internacional de Justiça (Haia); Professor de Direito Internacional Público da Universidade 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.

- **Sílvia Maria de Silva Loureiro**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília; 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 nas áreas de Direito Constitucional e Direito Internacional; corresponsável pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental – ESO/UEA.

- **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.