

ISSN 1677-1419

Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 2, Vol. 2, Número 2 - 2001



ORGANIZADORES

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE
CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL

CONSELHO CONSULTIVO DO IBDH

Antônio Augusto Cançado Trindade (Presidente de Honra)

Ph.D. (Cambridge – Prêmio Yorke) em Direito Internacional; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; Juiz e Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Ex-Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Membro dos Conselhos Diretores do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e do Instituto Internacional de Direitos Humanos; Membro Associado do “Institut de Droit International”.

César Oliveira de Barros Leal (Presidente)

Mestre em Direito; Procurador do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Conselheiro Científico do ILANUD (Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente); Membro da Sociedade Americana de Criminologia; Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Vitimologia.

Paulo Bonavides (1º Vice-Presidente)

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

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

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

Andrew Drzemczewski

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

Alexandre Charles Kiss

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

Benedito Domingos Mariano

Ex-Ouvidor Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo; Secretário Geral do FIDEH.

Celso Albuquerque Mello

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

Christophe Swinarski

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

Dalmo de Abreu Dallari

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

Fernando Luiz Ximenes Rocha

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

Ceará; Ex-Secretário da Justiça do Estado do Ceará; Ex-Secretário do Governo do Estado do Ceará.

Fides Angélica de Castro Veloso Mendes Ommati

Advogada; Ex-Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Piauí; Conselheira Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Flávia Piovesan

Procuradora do Estado de São Paulo; Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Héctor Fix-Zamudio

Professor Titular e Investigador Emérito do Instituto de Pesquisas Jurídicas da Universidade Nacional Autónoma 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.

Jaime Ruiz de Santiago

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

Jean-Bernard Marie

Diretor de Pesquisas do “Centre National de la Recherche Scientifique” (França); Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Estrasburgo; Conferencista em Universidades de vários países.

João Benedicto de Azevedo Marques

Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Ex-Secretário de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo; Ex-Presidente do Conselho Coordenador do ILANUD (Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente).

José Gregori

Ministro de Estado da Justiça; Ex-Secretário de Estado dos Direitos Humanos.

Gilberto Sabóia

Secretário Nacional de Direitos Humanos; Embaixador do Brasil; Subchefe da Delegação do Brasil à II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993).

Nilzardo Carneiro Leão

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

Paulo R. Tonet Camargo

Procurador de Justiça do Rio Grande do Sul; Ex-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Ex-Diretor do Departamento Penitenciário Nacional.

Thomas Buergenthal

Ex-Juiz e Ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Presidente Honorário do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Juiz da Corte Internacional de Justiça; Ex-Integrante da Comissão da Verdade para El Salvador.

APRESENTAÇÃO

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

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

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

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

Os textos que compõem este segundo número da *Revista do IBDH* enfeixam uma variedade de tópicos atinentes à temática dos direitos humanos. As contribuições – distribuídas em duas partes (uma nacional e outra internacional) – enfocam pontos de extrema relevância, como a proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional; a violência policial e o espaço público; o sistema penitenciário; o adolescente infrator; os direitos humanos no Brasil; a eficácia e a efetividade do direito à liberdade; a democracia participativa e os bloqueios da classe dominante; a ética, o direito interno e o direito internacional; o direito internacional dos refugiados; a paz e os direitos humanos; o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, entre outros. Em anexo, a Informação enviada pelo Ministério das Relações Exteriores ao Exmo. Sr. Presidente da República, em agosto de 1998, acerca do reconhecimento, pelo Brasil, da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, efetuado aos 10 de dezembro de 1998, data do cinquentenário da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

Está o IBDH convencido de que o progresso da *proteção internacional* dos direitos humanos encontra-se hoje diretamente ligado à adoção e aperfeiçoamento das medidas *nacionais* de implementação, preservados naturalmente os padrões internacionais de salvaguarda dos direitos humanos. Toda a temática dos direitos humanos encontra ressonância imediata na sociedade brasileira contemporânea. O convívio com a violência em suas múltiplas formas, a insegurança da pessoa e o medo diante da criminalidade, a brutalidade dos níveis crescentes de destituição e exclusão, a desconfiança da população quanto à eficácia da lei, a chaga da impunidade, clamam pela incorporação da dimensão dos direitos humanos em todas as áreas de atividade humana em nosso meio social.

Entende o IBDH que, no presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno se encontram em constante interação, em benefício de todos os seres humanos protegidos. Assim sendo, manifesta o IBDH sua

estranheza ante o fato de não se estar dando aplicação cabal ao art. 5º, § 2º, da Constituição Federal Brasileira vigente, de 1988, o que acarreta responsabilidade por omissão. No entendimento do IBDH, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Brasileira, os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte incorporam-se ao rol dos direitos constitucionalmente consagrados. Há que os tratar dessa forma, como preceitua nossa Constituição, para buscar uma vida melhor para todos quantos vivam no Brasil.

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

Antônio Augusto Cançado Trindade
César Oliveira de Barros Leal

PARTE I

I

MEMORIAL EM PROL DE UMA NOVA MENTALIDADE QUANTO À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS PLANOS INTERNACIONAL E NACIONAL¹

.....

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio-Branco; Membro dos Conselhos Diretores do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo) e do Instituto Interamericano de Direitos Humanos (Costa Rica); Associado do Institut de Droit International.

I. Introdução

Há algum tempo, na abertura do Encontro Internacional promovido pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados e realizado neste mesmo Auditório, que marcou o início em nosso país dos preparativos das comemorações do cinquentenário das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos, tive a ocasião de abordar, em longa exposição, o legado da Declaração Universal de 1948, desde seus trabalhos preparatórios até sua projeção normativa em numerosos e sucessivos tratados de direitos humanos nos planos global e regional, nas Constituições e legislações nacionais, e na prática dos tribunais internacionais e nacionais também de numerosos países. Ao voltar a esta Casa, o Congresso Nacional de meu país, para participar nesta III Conferência Nacional de Direitos Humanos, o tema e o propósito de minha exposição são claramente distintos.

Permito-me, inicialmente, expressar meus agradecimentos pela distinção do convite e minha satisfação pela realização deste evento. Vejo um valor simbólico no fato de contar esta Conferência com a presença e participação de autoridades das instituições públicas e representantes e membros da sociedade civil brasileira, congregados em torno do tema central que nos une: o da proteção dos direitos humanos nos planos a um tempo internacional e nacional. O fato de estarmos aqui todos reunidos, para uma reflexão coletiva sobre a matéria, atesta o valor que todos atribuímos à referida temática. Não poderia haver melhor ocasião para um diálogo

franco e respeitoso, sobre um tema que diz respeito ao cotidiano de todos os brasileiros e de todas as pessoas que vivem em nosso país.

O tema desta Conferência – a aplicação das normas de proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional – poderia consumir dias de debates, dada sua amplitude e complexidade. Em um esforço extremo de síntese, o abordarei no que mais diretamente possa interessar às conclusões e iniciativas que porventura emanem deste conclave. A questão da interpelação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos, cujo exame me tem consumido tantos anos de pesquisa, reflexão, e atuação nos planos nacional e internacional, permeia todas as etapas de operação dos mecanismos de proteção, desde o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção até a execução de sentenças e decisões dos órgãos internacionais de proteção no plano do direito interno dos Estados.

Assim sendo, proponho-me analisar o tema segundo o seguinte plano de exposição: em primeiro lugar, examinarei a questão atinente ao acesso direto dos indivíduos aos tribunais internacionais de direitos humanos existentes (ou seja, as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos), causa esta à qual tenho pessoalmente me dedicado, não sem dificuldades, por mais de uma década; em segundo lugar, abordarei a questão dos meios previstos pelos próprios tratados de direitos humanos para a compatibilização entre as jurisdições internacional e nacional em matéria de

direitos humanos (prévio esgotamento dos recursos de direito interno, cláusulas de derrogações e de reservas, execução das sentenças internacionais no direito interno); em terceiro lugar, examinarei o amplo alcance das obrigações convencionais internacionais de proteção no plano do direito interno, identificando as obrigações executivas, legislativas e judiciais dos Estados Partes nos tratados de direitos humanos; e, enfim, apresentarei minhas conclusões.

A tese que sustento, como o venho fazendo já por mais de vinte anos em meus escritos², é, em resumo, no sentido de que, – primeiro, os tratados de direitos humanos³, que se inspiram em valores comuns superiores (consubstanciados na proteção do ser humano) e são dotados de mecanismos próprios de supervisão que se aplicam consoante a noção de garantia coletiva, têm caráter especial, que os diferenciam dos demais tratados, que regulamentam interesses recíprocos entre os Estados Partes e são por estes próprios aplicados, – com todas as conseqüências jurídicas que daí advêm nos planos do direito internacional e do direito interno; segundo, o direito internacional e o direito interno mostram-se em constante interação no presente contexto de proteção, na realização do propósito convergente e comum da salvaguarda dos direitos do ser humano; e terceiro, na solução de casos concretos, a primazia é da norma que melhor proteja as vítimas de violações de direitos humanos, seja ela de origem internacional ou interna.

É esta, a meu ver, a tese que melhor reflete e fomenta a evolução contemporânea convergente sobre a matéria tanto do direito internacional quanto do direito público interno, e a única que, logra desvencilhar-se e emancipar-se dos dogmas do passado, maximizando a proteção dos direitos humanos. Os ordenamentos internacional e nacional formam um todo harmônico, em benefício dos seres humanos protegidos, das vítimas de violações dos direitos humanos. Esta nova visão que venho sustentando há tantos anos, e cuja aplicação requer uma mudança fundamental de mentalidade, encontra expressão na jurisprudência internacional, começa a florescer de forma sistemática também na jurisprudência nacional de alguns países, – e espero sinceramente que venha a germinar de igual modo em terras brasileiras.

Assim sendo, o *Leitmotiv* de minha exposição é precisamente o da necessidade premente de uma mudança fundamental de mentalidade no tocante à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, sem a

qual pouco lograremos avançar em nosso país neste domínio. Por esta razão, permito-me dar à minha exposição o cunho de um memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. Passo, pois, ao exame de cada um dos pontos da exposição.

II. O *Locus Standi* dos Indivíduos nos Procedimentos perante os Tribunais Internacionais de Direitos Humanos

Uma das grandes prioridades da agenda contemporânea dos direitos humanos reside, a meu modo de ver, na garantia do acesso direto das supostas vítimas aos tribunais internacionais de direitos humanos. Em entrevista que tive a satisfação de conceder à Associação Juizes para a Democracia, em São Paulo em outubro de 1995⁴, assinalei a importância desta questão⁵, que até então passava inteiramente despercebida em nosso país, inclusive dos que atuam no campo dos direitos humanos. Como há muito venho me empenhando por tal acesso direto no plano internacional, permito-me retomar o tema nesta Conferência, dada a importância da difusão, em nosso país, dos últimos desenvolvimentos a respeito.

Ao serem concebidos os sistemas de proteção das Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos, os mecanismos enfim adotados não consagraram originalmente a representação direta dos indivíduos nos procedimentos perante os dois tribunais internacionais de direitos humanos criados pelas duas Convenções (as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos), – os únicos tribunais do gênero existentes sob tratados de direitos humanos até o presente. As resistências, então manifestadas, – próprias de outra época e sob o espectro da soberania estatal, – ao estabelecimento de uma nova jurisdição internacional para a salvaguarda dos direitos humanos, fizeram com que, pela intermediação das Comissões (Européia e Interamericana de Direitos Humanos), se buscasse evitar o acesso direto dos indivíduos aos dois tribunais regionais de direitos humanos (as Cortes Européia e Interamericana de Direitos).

Neste final de século, encontram-se definitivamente superadas as razões históricas que

levaram à denegação – a nosso ver injustificável, desde o início, – de tal *locus standi* das supostas vítimas. Com efeito, nos sistemas europeu e interamericano de direitos humanos, como veremos a seguir, a própria prática cuidou de revelar as insuficiências, deficiências e distorções do mecanismo paternalista da intermediação das Comissões Européia e Interamericana entre os indivíduos e as respectivas Cortes – Européia e Interamericana – de Direitos Humanos.

1. Desenvolvimentos no Sistema Europeu de Proteção

Já no exame de seus primeiros casos contenciosos, tanto a Corte Européia como a Corte Interamericana de Direitos Humanos se insurgiram contra a artificialidade do esquema da intermediação das respectivas Comissões (supra). Recorde-se que, bem cedo, já desde o caso *Lawless versus Irlanda* (1960), a Corte Européia passou a receber, por meio dos delegados da Comissão Européia, argumentos escritos dos próprios demandantes, que freqüentemente se mostravam bastante críticos no tocante à própria Comissão. Encarou-se esta providência com certa naturalidade, pois os argumentos das supostas vítimas não tinham que coincidir inteiramente com os dos delegados da Comissão. Uma década depois, durante o procedimento nos casos *Vagrancy*, relativos à Bélgica (1970), a Corte Européia aceitou a solicitação da Comissão de dar a palavra a um advogado dos três demandantes; ao tomar a palavra, este advogado criticou, em um determinado ponto, a opinião expressada pela Comissão em seu relatório.

Os desenvolvimentos seguintes são conhecidos: a concessão de *locus standi* aos representantes legais dos indivíduos demandantes perante a Corte (por meio da reforma do Regulamento de 1982, em vigor a partir de 01.01.1983) em casos a esta submetidos pela Comissão ou os Estados Partes, seguida da adoção do célebre Protocolo n. 9 (de 1990, já em vigor) à Convenção Européia. Como bem ressalta o *Relatório Explicativo* do Conselho da Europa sobre a matéria, o Protocolo n. 9 concedeu “um tipo de *locus standi*” aos indivíduos perante a Corte, indubitavelmente um avanço, mas que ainda não lhes assegurava a “*equality of arms/égalité des armes*” com os Estados demandados e o benefício pleno da utilização do mecanismo da Convenção Européia para a vindicação de seus direitos (cf. infra).

De todo modo, as relações da Corte Européia com os indivíduos demandantes passaram a ser, pois, diretas, sem contar necessariamente com a intermediação dos delegados da Comissão. Isto obedece a uma certa lógica, porquanto os papéis ou funções dos demandantes e da Comissão são distintos; como a Corte Européia assinalou já em seu primeiro caso (*Lawless*), a Comissão se configura antes como um órgão auxiliar da Corte. Têm sido freqüentes os casos de opiniões divergentes entre os delegados da Comissão e os representantes das vítimas nas audiências perante a Corte, e tem-se considerado isto como normal e, até mesmo, inevitável. Os governos se acomodaram, por assim dizer, à prática dos delegados da Comissão de recorrer quase sempre à assistência de um representante das vítimas, ou, pelo menos, a ela não objetaram.

Não há que passar despercebido que toda esta evolução tem-se desencadeado, no sistema europeu de proteção, gradualmente, mediante a reforma do Regulamento da Corte e a adoção do Protocolo n. 9 à Convenção. A Corte Européia têm determinado o alcance de seus próprios poderes mediante a reforma de seu *interna corporis*, afetando inclusive a própria condição das partes no procedimento perante ela. Alguns casos já têm sido resolvidos sob o Protocolo n. 9, com relação aos Estados Partes na Convenção Européia que ratificaram também este último. Daí a atual coexistência dos Regulamentos A e B da Corte Européia.⁶

É certo que, a partir de 01 de novembro de 1998, dia da entrada em vigor do Protocolo n. 11 (de 1994) à Convenção Européia (sobre a reforma do mecanismo desta Convenção e o estabelecimento de uma nova Corte Européia como único órgão jurisdicional de supervisão da Convenção), o Protocolo n. 9 tornar-se-á anacrônico, de interesse somente histórico no âmbito do sistema europeu de proteção. Ao contrário do que previam os céticos, em relativamente pouco tempo todos os Estados Partes na Convenção Européia de Direitos Humanos, em inequívoca demonstração de maturidade, se tornaram Partes também no Protocolo n. 11 à referida Convenção, possibilitando a entrada em vigor deste último ainda em 1998.

O início da vigência deste Protocolo, em 01 de novembro de 1998, representa um passo altamente gratificante para todos os que atuamos em prol do fortalecimento da proteção internacional dos

direitos humanos. O indivíduo passa assim a ter, finalmente, acesso direto a um tribunal internacional *jus standi*, como verdadeiro sujeito – e com plena capacidade jurídica – do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Isto só foi possível em razão de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional.

Superado, desse modo, o Protocolo n. 9 para o sistema europeu de proteção, não obstante retém sua grande utilidade para a atual consideração de eventuais aperfeiçoamentos do mecanismo de proteção do sistema interamericano de direitos humanos (cf. infra). Os sistemas regionais – situados todos na universalidade dos direitos humanos – vivem momentos históricos distintos. No sistema africano de proteção, por exemplo, só recentemente (setembro de 1995) se concluiu a elaboração do Projeto de Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos sobre o Estabelecimento de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.⁷ E apenas um ano antes, em setembro de 1994, o Conselho da Liga dos Estados Árabes, a seu turno, adotou a Carta Árabe de Direitos Humanos.⁸

2. Desenvolvimentos no Sistema Interamericano de Proteção

Os desenvolvimentos que hoje têm lugar no sistema interamericano de proteção são semelhantes aos do sistema europeu de proteção na última década, no tocante à matéria em exame. Na agenda atual de nosso sistema regional de proteção, ocupa hoje posição central a questão da condição das partes em casos de direitos humanos sob a Convenção Americana, e, em particular, da representação legal ou *locus standi in judicio* das vítimas (ou seus representantes legais) diretamente ante a Corte Interamericana, em casos que a ela já tenham sido enviados pela Comissão. Também aqui se faz sentir a importância de uma interpretação apropriada dos termos e do espírito da Convenção Americana.

É certo que a Convenção Americana determina que só os Estados Partes e a Comissão têm direito a “submeter um caso” à decisão da Corte (art. 61(1)); mas a Convenção, por exemplo, ao dispor sobre reparações, também se refere à “parte lesada” (art. 63(1)), i.e., as vítimas e não a Comissão. Com efeito, reconhecer o *locus standi in*

judicio das vítimas (ou seus representantes) ante a Corte (em casos já submetidos a esta pela Comissão) contribui à “jurisdicionalização” do mecanismo de proteção (na qual deve recair toda a ênfase), pondo fim à ambiguidade da função da Comissão, a qual não é rigorosamente “parte” no processo, mas antes guardiã da aplicação correta da Convenção.

No procedimento perante a Corte Interamericana, por exemplo, os representantes legais das vítimas são integrados à delegação da Comissão com a designação eufemística de “assistentes” da mesma. Esta solução “pragmática” contou com o aval, com a melhor das intenções, da decisão tomada em uma reunião conjunta da Comissão e da Corte Interamericanas, realizada em Miami em janeiro de 1994. Em lugar de resolver o problema, criou, não obstante, ambigüidades que têm persistido até hoje. O mesmo ocorria no sistema europeu de proteção até 1982, quando a ficção dos “assistentes” da Comissão Européia foi finalmente superada pela reforma naquele ano do Regulamento da Corte Européia. É chegado o tempo de superar tais ambigüidades também em nosso sistema interamericano de proteção, dado que os papéis ou funções da Comissão (como guardiã da Convenção assistindo à Corte) e dos indivíduos (como verdadeira parte demandante) são claramente distintos.

A evolução no sentido da consagração final destas funções distintas deve dar-se *pari passu* com a gradual jurisdicionalização do mecanismo de proteção. Desta forma se afastam definitivamente as tentações de politização da matéria, que passa a ser tratada exclusivamente à luz de regras do direito. Não há como negar que a proteção jurisdicional é a forma mais evoluída de salvaguarda dos direitos humanos, e a que melhor atende aos imperativos do direito e da justiça.

O Regulamento anterior da Corte Interamericana (de 1991) previa, em termos oblíquos, uma tímida participação das vítimas ou seus representantes no procedimento ante a Corte, sobretudo na etapa de reparações e quando convidados por esta.⁹ Bem cedo, nos casos Godínez Cruz e Velásquez Rodríguez (reparações, 1989), relativos a Honduras, a Corte recebeu escritos dos familiares e advogados das vítimas, e tomou nota dos mesmos.¹⁰

Mas o passo realmente significativo foi dado mais recentemente, no caso El Amparo (reparações, 1996), relativo à Venezuela, verdadeiro “divisor de

águas” nesta matéria. Na audiência pública sobre este caso celebrada pela Corte Interamericana em 27 de janeiro de 1996, um de seus magistrados, ao manifestar expressamente seu entendimento de que ao menos naquela etapa do processo não podia haver dúvida de que os representantes das vítimas eram “a verdadeira parte demandante ante a Corte”, em um determinado momento do interrogatório passou a dirigir perguntas a eles, aos representantes das vítimas (e não aos delegados da Comissão ou aos agentes do governo), que apresentaram suas respostas.¹¹

Pouco depois desta memorável audiência no caso El Amparo, os representantes das vítimas apresentaram dois escritos à Corte (datados de 13.05.1996 e 29.05.1996). Paralelamente, com relação ao cumprimento da sentença de interpretação de sentença prévia de indenização compensatória nos casos anteriores Godínez Cruz e Velásquez Rodríguez, os representantes das vítimas apresentaram igualmente dois escritos à Corte (datados de 29.03.1996 e 02.05.1996). A Corte, com sua composição de setembro de 1996, só determinou pôr término ao processo destes dois casos depois de constatado o cumprimento, por parte de Honduras, das sentenças de indenização compensatória e de interpretação desta, e depois de haver tomado nota dos pontos de vista não só da Comissão e do Estado demandado, mas também dos petionários e dos representantes legais das famílias das vítimas.¹²

O campo estava aberto à modificação, neste particular, das disposições pertinentes do Regulamento da Corte, sobretudo a partir dos desenvolvimentos no procedimento no caso El Amparo. O próximo passo, decisivo, foi dado no novo Regulamento da Corte¹³, adotado em 16.09.1996 e vigente a partir de 01.01.1997, cujo art. 23 dispõe que “na etapa de reparações, os representantes das vítimas ou de seus familiares poderão apresentar seus próprios argumentos e provas de forma autônoma”. Este passo significativo abre o caminho para desenvolvimentos subsequentes na mesma direção, ou seja, de modo a assegurar que no futuro previsível os indivíduos tenham *locus standi* no procedimento ante a Corte não só na etapa de reparações como também na do mérito dos casos a ela submetidos pela Comissão.

Seria irrealista e impraticável pretender que este objetivo se logre por uma simples emenda a uma disposição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como o art. 61. A tarefa é bem mais complexa.¹⁴ Como tal disposição está

inexoravelmente ligada a tantas outras da Convenção (como os arts. 44 a 51 da Convenção), há que ir muito mais além, e modificar toda a estrutura do mecanismo da Convenção, – como se acaba de lograr no sistema europeu de proteção. É este o caminho a ser seguido, o qual requer uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional.

3. O Direito Individual de Acesso Direto (*Jus Standi*) aos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos

São sólidos os argumentos que, em meu entendimento, militam em favor do pronto reconhecimento do *locus standi* das supostas vítimas no procedimento ante a Corte Interamericana em casos já enviados a esta pela Comissão. Tais argumentos encontram-se desenvolvidos no curso que ministrei na Sessão Externa (para a América Central) da Academia de Direito Internacional da Haia, realizada na Costa Rica em abril-maio de 1995¹⁵, e que resumimos a seguir.

Em primeiro lugar, ao reconhecimento de direitos, nos planos tanto nacional como internacional, corresponde a capacidade processual de vindicá-los ou exercê-los. A proteção de direitos deve ser dotada do *locus standi in judicio* das supostas vítimas (ou seus representantes legais), que contribui para melhor instruir o processo, e sem o qual estará este último desprovido em parte do elemento do contraditório (essencial na busca da verdade e da justiça), ademais de irremediavelmente mitigado e em flagrante desequilíbrio processual.

É da própria essência do contencioso internacional dos direitos humanos o contraditório entre as vítimas de violações e os Estados demandados. Tal *locus standi* é a consequência lógica, no plano processual, de um sistema de proteção que consagra direitos individuais no plano internacional, porquanto não é razoável conceber direitos sem a capacidade processual de vindicá-los. Ademais, o direito de livre expressão das supostas vítimas é elemento integrante do próprio devido processo legal, nos planos tanto nacional como internacional.

Em segundo lugar, o direito de acesso à justiça internacional deve fazer-se acompanhar da garantia da igualdade processual das partes (*equality*

of arms/égalité des armes), essencial em todo sistema jurisdicional de proteção dos direitos humanos. Em terceiro lugar, em casos de comprovadas violações de direitos humanos, são as próprias vítimas – a verdadeira parte demandante ante a Corte – que recebem as reparações e indenizações. Estando as vítimas presentes no início e no final do processo, não há sentido em negar-lhes presença durante o mesmo.

A estas considerações de princípio se agregam outras, de ordem prática, igualmente em favor da representação direta das vítimas ante a Corte, em casos já a ela submetidos pela Comissão. Os avanços neste sentido convêm não só às supostas vítimas, mas a todos: aos Estados demandados, na medida em que contribui a afastar definitivamente as tentações de politização e a consolidar a jurisdicionalização do mecanismo de proteção¹⁶; à Corte, para ter melhor instruído o processo; e à Comissão, para por fim à ambigüidade de seu papel¹⁷, atendo-se à sua função própria de guardiã da aplicação correta e justa da Convenção (e não mais com a função adicional de “intermediário” entre os indivíduos e a Corte). Os avanços nesta direção, na atual etapa de evolução do sistema interamericano de proteção, são responsabilidade conjunta da Corte e da Comissão.

Nos círculos jurídicos especializados em nosso continente ainda se expressam dúvidas ou preocupações de ordem prática, como, e.g., a possibilidade de divergências entre os argumentos dos representantes das vítimas e os delegados da Comissão no procedimento ante a Corte, e a falta de conhecimento especializado dos advogados em nossa região para assumir o papel e a responsabilidade de representantes legais das vítimas diretamente ante a Corte. O que me parece realmente importante, para a operação futura do mecanismo da Convenção Americana, é que tanto a Comissão como os representantes das vítimas manifestem seus pontos de vista, sejam eles coincidentes ou divergentes. A Comissão deve estar preparada para expressar sempre sua opinião ante a Corte, ainda que seja discordante da dos representantes das vítimas. A Corte deve estar preparada para receber e avaliar os argumentos dos delegados da Comissão e dos representantes das vítimas, ainda que sejam divergentes. Tudo isto ajudaria a Corte a melhor formular seu próprio entendimento e a formar sua convicção em relação a cada caso concreto.

Para gradualmente superar a outra preocupação, relativa à suposta falta de *expertise*

dos advogados dos países de nosso continente no contencioso internacional dos direitos humanos, poder-se-iam preparar guias para orientação aos que participam nas audiências públicas ante a Corte Interamericana, divulgadas com a devida antecipação. *Ignorantia juris non curat*; como o Direito Internacional dos Direitos Humanos é dotado de especificidade própria, e de crescente complexidade, este problema só será superado gradualmente, na medida em que se dê uma mais ampla difusão aos procedimentos, e em que os advogados tenham mais oportunidades de familiarizar-se com os mecanismos de proteção. O que não me parece razoável é tentar obstaculizar toda a evolução corrente rumo à representação direta das vítimas em todo o procedimento perante a Corte Interamericana, com base em uma dificuldade que me parece perfeitamente remediável ou superável.

A isto há que agregar que os avanços neste sentido (da representação direta dos indivíduos), já consolidados no sistema europeu de proteção, não de se lograr em nossa região mediante critérios e regras prévia e claramente definidos, com as necessárias adaptações às realidades da operação de nosso sistema interamericano de proteção. Isto requereria, e.g., a previsão de assistência jurídica *ex officio* por parte da Comissão Interamericana, sempre que os indivíduos demandantes não estivessem em condições de contar com os serviços profissionais de um representante legal.

Enfim, e voltando às considerações de princípio, somente mediante o *locus standi in judicio* das supostas vítimas ante os tribunais internacionais de direitos humanos se logrará a consolidação da plena personalidade e capacidade jurídicas internacionais da pessoa humana (nos sistemas regionais de proteção), para fazer valer seus direitos, quando as instâncias nacionais se mostrarem incapazes de assegurar a realização da justiça. O aperfeiçoamento do mecanismo de nosso sistema regional de proteção deve ser objeto de considerações de ordem essencialmente jurídico-humanitária, inclusive como garantia adicional às partes – tanto os indivíduos demandantes como os Estados demandados – em casos contenciosos de direitos humanos. Como adverti já há uma década em curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia, na Holanda, todo jusinternacionalista, fiel às origens históricas de sua disciplina, saberá contribuir a resgatar a posição do ser humano no direito das gentes (*droit des gens*), e a sustentar o reconhecimento e a cristalização de sua

personalidade e capacidade jurídicas internacionais.¹⁸

A mesma advertência voltei a formular, recentemente, em Explicações de Votos nos casos Castillo Páez e Loayza Tamayo (exceções preliminares, janeiro de 1996), relativos ao Peru, no sentido da necessidade de superar a *capitis diminutio* de que padecem os indivíduos petionários no sistema interamericano de proteção, em razão de considerações dogmáticas próprias de outra época histórica que buscavam evitar seu acesso direto ao órgão judicial internacional. Tais considerações, agreguei, mostram-se inteiramente sem sentido, ainda mais em se tratando de um tribunal internacional de direitos humanos. Propugnei, nestes meus Votos, pela superação da concepção paternalista e anacrônica da total intermediação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos entre os indivíduos petionários (a verdadeira parte demandante) e a Corte, de modo a conceder a estes últimos acesso direto à Corte.¹⁹

O necessário reconhecimento do *locus standi in judicio* das supostas vítimas (ou seus representantes legais) ante a Corte Interamericana constitui, nesta linha de pensamento, um avanço dos mais importantes, mas não necessariamente a etapa final do aperfeiçoamento do sistema interamericano de proteção, pelo menos tal como concebemos tal aperfeiçoamento. Na continuação desta evolução, a partir de tal *locus standi*, estamos empenhados todos os que, no sistema interamericano, comungamos do mesmo ideal, para lograr o reconhecimento futuro do direito de acesso direto dos indivíduos à Corte (*jus standi*), para submeter um caso concreto diretamente a ela, prescindindo totalmente da Comissão para isto. O dia em que o logremos, que sinceramente espero seja o mais rápido possível, – a exemplo da entrada em vigor iminente, em 01 de novembro de 1998, do Protocolo n. 11 à Convenção Européia de Direitos Humanos (supra), – teremos alcançado o ponto culminante, também em nosso sistema interamericano de proteção, de um grande movimento de dimensão universal a lograr o resgate do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade jurídica internacional.

III. Compatibilização entre as Jurisdições Internacional e Nacional em Matéria de Direitos Humanos

Os próprios tratados de direitos humanos têm sempre cuidado de prevenir ou evitar conflitos entre as jurisdições internacional e interna, e de compatibilizar os dispositivos convencionais e de direito interno. No tocante à admissibilidade de comunicações ou denúncias de violações de direitos humanos, prevêm o requisito do prévio esgotamento dos recursos de direito interno. Na prática, o critério básico, na aplicação deste requisito, tem sido o da eficácia dos recursos internos. A jurisprudência internacional tem, assim, dispensado a regra do esgotamento em casos, *e.g.*, de prática estatal, ou de negligência ou tolerância do poder público, ante violações dos direitos humanos.

O requisito em apreço reveste-se de um *rationale* próprio no contexto da proteção dos direitos humanos, em que o direito internacional e o direito interno se mostram em constante interação. Os recursos de direito interno integram, assim, a própria proteção internacional, e a ênfase recai não em seu esgotamento mecânico pelos petionários, mas na prevenção de violações e na pronta reparação dos danos. Ao dever dos petionários de esgotar os recursos de direito interno corresponde o dever dos Estados de prover recursos internos eficazes, como duas faces da mesma moeda.²⁰ A correta aplicação deste requisito vincula-se à questão básica do acesso direto dos indivíduos às instâncias legais internacionais para perante elas fazer valer os seus direitos, sempre que as instâncias nacionais se mostrarem incapazes de garantir a realização da justiça.

Outra modalidade de prevenção de conflitos entre as jurisdições internacional e nacional prevista pelos tratados de direitos humanos reside nas chamadas cláusulas de derrogações. Os termos gerais com que foram estas redigidas têm requerido consideráveis esforços doutrinários, desenvolvidos nos últimos anos, no sentido de dar-lhes maior precisão, estabelecendo controles do poder público, de modo a assim evitar abusos (como, *e.g.*, o prolongamento indefinido e patológico dos chamados estados de exceção, ou a suspensão indeterminada ou crônica do exercício de direitos, entre outros). Os princípios afirmados na doutrina contemporânea são, em resumo, os seguintes: o princípio da notificação (das derrogações) a todos os Estados Partes (nos tratados de direitos humanos, o princípio da proporcionalidade às exigências da situação, a consistência das medidas tomadas com outras obrigações internacionais do Estado em questão, o princípio da não-discriminação, a não-derrogabilidade dos direitos

fundamentais em estados de emergência, o ônus da prova a recair no Estado que busca justificar um estado de exceção.

Em quaisquer circunstâncias, subsiste a intangibilidade das garantias judiciais, tal como afirmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em seus oitavo e nono Pareceres, ambos de 1987. Estes princípios já têm tido aplicação na prática internacional nos últimos anos, o que é alentador. Desse modo, com base tanto na doutrina como na jurisprudência contemporâneas sobre a questão, tem-se buscado um tratamento adequado da matéria, de modo a evitar a repetição, no futuro, de violações de direitos humanos resultantes da invocação indevida de cláusulas de derrogações, ocorridas na história recente de muitos países, inclusive de nossa região.

Outra modalidade de prevenção de conflitos entre as jurisdições internacional e nacional reside na possibilidade de recurso a reservas permitidas por alguns tratados de direitos humanos. Este é um dos pontos mais debatidos na doutrina contemporânea. Há mais de dez anos venho alertando para a inadequação²¹ do sistema de reservas consagrado nas duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986) para a aplicação dos tratados de direitos humanos, dotados de caráter especial e especificidade própria. Nos últimos anos, os próprios órgãos convencionais de proteção têm dado mostras de sua disposição de proceder à determinação da compatibilidade ou não de certas reservas formuladas por Estados Partes a disposições dos respectivos tratados de direitos humanos com o objeto e propósito dos mesmos.

A matéria encontra-se atualmente em exame na Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas. No meu entender, o presente sistema individualista, contratualista e fragmentador de reservas não se mostra em conformidade com a noção de garantia coletiva subjacente aos tratados de direitos humanos, que incorporam obrigações de caráter objetivo transcendendo os compromissos recíprocos entre as Partes, e se voltam ao interesse comum superior da salvaguarda dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados. Impõe-se aqui, como sustentei em minhas Explicações de Voto no caso Blake versus Guatemala (Sentenças da Corte Interamericana de Direitos humanos sobre exceções preliminares, 1996, e sobre o mérito, 1998), a humanização do direito dos tratados.

Do exposto, vê-se que os próprios tratados de direitos humanos têm cuidado de compatibilizar

as jurisdições internacional e nacional para lograr a realização de seu objeto e propósito. Enfim, no tocante às relações entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, uma questão de grande atualidade, mormente em nosso continente, diz respeito à execução de sentenças dos tribunais internacionais de direitos humanos. A questão encontra-se diretamente relacionada à aplicação eficaz das Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos, – os dois únicos tratados de direitos humanos dotados, até o presente (início de 1998), de tribunais internacionais (as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos), – no âmbito do direito interno dos Estados Partes.

A Convenção Européia conta com o concurso do Comitê de Ministros, que zela pela execução das sentenças da Corte Européia (art. 54). A Convenção Americana, – que não conta com mecanismo semelhante, – dispõe que a parte das sentenças da Corte Interamericana atinente a indenizações pode ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado (art. 68(2)). Acrescenta a Convenção Americana que os Estados Partes se comprometem a cumprir a decisão da Corte Interamericana em todo caso contencioso em que sejam partes (art. 68(1) da Convenção). Por conseguinte, se um Estado Parte na Convenção Européia ou na Convenção Americana deixa de executar uma sentença da Corte Européia ou da Corte Interamericana, respectivamente, no âmbito de seu ordenamento jurídico interno, está incorrendo em uma violação adicional da Convenção regional respectiva. Acresce a obrigação geral (do art. 2 da Convenção Americana) de adequação do direito interno à normativa de proteção da Convenção.

A experiência da Corte Européia registra numerosos casos de execução de suas sentenças pelos Estados Partes na Convenção Européia, ao longo de muitos anos, para o que tem contado com o concurso da supervisão do Comitê de Ministros (art. 54 da Convenção), um órgão de composição política. A experiência da Corte Interamericana – que não conta com o concurso de órgão congênere – é ainda relativamente recente, e também positiva, porquanto suas sentenças têm sido normalmente cumpridas. As dificuldades temporárias surgidas em quatro casos até o presente, que levaram à aplicação pela Corte, em seus Relatórios Anuais, da sanção prevista no art. 65 da Convenção Americana²², encontram-se já todas remediadas e superadas. Não obstante, urge que os Estados Partes na Convenção Americana se equipem devidamente, no âmbito de seu direito

interno, para dar fiel e pleno cumprimento às sentenças da Corte Interamericana à luz do art. 68(1) da Convenção. Não creio que um órgão de composição política – como o Comitê de Ministros no sistema europeu de proteção – seja o mais adequado para zelar pela execução das sentenças da Corte Interamericana. Daí a importância crescente, em nosso sistema regional, das medidas que neste propósito venham a adotar os Estados Partes na Convenção Americana.

Entre estes, há os que, como Colômbia e Peru, adotaram instrumentos legislativos naquele propósito. Assim, *e.g.*, na Colômbia, a Lei 288 de 1996 estabelece um mecanismo para as indenizações às vítimas de violações de direitos humanos consoante o disposto por dois órgãos de proteção internacional, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Humanos sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos. Inexplicavelmente, a referida lei colombiana se refere expressamente somente a estes dois órgãos (que, aliás, não proferem sentenças), e se omite em relação às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A questão permanece, assim, em aberto. A mencionada lei cria um Comitê de Ministros²³, encarregado de determinar o cumprimento das decisões dos órgãos supracitados de proteção internacional.²⁴

O outro exemplo é fornecido pela Lei de *Habeas Corpus* e *Amparo* do Peru, de 1982, que atribui ao órgão judiciário supremo do ordenamento interno (a Corte Suprema de Justiça) a faculdade de dispor sobre a execução e o cumprimento das decisões de órgãos de proteção internacional a cuja jurisdição se tiver submetido o Peru, “de conformidade com as normas e procedimentos internos vigentes sobre execução de sentenças” (art. 40). O art. 39 da referida Lei menciona alguns destes órgãos, mas não se trata de uma cláusula fechada, pois agrega “outros que se constituam no futuro”; a Corte Interamericana encontra-se, pois, aí incluída, ainda que não expressamente mencionada.²⁵ O art. 40 acrescenta significativamente que a Corte Suprema de Justiça recepcionará as decisões dos órgãos de proteção internacional, sem que se requiera reconhecimento, revisão e tampouco exame prévio algum para sua validade e eficácia.

Recentemente, na Argentina, concluiu-se um Projeto de Lei, já submetido à consideração do Congresso Nacional, no propósito de “regulamentar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”, como o indica a Exposição de Motivos.²⁶ O Projeto

de Lei argentino, que se inspira no modelo colombiano, também cria um Comitê de Ministros (art. 2º(b)), que determina sobre o cumprimento de uma recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Caso haja alguma divergência na consideração da matéria, esta deve ser submetida à Corte Interamericana de Direitos Humanos, para a “decisão definitiva da mesma” (art. 4º).

Estes são exemplos de passos legislativos iniciais, tomados por poucos Estados Partes na Convenção Americana até o presente, no propósito de assegurar o seu fiel cumprimento no plano do direito interno. É de se esperar que todos os Estados Partes busquem equipar-se para assegurar a fiel execução das sentenças da Corte Interamericana. Por enquanto, o alentador índice de cumprimento – caso por caso – de todas as sentenças da Corte Interamericana até o presente se deve sobretudo à boa fé e lealdade processual com que neste particular os Estados demandados têm acatado as referidas sentenças, também contribuindo desse modo à consolidação do sistema regional de proteção.

Mas não se pode daí inferir que a execução de tais sentenças esteja legalmente assegurada, no âmbito de seu ordenamento jurídico interno. Exceto as raras iniciativas acima mencionadas, a grande maioria dos Estados Partes na Convenção Americana ainda não tomou qualquer providência, legislativa ou de outra natureza, nesse sentido. Por conseguinte, as vítimas de violações de direitos humanos, em cujo favor tenha a Corte Interamericana declarado um direito – quanto ao mérito do caso, ou reparações *lato sensu*, – ainda não têm inteira e legalmente assegurada a execução das sentenças respectivas no âmbito do direito interno dos Estados demandados. Cumpre remediar prontamente esta situação.

IV. O Amplo Alcance das Obrigações Convencionais de Proteção: as Obrigações Executivas, Legislativas e Judiciais dos Estados

Apesar de toda a atenção dispensada pelos próprios órgãos de supervisão internacional de direitos humanos à questão central das relações entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno na proteção dos direitos humanos, persistem aqui curiosamente incertezas e uma falta de clareza

conceitual. Como neste final de século o que se requer mais que tudo é uma mudança de mentalidade, cabe, neste propósito, ter sempre presente que as disposições dos tratados de direitos humanos vinculam não só os governos (como equivocada e comumente se supõe), mas, mais do que isto, os Estados (todos os seus poderes, órgãos e agentes); é chegado o tempo de precisar, por conseguinte, o alcance não só das obrigações executivas, mas também das obrigações legislativas e judiciais, dos Estados Partes nos tratados de direitos humanos.

Há muito venho chamando a atenção para este ponto básico, não só em minha atuação no plano internacional, como também em conferências recentes que tenho proferido em nosso país (e.g., na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)²⁷, no Superior Tribunal de Justiça²⁸, no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)²⁹, no Instituto Brasileiro de Direitos Humanos³⁰, na Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS)³¹, e nesta mesma Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados³²). Há que ter sempre presente que a operação dos mecanismos internacionais de proteção não pode prescindir da adoção e do aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação, porquanto destas últimas – estou convencido – depende em grande parte a evolução futura da própria proteção internacional dos direitos humanos. A ênfase em tais medidas nacionais se dá, não obstante, sem prejuízo da preservação dos padrões internacionais de proteção.

Seria incorreto, por exemplo, visualizar os órgãos convencionais internacionais de proteção dos direitos humanos como instâncias de revisão, por exemplo, de decisões de tribunais nacionais; disto não se trata. No entanto, tais órgãos internacionais podem, e devem, no contexto de casos concretos de violações de direitos humanos, determinar a compatibilidade ou não com os respectivos tratados de direitos humanos, de qualquer ato ou omissão por parte de qualquer poder ou órgão ou agente do Estado, – inclusive leis nacionais e sentenças de tribunais nacionais. Trata-se de um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, aplicado no presente domínio de proteção dos direitos humanos.

A questão se situa em um problema de maior dimensão, no qual me permito insistir: o da falta de uma clara compreensão, que a meu ver continua a existir, neste final de século, na maioria dos países, quanto ao alcance das obrigações convencionais de

proteção. O recurso a doutrinas ou fórmulas que na realidade não servem ao propósito de fortalecer a proteção dos direitos humanos, e que se mostram desprovidas de conteúdo, tem contribuído à perpetuação de uma falta de clareza quanto ao amplo alcance dos deveres convencionais de proteção dos direitos humanos. Uma nova mentalidade é o de que mais se necessita. Temos que proteger nosso labor de proteção dos efeitos negativos do recurso a palavras ou conceitos vazios.

No dia em que prevalecer uma clara compreensão do amplo alcance das obrigações internacionais de proteção, haverá uma mudança de mentalidade, que, por sua vez, fomentará novos avanços neste domínio de proteção. Enquanto perdurar a atual mentalidade, conceitualmente confusa e portanto defensiva e insegura, persistirão as deferências indevidas ao direito interno, cujas insuficiências e deficiências ironicamente requerem a operação dos mecanismos de proteção internacional. A aplicação da normativa internacional tem o propósito de aperfeiçoar, e não de desafiar, a normativa interna, em benefício dos seres humanos protegidos.

1. As Obrigações Executivas dos Estados Partes nos Tratados de Direitos Humanos

Voltemos nossas reflexões, por alguns momentos, às obrigações executivas, legislativas e judiciais dos Estados Partes nos tratados de direitos humanos. De início, cabe ter presente que, a par das obrigações específicas em relação a cada um dos direitos protegidos, os Estados Partes contraem a obrigação geral de organizar o poder público para garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício de tais direitos. A aceitação dos tratados de proteção internacional pelos Estados Partes implica o reconhecimento da premissa básica, subjacente a estes últimos, de que a tarefa de proteção dos direitos humanos não se esgota – não pode esgotar-se – na ação do Estado.

No tocante a nosso país, no final da década passada o Brasil já se tornara Parte em diversos tratados de proteção “setorial” ou particularizada dos direitos humanos, mas persistia uma lacuna quanto a três tratados gerais de proteção, – os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, – a despeito da decisão de adesão a esses instrumentos

tomada já em 1985³³ (supra). Tal decisão veio a ser consumada, sete anos depois, em 1992.

A demora em efetuar a adesão do Brasil àqueles três tratados gerais de proteção levou o então Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores a emitir um extenso Parecer, de 18 de outubro de 1989, sobre a forma ou modalidade de tal adesão, no qual acrescentou outros dados, – que continuam a revestir-se de atualidade, – a título de providências adicionais que recomendava fossem prontamente tomadas pelo Brasil, relativas a instrumentos e cláusulas facultativos, com vistas à plenitude do alinhamento à causa da proteção internacional dos direitos humanos.

Suas recomendações, fundamentadas no citado Parecer, foram as seguintes: além da adesão aos três tratados gerais de proteção supracitados, a adesão ao [primeiro] Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (reconhecimento do Comitê de Direitos Humanos para receber e examinar petições ou comunicações individuais), aos dois Protocolos Adicionais de 1977 às Convenções de Genebra de 1949 sobre Direito Internacional Humanitário, às duas Convenções da Nações Unidas contra o *Apartheid* (de 1973 e 1985), à Convenção (n. 87) da OIT sobre a Liberdade Sindical de 1948 (a Convenção básica da OIT de garantia de um dos direitos humanos fundamentais, pendente de aprovação parlamentar desde 1949), ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988; além disso, as declarações de reconhecimento das competências do Comitê de Direitos Humanos para receber e examinar petições ou comunicações interestaduais (art. 41 do Pacto de Direitos Civis e Políticos), do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD) para receber e examinar comunicações individuais (art. 14 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial), da Comissão Interamericana de Direitos Humanos para receber e examinar petições ou comunicações interestaduais (art. 45 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), da Corte Interamericana de Direitos Humanos (reconhecimento de sua competência obrigatória em matéria contenciosa, sob o art. 62 da Convenção Americana), do Comitê contra a Tortura para receber e examinar petições ou comunicações individuais (art. 22 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura) e interestaduais (art. 21 da mesma Convenção); e, enfim, o levantamento das reservas a alguns arts. (15(4); 16(1)(a), (c), (g) e (h); e 29(1)) da Convenção da

Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979; e o levantamento das reserva geográfica sob o art. 1º(B)(1) da Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados³⁴ (reiterando o recomendado em Parecer anterior, de 19.05.1986) .

Como observou o Parecer supracitado de 18.10.1989, a aceitação pelo Brasil de instrumentos e cláusulas facultativos de tratados de direitos humanos havia que se dar “necessariamente de forma integral”: as providências supracitadas correspondiam ao “reconhecimento da anterioridade dos direitos humanos face ao direito estatal, e da confluência e identidade de objetivos do direito internacional e do direito público interno quanto à proteção da pessoa humana (...)”.³⁵ À medida em que o Brasil tomasse estas providências, estaria dando mostras de que continuava se orientando no sentido de buscar a plenitude da proteção internacional como garantia adicional dos direitos humanos. Adviriam por certo obrigações que se somariam às já contraídas, particularmente no tocante à elaboração de relatórios periódicos e de respostas a eventuais denúncias sobre os instrumentos internacionais de proteção. Haveria certamente que voltar as atenções às medidas nacionais de implementação dos instrumentos internacionais, – preocupação corrente também nos foros internacionais.

Tais medidas passariam a requerer por vezes a adoção, ou a reforma, da legislação nacional, com vistas a compatibilizá-la ou harmonizá-la com as obrigações convencionais. Persistia, neste particular, uma diversidade de situações, ilustrada pelos tratados de proteção recém-ratificados, uns já regulamentados em nível do direito interno (como a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989), e outros que continuariam a aguardar regulamentação no país (como as duas Convenções – a das Nações Unidas e a Interamericana – contra a Tortura) até o ano de 1997.

Nos últimos oito anos, algumas das recomendações contidas no mencionado Parecer de 18.10.1989 foram acatadas, outras ainda não. Tivessem sido seguidas plenamente todas aquelas recomendações, as adesões do Brasil a tratados gerais de proteção como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto de Direitos Civis e Políticos teriam abarcado igualmente a aceitação, pelo Brasil, respectivamente, da competência obrigatória em matéria contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos

Humanos) assim como da competência do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas para receber e examinar petições ou comunicações individuais (sob o [primeiro] Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos de Direitos Civis e Políticos). Além disso, Estado Parte também na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, teria o Brasil já aceito, sob a primeira (art. 14) e a segunda (art. 22) Convenções, as competências do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial (CERD) e do Comitê contra a Tortura (CAT), respectivamente, para receber e examinar petições ou comunicações individuais.

Surpreende que, decorrido todo este tempo, não tenha ainda o Brasil aceito tais cláusulas ou instrumentos facultativos. Isto significa que, no tocante, por exemplo, aos quatro importantes tratados de direitos humanos supracitados, nos planos global e regional, o Brasil aceita as obrigações convencionais substantivas contraídas em relação aos direitos protegidos, mas não se submete integralmente, até o presente, aos mecanismos de supervisão ou controle internacional do cumprimento de tais obrigações.

Urge que o Brasil reconsidere sua atual posição acerca das competências dos órgãos internacionais convencionais de proteção dos direitos humanos, aceitando-as integralmente, e dando assim outro salto qualitativo, no sentido de proporcionar desse modo uma garantia adicional de proteção a todas as pessoas sob sua jurisdição. Não há forma mais concreta de o país demonstrar seu compromisso sincero com a causa da proteção internacional do que a aceitação das mencionadas competências. Assim agindo, imbuído de nova mentalidade, estará dando mostras do sentimento de solidariedade humana que a livre aceitação de tais mecanismos de proteção requer, e sem o qual pouco se poderá continuar a avançar na salvaguarda internacional dos direitos humanos.

Apesar de todos os percalços, e sem prejuízo de iniciativas como as acima propostas, que ainda há que tomar, têm-se registrado avanços na postura do Brasil nos últimos anos, sobretudo em relação aos instrumentos internacionais de proteção particularizada.³⁶ No plano regional, em 27.11.1995, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (adotada na Assembléia Geral da OEA,

realizada em Belém do Pará, em 1994).³⁷ Em agosto de 1996, tomou o Brasil a decisão positiva de tornar-se Parte nos dois Protocolos à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o primeiro (de 1988) sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o segundo (de 1990) referente à Abolição da Pena de Morte. E cabe ressaltar que o Brasil encontra-se hoje vinculado por todo o *corpus juris* tanto do Direito Internacional Humanitário como do Direito Internacional dos Refugiados, o que é alentador. Há igualmente que se fazer referência, no plano interno, à ação de coordenação, sem precedentes, hoje empreendida pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos, e à mobilização e concerto, intensificados nos últimos anos, das organizações não-governamentais, muitas das quais hoje aqui presentes, nesta III Conferência Nacional de Direitos Humanos.

A grande lacuna a ser suprida refere-se, pois, à aceitação pelo Brasil das competências em matéria contenciosa dos órgãos convencionais de proteção estabelecidos pelos tratados de direitos humanos em que é Parte. No tocante à Corte Interamericana de Direitos Humanos, em particular, sua posição reticente é ainda mais surpreendente, porquanto a criação da Corte foi originalmente proposta na Conferência de Bogotá de 1948, precisamente pela Delegação do Brasil. Permito-me, a seguir, resumir os argumentos que, em tantas outras ocasiões, tenho avançado, em favor da aceitação incondicional pelo Brasil da competência obrigatória da Corte Interamericana (sob o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos):

primeiro, o reconhecimento da jurisdição em matéria contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos constituiria uma garantia adicional pelo Brasil, a todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição, da proteção de seus direitos, tais como consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, quando as instâncias nacionais não se mostrarem capazes de garanti-los e de assegurar com isto a realização da justiça;

segundo, tal reconhecimento projetaria no plano internacional o compromisso sincero do Brasil com a causa da salvaguarda dos direitos humanos, e em muito fortaleceria a posição da própria Corte Interamericana, ao passar a contar esta com o apoio de um país de dimensão continental e com uma vasta população, necessitada de maior proteção de seus direitos;

terceiro, a Constituição Brasileira vigente, de 1988, curiosamente propugna (art. 7º das

disposições transitórias finais) pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos, – tribunal este que, por sinal, já existe e opera regularmente há quase vinte anos: a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, – cuja criação foi proposta na IX Conferência Internacional Americana (em Bogotá, 1948) precisamente pela Delegação do Brasil;

quarto, o Brasil participou efetivamente dos trabalhos preparatórios da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e apoiou a sua adoção – na Conferência de San José de 1969, – de forma integral, inclusive quanto a seus instrumentos e cláusulas facultativos (como a do art. 62, sobre a aceitação pelos Estados Partes da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana em matéria contenciosa);

quinto, o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana estaria de acordo com a mais lúcida doutrina publicista e jusinternacionalista brasileira;

sexto, tal reconhecimento geraria um interesse bem maior, em particular por parte das novas gerações, pelo estudo e difusão da jurisprudência da Corte Interamericana (e de outros órgãos de proteção internacional dos direitos humanos), que continua virtualmente desconhecida em nosso país;

sétimo, ao longo dos anos, o Brasil adquiriu experiência no diálogo com outros órgãos de supervisão internacional dos direitos humanos, de base tanto convencional como extra-convencional, que pode ser-lhe de valia no contencioso de direitos humanos perante a Corte Interamericana;

oitavo, os órgãos de base convencional, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, têm um mandato concreto, fundamentado no próprio tratado de direitos humanos em questão, e baseiam suas decisões em regras de direito (distintamente dos órgãos de composição política); a via jurisdicional representa a forma mais evoluída de proteção internacional dos direitos humanos;

nono, não é razoável aceitar tão somente as normas substantivas dos tratados de direitos humanos, e deixar de aceitar os mecanismos processuais para a vindicação e proteção dos direitos consagrados nestes mesmos tratados; e

décimo, há uma interação entre o direito internacional e o direito interno no presente

contexto de proteção, e as jurisdições internacional e nacional, motivadas pelo propósito convergente e comum de proteção do ser humano, são aqui co-partícipes na luta contra as manifestações do poder arbitrário e contra a impunidade.

Sobre este último ponto me permito acrescentar uma reflexão: pode perfeitamente ocorrer, como na prática tem efetivamente ocorrido, que as instâncias nacionais necessitem a cooperação das instâncias internacionais para os problemas de direitos humanos que não conseguem resolver. Ilustram-no dois importantes casos decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano passado. Um mês depois da sentença desta (de 17.09.1997) no caso Loayza Tamayo, o Peru acatou a ordem da Corte Interamericana de libertar a prisioneira María Elena Loayza Tamayo, detida sob a legislação anti-terrorista; pouco depois, anunciou sua decisão de extinguir os chamados “tribunais sem rosto” no país. Este é um caso sem precedentes, em que uma prisioneira com base na legislação anti-terrorista foi libertada por determinação de um tribunal internacional de direitos humanos. Igualmente, pouco mais de um mês após a sentença da Corte Interamericana (de 12.11.1997) no caso Suárez Rosero, a Corte Suprema do Equador decidiu declarar a inconstitucionalidade de uma disposição da legislação penal anti-drogas, para tal invocando a referida sentença da Corte Interamericana. Este é outro caso sem precedentes na América Latina, em que a Corte Suprema de um país se respalda na sentença de um tribunal internacional de direitos humanos.

Os julgamentos da Corte Interamericana nos citados casos Loayza Tamayo versus Peru e Suárez Rosero versus Equador prenunciam a chegada de novos tempos na América Latina, no tocante à proteção dos direitos humanos nos planos a um tempo internacional e nacional; pelo imediato impacto que tiveram no direito interno dos respectivos países, já fazem parte da história contemporânea da proteção internacional dos direitos humanos em nosso continente. Com base em minha própria experiência, posso afirmar que as instâncias internacionais de proteção têm se mostrado valiosas na luta contra a impunidade, verdadeira chaga que corrói a crença nas instituições públicas e gera a anomia e apatia sociais. Muitos casos de direitos humanos, na verdade, só têm sido resolvidos graças ao concurso das instâncias internacionais de proteção, e este é um argumento de particular importância e grande peso, que vem ao encontro

da realização dos propósitos das próprias instituições públicas de todos os países.

Seria auspicioso se, por ocasião deste cinquentenário das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos, e de suas comemorações que já se multiplicam em nosso país, assim como do cinquentenário da proposta do Brasil na Conferência de Bogotá de 1948 de criação de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos, viesse o Brasil, – como já há tempos vivamente espero, – imbuído de nova mentalidade, a dar o salto qualitativo de reconhecer incondicionalmente a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana em matéria contenciosa (art. 62 da Convenção Americana). As gerações presentes e futuras de brasileiros não de ficar reconhecidas por esta decisão.

A par deste reconhecimento, é de se esperar que o Brasil, paralela e adicionalmente, faça o mais amplo uso da via consultiva, sob o art. 64 da Convenção Americana. A base jurisdicional consultiva da Corte Interamericana é particularmente ampla; sua amplitude, na verdade, não tem precedentes, bastando compará-la com as correspondentes de outros tribunais internacionais. A da Corte Interamericana se encontra aberta, como sempre esteve, a todos os Estados membros assim como aos órgãos principais da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Tentar mesclar ou confundir as funções contenciosa e consultiva da Corte Interamericana seria revelar pouca familiaridade com a matéria: uma e outra repousam em bases jurisdicionais inteiramente distintas. Tanto é assim que a via consultiva está aberta a todos os Estados membros da OEA, sejam ou não Partes na Convenção Americana, e aos órgãos da OEA enumerados no capítulo X de sua Carta, – sendo pois dotada de uma amplitude sem paralelo. A Corte Interamericana vem de esclarecer a diferença básica entre suas funções contenciosa e consultiva em seu décimo-quinto Parecer sobre os Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 14.11.1997, com o sólido respaldo de ampla jurisprudência internacional sobre a matéria, como o demonstrei em meu longo Voto Concordante neste recente Parecer da Corte Interamericana.

Pode perfeitamente o Brasil, portanto, a qualquer momento, paralela e adicionalmente à aceitação da jurisdição contenciosa da Corte, formular a esta pedidos de Pareceres sobre a interpretação da Convenção Americana ou de outros

tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. É o que, a meu ver, deveria prontamente fazer, ou inclusive já ter feito, porquanto tais Pareceres podem inclusive ajudar o país nos esforços empreendidos em prol da proteção dos direitos humanos no âmbito de seu ordenamento jurídico interno.

2. As Obrigações Legislativas dos Estados Partes nos Tratados de Direitos Humanos

Ao ratificar os tratados de direitos humanos, os Estados Partes contraem, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos, a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno às normas internacionais de proteção. As duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986, respectivamente) proíbem (art. 27) que uma Parte invoque disposições de seu direito interno para tentar justificar o descumprimento de um tratado. É este um preceito, mais do que do direito dos tratados, do direito da responsabilidade internacional do Estado, firmemente cristalizado na jurisprudência internacional. Segundo esta, as supostas ou alegadas dificuldades de ordem interna são um simples fato, e não eximem os Estados Partes em tratados de direitos humanos da responsabilidade internacional pelo não-cumprimento das obrigações internacionais contraídas.

A interpretação das leis nacionais de modo a que não entrem em conflito com a normativa internacional de proteção seria um meio de evitar o descumprimento daquelas obrigações internacionais. Os tratados, uma vez ratificados e incorporados ao direito interno, obrigam a todos, inclusive aos legisladores, podendo-se, pois, presumir o propósito de cumprimento de tais obrigações de proteção por parte do Poder Legislativo (da mesma forma que dos Poderes Executivo e Judiciário). Em matéria de direitos humanos, isto implica o dever geral de adequação do direito interno à normativa internacional de proteção (seja regulamentando os tratados para assegurar-lhes eficácia no direito interno, seja alterando as leis nacionais para harmonizá-las com as disposições convencionais internacionais), – dever este que se encontra expressamente consignado nos tratados de direitos humanos (a exemplo do art. 2º da Convenção

Americana sobre Direitos Humanos). Em virtude do caráter especial dos tratados de direitos humanos, impõe-se, com ainda maior força, a adequação do ordenamento jurídico interno às disposições convencionais.

Uma das formas mais concretas de medição da eficácia de um tratado de direitos humanos reside em seu impacto no direito interno dos Estados Partes, constatado através de reformas legislativas resultantes das decisões dos órgãos internacionais de proteção, e conducentes à adequação das leis nacionais às obrigações convencionais internacionais relativas à salvaguarda dos direitos humanos. A aplicação da Convenção Européia de Direitos Humanos pela Corte Européia de Direitos Humanos oferece uma pertinente ilustração a esse respeito.

No tocante a leis nacionais, recorde-se, por exemplo, para citar alguns casos dentre muitos outros, que, no caso Abdulaziz, Cabales e Balkandali (sentença de 28.05.1985), a Corte Européia concluiu que as três demandantes – que denunciaram estar privadas ou ameaçadas de ver-se privadas da companhia de seus familiares no Reino Unido, em virtude das normas de imigração (que visavam a proteger o mercado nacional de trabalho), – eram efetivamente vítimas de discriminação com base no sexo e em violação do art. 14 em combinação com o art. 8º da Convenção; ademais, como o Reino Unido não havia incorporado a Convenção Européia em seu direito interno, as demandantes não dispunham de um recurso interno eficaz ante uma autoridade nacional para remediar a discriminação sexual de que eram vítimas, o que, no entender da Corte, configurava ademais uma violação do art. 13 da Convenção. E, no caso Dudgeon (sentença de 22.10.1981), a Corte Européia concluiu que a própria existência da legislação penal na Irlanda do Norte (proibindo as relações homossexuais masculinas) atentava contra o direito ao respeito da vida privada (que compreende a vida sexual) consagrado no art. 8º da Convenção.

Em decorrência da sentença da Corte Européia no caso Marckx (1979), uma nova lei belga (de 31.03.1987) modificou a legislação relativa à filiação. Cerca de quatro anos após a sentença da Corte Européia no caso Campbell e Cosans (1982), uma lei britânica (de 07.11.1986) aboliu os castigos corporais nas escolas públicas daquele país. E, no mesmo ano da decisão da Corte Européia no caso X e Y versus Holanda (1985), foi adotada uma lei holandesa (de 27.02.1985)

emendando o Código Penal, de modo a permitir a um portador de deficiência mental interpor uma queixa por meio de seu representante legal. Várias outras sentenças da Corte Européia tiveram igual impacto no direito interno dos Estados Partes, no sentido de adequar as leis nacionais à normativa da Convenção Européia.

Em nosso continente, tanto a Comissão como a Corte Interamericanas têm dado mostras de sua disposição de embarcar decididamente nesta rota. Nos últimos anos, a Comissão Interamericana, nos casos das leis de anistia (1992), relativos ao Uruguai e à Argentina, por exemplo, concluiu que as referidas leis eram incompatíveis com os arts. 8º, 25 e 1º(1) da Convenção Americana, por acarretarem uma denegação de justiça. No caso Verbtsky versus Argentina (1994), a Comissão ressaltou expressamente o alcance do dever geral do art. 2º da Convenção Americana para tornar efetivos os direitos por ela garantidos, e expressou sua satisfação pela culminação de um processo de solução amistosa, com a derrogação, pelo Estado demandado, da figura do desacato da legislação nacional.

A Corte Interamericana, por sua vez, em sua já citada sentença de 17.09.1997 no caso Loayza Tamayo versus Peru, determinou a incompatibilidade dos decretos-leis de tipificação dos delitos de “traição à pátria” e “terrorismo” – aplicados no caso – com o art. 8º(4) da Convenção Americana (princípio do *non bis in idem*). E, na também citada sentença de 12.11.1997, no caso Suárez Rosero versus Equador, foi mais além, ao declarar que o art. 114 *bis* do Código Penal equatoriano, que privava a todas as pessoas detidas sob a lei anti-drogas de certas garantias judiciais (quanto à duração da detenção), violava *per se* o art. 2º, em combinação com o art. 7º(5), da Convenção, independentemente de sua aplicação no caso concreto. Esta conclusão da Corte é, a meu ver, de extraordinária importância para a evolução futura da matéria.

Podem inclusive ocorrer que, em um determinado caso, uma lei nacional constitua a base ou a origem de uma violação comprovada de direitos humanos; assim sendo, não basta, a meu ver – como tenho assinalado em meus reiterados Votos em decisões da Corte Interamericana – que o Estado demandado indenize as vítimas, porquanto também deve fazer cessar a violação da obrigação convencional, e só pode lograr isto mediante a revogação daquela lei e a conseqüente adequação de seu direito interno à normativa internacional de

proteção. Para a fundamentação jurídica desta tese, permito-me referir-me a meus Votos Dissidentes nos casos El Amparo (1996-1997)³⁸, relativo à Venezuela, Caballero Delgado e Santana versus Colômbia (1997)³⁹, e Genie Lacayo versus Nicarágua (1997).⁴⁰ No seio da Corte Interamericana, minha posição a respeito, – inicialmente solitária e minoritária, e a partir dos casos Loayza Tamayo e Suárez Rosero (*supra*), majoritária, – tem sido no sentido de que, tais como invocadas em casos concretos, as leis de exceção – a exemplo das que privilegiam foros militares especiais – são incompatíveis com as garantias do devido processo legal consagradas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Entendo que a adequação do direito interno às normas internacionais de proteção é, ademais, da própria essência do dever de prevenção, para evitar a repetição de violações de direitos humanos derivadas de uma determinada lei nacional. Pode também ocorrer que, em algum outro caso, seja a própria *vacatio legis* a fonte de uma violação comprovada de direitos humanos; nesta hipótese, o dever do Estado demandado consiste na adoção de uma lei (*e.g.*, estabelecendo garantias de proteção), de conformidade com os preceitos dos tratados de direitos humanos que vinculam o Estado em questão. O dever de prevenção é um componente básico das obrigações gerais, consagradas nos tratados de direitos humanos (a exemplo das consignadas nos arts. 1º (1) e 2º da Convenção Americana), de assegurar a todos o pleno exercício dos direitos consagrados e de adequar o direito interno às normas internacionais de proteção.

É de se lamentar que dificuldades práticas tenham surgido no cumprimento pelos Estados Partes de suas obrigações legislativas impostas pelos tratados de direitos humanos, sobretudo em razão da falta de uma compreensão clara do alcance de tais obrigações, que infelizmente parece ainda prevalecer em muitos países, em particular em nossa região. Não obstante, nem por isso deixam estas obrigações de impor-se, sem atrasos indevidos. Não é razoável, por exemplo, que se tenham consumido quase oito anos, como ocorreu no Brasil, para suprir uma lacuna, com a tipificação – em abril de 1997 – do crime da tortura, e ainda assim guardando um paralelismo apenas imperfeito com as duas Convenções sobre a matéria ratificadas pelo Brasil em 1989, – a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

O problema dos atrasos nas providências legislativas – *e.g.*, adoção ou modificação de uma lei – para compatibilizar o ordenamento jurídico interno com a normativa dos tratados de direitos humanos não tem passado despercebido no sistema europeu de proteção. Ao contrário, tem nele tido conseqüências para os Estados Partes na Convenção Européia. No caso Vermeire versus Bélgica (1991), por exemplo, advertiu a Corte Européia que o atraso de oito anos do Estado belga em proceder à modificação da legislação nacional sancionada por sua sentença no caso Marckx (*supra*) não estava em conformidade com suas obrigações convencionais (sob o art. 53 da Convenção Européia); por conseguinte, conclamou o Estado belga a efetuar a adequação legislativa sem maior atraso.

Com efeito, durante os oito anos que se seguiram à sentença da Corte Européia no já citado caso Marckx (*supra*), sem que a Bélgica modificasse a legislação impugnada, apresentaram-se duas outras denúncias com base no mesmo motivo. A Corte, nestes dois casos, em lugar de ordenar novamente a reforma da legislação (o que já havia feito no caso Marckx), determinou ao Estado demandado o pagamento de uma indenização pelos danos ocasionados pela omissão do Estado em questão de reformar a legislação impugnada no contexto do caso concreto.

Os Estados Partes nos tratados de direitos humanos obrigam-se não só a não violar os direitos protegidos, mas também a tomar todas as medidas positivas para assegurar a todas as pessoas sob sua jurisdição o exercício livre e pleno de todos os direitos protegidos, – o que implica a obrigação geral de adequação de seu direito interno à normativa internacional de proteção. Tais medidas positivas têm importância direta para a aplicação devida dos tratados de direitos humanos em múltiplos aspectos.

Por exemplo, se um Estado cumpriu efetivamente com esta obrigação geral de adequação do direito interno, muito dificilmente, por exemplo, poderia efetuar a denúncia de um tratado de direitos humanos (a exemplo do que ocorreu no Brasil, em novembro de 1996, com a Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, e em junho de 1971 com a Convenção n. 81 da OIT sobre a Inspeção do Trabalho na Indústria e no Comércio, – esta última re-ratificada pelo Executivo em dezembro de 1987)⁴¹, em razão de controles do próprio direito interno em um Estado democrático. Por que a ratificação de um

tratado de direitos humanos pelo Executivo – como de todos os tratados – está condicionada à prévia aprovação do mesmo pelo Legislativo e sua denúncia não? Não atentaria isto contra o equilíbrio de poderes e a salvaguarda dos direitos humanos em um Estado de Direito?

Quando não expressamente prevista em um tratado, para se efetuar tem a denúncia que poder inferir-se da natureza do tratado em questão (tendo presente o disposto no art. 56 das duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados); o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas vem de advertir oportunamente – em outubro de 1997 – que, em razão de sua própria natureza jurídica, o Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, por exemplo, não admite a possibilidade de denúncia. Até mesmo em relação às condições em que uma violação de um tratado pode acarretar sua terminação ou a suspensão de sua aplicação, as duas referidas Convenções de Viena excetuam expressa e especificamente “as disposições relativas à proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário” (art. 60(5), – em uma verdadeira cláusula de salvaguarda em defesa do ser humano. Os controles tanto do direito internacional como do direito interno devem aqui operar conjuntamente em prol da preservação e continuidade das obrigações convencionais internacionais de proteção dos direitos humanos.

A adequação das leis nacionais à normativa dos tratados de direitos humanos constitui uma obrigação – de tomar medidas positivas – a ser prontamente cumprida pelos Estados Partes. O fato de ser às vezes considerada uma obrigação “de resultado” (para fazermos uso de uma expressão remanescente do linguajar da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas) não significa que possa ser seu cumprimento adiado indefinidamente. Toda a construção doutrinária e jurisprudencial das “obrigações positivas” dos Estados representa uma reação contra as omissões legislativas – entre outras – e a inércia dos órgãos do poder público no presente domínio de proteção: contribui ela a explicar e fundamentar as obrigações legislativas dos Estados Partes em tratados de direitos humanos.

Estas últimas correspondem a um dever geral – paralelamente aos deveres específicos relativos a cada um dos direitos protegidos, – de cujo cumprimento cabal depende a cessação de uma violação da Convenção (quando derivada de uma lei nacional). A pronta adequação ou harmonização das legislações nacionais à normativa dos tratados de direitos humanos constitui uma obrigação geral que

se impõe de modo uniforme a todos os Estados Partes nos tratados de direitos humanos, complementando suas obrigações específicas atinentes a cada um dos direitos garantidos. O que urge, em nossos dias, mais do que tudo, é uma nova mentalidade, um melhor entendimento das obrigações convencionais de proteção, que abarcam todo e qualquer ato ou omissão do Estado Parte, de quaisquer de seus órgãos ou agentes, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, ou do Judiciário. É este princípio fundamental do direito da responsabilidade do Estado que deve nos orientar.

3. As Obrigações Judiciais dos Estados Partes nos Tratados de Direitos Humanos

No tocante às relações entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional na proteção dos direitos humanos, um ponto recorrente é o do *status*, no direito interno, da normativa internacional de proteção. Como a posição hierárquica dos tratados no ordenamento jurídico interno obedece ao critério do direito constitucional de cada país, as soluções variam de país a país. Como muitos Estados continuam – com variações – a equiparar os tratados – inclusive, equivocadamente, os de direitos humanos – à legislação ordinária infraconstitucional, têm surgido problemas na prática.

O mais grave deles configura-se em virtude da aplicação do princípio *lex posterior derogat priori*: se aos tratados é dada a mesma hierarquia das leis, poderiam teoricamente uns e outras revogar-se mutuamente (*e.g.*, uma lei posterior alterando uma disposição convencional), por força do simples critério cronológico. Trata-se de uma posição insustentável, e, sem sombra de dúvida, absurda, no campo da proteção internacional dos direitos humanos. Como assinala a jurisprudência internacional, os tratados de direitos humanos, diferentemente dos tratados clássicos que regulamentam interesses recíprocos entre as Partes, consubstanciam interesses comuns superiores, consubstanciados em última análise na proteção do ser humano. Como tais, requerem interpretação e aplicação próprias, dotados que são, ademais, de mecanismos de supervisão próprios.

Assim sendo, como sustentar que a um Estado Parte seria dado “derrogar” ou “revogar” por uma lei um tratado de direitos humanos? Tal

entendimento se chocaria frontalmente com a própria noção de garantia coletiva, subjacente a todos os tratados de direitos humanos. Neste contexto de proteção, já não mais se justifica que o direito internacional e o direito interno continuem sendo abordados de forma estanque ou compartimentalizada, como o foram no passado. Ao criarem obrigações para os Estados *vis-à-vis* os seres humanos sob sua jurisdição, as normas dos tratados de direitos humanos aplicam-se não só na ação conjunta (exercício da garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento jurídico interno de cada um deles.

O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, e estes são chamados a aplicar as normas internacionais. É este o traço distintivo e talvez o mais marcante dos tratados de direitos humanos, dotados de especificidade própria e, permito-me insistir neste ponto, a requererem uma interpretação própria guiada pelos valores comuns superiores que abrigam, diferentemente dos tratados clássicos que se limitam a regulamentar os interesses recíprocos entre as Partes. Com a interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas. Resulta, assim, claríssimo que leis posteriores não podem revogar normas convencionais que vinculam o Estado, sobretudo no presente domínio de proteção.

As sentenças dos tribunais nacionais devem tomar em devida conta as disposições convencionais dos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão. No sistema europeu de proteção, por exemplo, no tocante à determinação da compatibilidade ou não de decisões de tribunais nacionais com a normativa internacional dos derechos humanos, é histórica a sentença da Corte Européia de Direitos Humanos de 26.04.1979 no caso *Sunday Times versus Reino Unido*, célebre *locus classicus* da liberdade de expressão e do direito à informação sob a Convenção Européia; em decisão até então sem precedentes, a Corte Européia de fato “reverteu”, por assim dizer, uma decisão em sentido contrário da *House of Lords* britânica. Para recordar outro exemplo, as sentenças da Corte Européia nos casos *Le Compte, Van Leuven e De Meyere versus Bélgica* (1981) e *Albert e Le Compte versus Bélgica* (1983), sobre procedimento disciplinar da “Ordre des médecins” belga, tiveram o efeito de reverter inteiramente la *jurisprudence constante* da *Cour de Cassation* belga.

A persistência de lacunas ou obstáculos ou insuficiências do direito interno implica descumprimento das obrigações convencionais de proteção. Por exemplo, por força dos arts. 25, 1º(1) e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os Estados Partes estão obrigados a estabelecer um sistema de recursos simples e rápidos, e a dar aplicação efetiva aos mesmos. O direito a um recurso simples, rápido e efetivo ante os juízes ou tribunais nacionais competentes (art. 25 da Convenção Americana) representa um dos pilares básicos do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática (no sentido da Convenção), – como assinalado pela Corte Interamericana em casos recentes.⁴²

Esta garantia judicial – de origem latino-americana⁴³ – não pode ser minimizada, porquanto sua correta aplicação tem o sentido de aperfeiçoar a administração da justiça em nível nacional. Tal garantia no âmbito da proteção judicial (arts. 25 e 8º da Convenção Americana) é muito mais importante do que parece haver-se imaginado até o presente, e requer considerável desenvolvimento jurisprudencial. Em matéria de proteção e garantias judiciais, o direito interno dos Estados se aperfeiçoará na medida em que incorporar os padrões de proteção requeridos pelos tratados de direitos humanos. Para a realização deste propósito – a plena vigência dos direitos humanos – foram concebidos os instrumentos internacionais de proteção. As jurisdições internacional e nacional são co-partícipes nesse labor, e, *a fortiori*, na construção de um meio social mais justo e melhor para todos. A clara compreensão desta identidade fundamental de propósito, e de suas conseqüências jurídicas, requer, não obstante, uma mudança fundamental de mentalidade.

A disposição do art. 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil é Parte, representa, a meu ver, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Por meio deste dispositivo constitucional, os direitos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se *ipso jure* ao elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Ademais, por força do art. 5º(1) da Constituição, têm aplicação imediata. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive profibe expressamente até mesmo qualquer emenda tendente a aboli-los (art. 60(4)(IV)). A

especificidade e o caráter especial dos tratados de direitos humanos encontram-se, assim, devidamente reconhecidos pela Constituição Brasileira vigente.

Se, para os tratados internacionais em geral, tem-se exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente, no tocante aos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os §§ 2º e 1º do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988, pela primeira vez entre nós a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano de nosso ordenamento jurídico interno. Por conseguinte, mostra-se inteiramente infundada, no tocante em particular aos tratados de direitos humanos, a tese clássica – ainda seguida em nossa prática constitucional – da paridade entre os tratados internacionais e a legislação infraconstitucional.

Foi esta a motivação que me levou a propor à Assembléia Nacional Constituinte, na condição de então Consultor Jurídico do Itamaraty, na audiência pública de 29 de abril de 1987 da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, a inserção em nossa Constituição Federal – como veio a ocorrer no ano seguinte – da cláusula que hoje é o art. 5º(2).⁴⁴ Minha esperança, na época, era no sentido de que esta disposição constitucional fosse consagrada concomitantemente com a pronta adesão do Brasil aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o que só se concretizou em 1992.

É esta a interpretação correta do art. 5º(2) da Constituição Brasileira vigente, que abre um campo amplo e fértil para avanços nesta área, ainda lamentavelmente e em grande parte desperdiçado. Com efeito, não é razoável dar aos tratados de proteção de direitos do ser humano (a começar pelo direito fundamental à vida) o mesmo tratamento dispensado, por exemplo, a um acordo comercial de exportação de laranjas ou sapatos, ou a um acordo de isenção de vistos para turistas estrangeiros. À hierarquia de valores, deve corresponder uma hierarquia de normas, nos planos tanto nacional quanto internacional, a ser interpretadas e aplicadas mediante critérios apropriados. Os tratados de direitos humanos têm um caráter especial, e devem ser tidos como tais. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção,

não tem sido em razão de obstáculos jurídicos, – que na verdade não existem, – mas antes da falta de compreensão da matéria e da vontade de dar real efetividade àqueles tratados no plano do direito interno.

O propósito do disposto nos §§ 2º e 1º do art. 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional. Os juízes e tribunais nacionais que assim o têm entendido têm, a meu ver, atuado conforme o direito. Infelizmente, tem-se tentado circular de incertezas tais disposições tão claras, e condicionar a aplicação direta das normas internacionais de proteção, elevadas a nível constitucional, a uma emenda constitucional, alterando o disposto no art. 5º(2). Como a Constituição de um país não é um menu, de onde se possa escolher que disposições aplicar e que disposições deixar de lado e ignorar, tal atitude implica em descumprimento da disposição constitucional em questão por omissão, na medida em que adia a um amanhã indefinido a aplicação direta, em nosso direito interno, das normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil.

Desde a promulgação da atual Constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte tem efetivamente nível constitucional, e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária, – não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no art. 5º(2) da Constituição Federal Brasileira.

Se se encontrar uma formulação mais adequada – e com o mesmo propósito – do disposto no art. 5º(2) da Constituição Federal, tanto melhor. Mas enquanto não for encontrada, nem por isso está o Poder Judiciário eximido de aplicar o art. 5º(2) de nossa Constituição. Muito ao contrário, se alguma incerteza houver, está no dever de dar-lhe a interpretação correta, para assegurar sua aplicação imediata. Não se pode deixar de aplicar uma disposição constitucional sob o pretexto de que não parece clara. O problema – permito-me insistir – não reside na referida disposição constitucional, a meu ver claríssima em seu texto e propósito, mas sim na falta de vontade de setores do Poder Judiciário de dar aplicação direta, no plano de nosso

direito interno, às normas internacionais de proteção dos direitos humanos que vinculam o Brasil. Não se trata de problema de direito, senão de vontade (*animus*).

Ademais, o art. 5º(2) da Constituição Brasileira tem o grande mérito de não se restringir expressamente a determinados tratados de direitos humanos, como o faz, por exemplo, o art. 75(22) da Constituição Argentina vigente após a reforma constitucional de 1994, – lembrado como possível modelo para uma eventual reforma do art. 5º(2) de nossa Constituição. Entendo que a fórmula do art. 5º(2) da Constituição Brasileira é bem mais abrangente, e assegura, – ou deve assegurar, – em combinação com o art. 5º(1), a pronta aplicação direta, por nossos juízes e tribunais, de toda a normativa internacional de proteção que vincula o país, elevada que se encontra ao nível constitucional.

Não surpreende que os próprios juristas argentinos venham recentemente apontando as insuficiências do disposto no art. 75(22) de sua Constituição⁴⁵, nela inserido naturalmente com a melhor das intenções. Têm observado, por exemplo, que há uma certa incoerência em reconhecer a alguns tratados hierarquia constitucional e a outros tão somente nível infraconstitucional.

Não há qualquer explicação, e tampouco indicação de qualquer critério, por que certos tratados de direitos humanos foram, por assim dizer, “constitucionalizados” e outros não. O esquema continua sendo hermético, intra-hierárquico, deixando de impedir que futuras reformas constitucionais venham a contrariar os tratados de proteção. A seguir-se a mesma lógica, nada obstará a que se tivesse elevado tais tratados a nível supraconstitucional.

Como se o anterior não bastasse, outro inconveniente ou limitação reside na necessidade de prever um determinado procedimento legislativo para atribuir hierarquia constitucional a outros tratados de direitos humanos, que não tenham encontrado expressão na Constituição. É o que teve que prever a Constituição Argentina, requerendo para tal a aprovação congressual (de dois terços da totalidade dos membros de cada Câmara). Que ocorreria se o Congresso, por qualquer razão, ainda que de força maior, não tomasse esta providência? Assim, a Argentina é hoje Parte em diversos tratados de direitos humanos, inclusive outros que os que foram “constitucionalizados”, e que estão a requerer o

procedimento previsto em sua Constituição reformada.

Por que então buscar inspiração nas formulações constitucionais de outros países, se a nossa – o art. 5º(2) da Constituição Brasileira – é mais abrangente e não apresenta os inconvenientes apontados? O disposto no art. 5º(2) da Constituição Brasileira concede um tratamento especial ou diferenciado aos tratados de direitos humanos, do que não pode restar dúvida, situada que se encontra aquela disposição constitucional no capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, do título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, da Constituição. Ademais, o disposto no art. 5º(2) da Constituição Brasileira não padece dos riscos da invocação indevida do *inclusio unius est exclusio alterius*: ao contrário, encontra-se aberto a todos os tratados de direitos humanos que vinculam o Brasil, abarcando-os todos. Mais do que isto, o disposto no art. 5º(2) da Constituição Brasileira tampouco se limita aos tratados de direitos humanos *stricto sensu*, alcançando igualmente os tratados de direito internacional humanitário e de direito internacional dos refugiados que vinculam o Brasil.⁴⁶ Modificá-lo, para adaptá-lo – melhor dizendo, aprisioná-lo – à tese hermética e positivista da “constitucionalização” dos tratados, implicaria a meu ver um retrocesso conceitual em nosso país neste particular. Há que ir mais além da “constitucionalização” estática dos tratados de direitos humanos.

Aqui, novamente, se impõe uma mudança fundamental de mentalidade, uma melhor compreensão da matéria. Não se pode continuar pensando dentro de categorias e esquemas jurídicos construídos há várias décadas, ante a realidade de um mundo que já não existe. A ociosa polêmica secular entre monistas e dualistas continua a fascinar muitos de nossos círculos jurídicos ainda hoje. De suas amarras ainda não conseguiu se liberar grande parte do pensamento jurídico e da jurisprudência nacionais. O mesmo ocorre com a fantasia desagregadora das chamadas gerações de direitos, historicamente incorreta e juridicamente infundada, que tem prestado um serviço à promoção da visão holística dos direitos humanos, da inter-relação e integralidade necessárias de todos os direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais).

Recorde-se que, antes mesmo da reforma constitucional argentina de 1994, a jurisprudência argentina deu uma guinada em favor da hierarquia superior das normas de direitos humanos em

relação às leis internas (a partir da decisão da Corte Suprema de Justiça no caso Ekmedjian em 1992⁴⁷); lá, a mudança jurisprudencial precedeu a reforma constitucional nesse sentido. Por que razão no Brasil setores do Poder Judiciário resistem a avançar no mesmo sentido, ainda mais quando a Constituição de nosso país o permite expressamente e, mais do que isto, o determina? O problema não é de direito, mas sim de vontade, e, para resolvê-lo, requer-se sobretudo uma nova mentalidade.

V. Conclusões

À luz do anteriormente exposto, permito-me passar a minhas conclusões:

Primeira: Nas últimas décadas, a operação regular dos tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos tem demonstrado sobejamente que podem estes beneficiar diretamente os indivíduos. Na verdade, é este o seu propósito último; ao criarem obrigações para os Estados Partes *vis-à-vis* os seres humanos sob sua jurisdição, as normas dos tratados de direitos humanos aplicam-se não só na ação conjunta (exercício de garantia coletiva) dos Estados Partes na realização do propósito comum de proteção, mas também e sobretudo no âmbito do ordenamento interno de cada um deles (nas relações entre o poder público e os indivíduos), onde devem produzir efeitos.

Segunda: Os tratados de direitos humanos são dotados de especificidade própria e requerem uma interpretação guiada pelos valores comuns superiores que abrigam e em que se inspiram, no que se diferenciam dos tratados clássicos que se limitam a regulamentar os interesses recíprocos entre as Partes. O caráter especial dos tratados de direitos humanos acarreta conseqüências jurídicas nos planos tanto do direito internacional quanto do direito público interno. Os tratados de direitos humanos partem das premissas da anterioridade dos direitos que precedem a toda organização política e social (inerentes que são ao ser humano) e de que a ação de proteção de tais direitos não se esgota – não pode se esgotar – na ação do Estado. A noção de garantia coletiva é subjacente à aplicação dos tratados de direitos humanos, e o cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, chamados que são a aplicar as normas internacionais.

Terceira: Decorridas cinco décadas de experiência acumulada desde a adoção das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos, não mais se justifica que não se aceitem as cláusulas e instrumentos facultativos dos tratados de direitos humanos. Por conseguinte, deve ser integral a aceitação dos tratados de direitos humanos, incluindo a aceitação da competência obrigatória dos órgãos de proteção internacional. Não é razoável aceitar somente as normas convencionais substantivas, sem os correspondentes mecanismos processuais para a vindicação e proteção dos direitos consagrados. No tocante a um órgão judicial internacional como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a par da aceitação incondicional de sua jurisdição em matéria contenciosa, cabe adicionalmente fazer amplo uso de sua função consultiva.

Quarta: Decorridas cinco décadas de experiência acumulada desde a adoção das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos, não mais se justifica que se busque evitar ou negar o acesso direto das supostas vítimas aos tribunais internacionais de direitos humanos (Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos). Cabe afastar definitivamente as tentações de politização dos procedimentos de proteção; a jurisdicionalização destes últimos equivale à forma mais evoluída de proteção dos direitos humanos. A representação direta (*locus standi*) das supostas vítimas deve conduzir a seu acesso direto (*ius standi*) aos tribunais internacionais (Cortes Européia e Interamericana) de direitos humanos. Só assim se logrará o reconhecimento e a cristalização da personalidade e capacidade jurídicas internacionais plenas do ser humano.

Quinta: Diversas Constituições nacionais contemporâneas, referindo-se expressamente aos tratados de direitos humanos, concedem um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos humanos internacionalmente consagrados, alçando-os a nível constitucional. Os tratados de direitos humanos indicam vias de compatibilização dos dispositivos convencionais e dos de direito interno de modo a prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional no presente domínio de proteção; impõem aos Estados Partes o dever de provimento de recursos de direito interno eficazes, e por vezes o compromisso de desenvolvimento das “possibilidades de recurso judicial”; prevêm a adoção pelos Estados Partes de medidas legislativas, judiciais, administrativas ou outras, para a realização de seu objeto e propósito. Em

suma, contam com o concurso dos órgãos e procedimentos do direito público interno. Há, assim, uma interpenetração entre as jurisdições internacional e nacional no âmbito da proteção dos direitos humanos. Com a interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas.

Sexta: O chamado princípio da subsidiariedade dos instrumentos internacionais diz respeito tão somente à operação dos procedimentos ou mecanismos de proteção, porquanto o *corpus juris* substantivo do direito internacional e do direito interno no tocante à proteção dos direitos humanos forma um todo harmônico, um verdadeiro sistema de proteção.⁴⁸ Assim, na solução de casos concretos, aplica-se, como o indicam expressamente os próprios tratados de direitos humanos, o critério da primazia da norma mais favorável às supostas vítimas, seja ela norma de origem internacional ou de origem nacional.

Sétima: Afastada em nossos dias a compartimentalização estática da doutrina clássica entre o direito internacional e o direito interno, com a interação dinâmica entre um e outro no presente domínio de proteção é o próprio Direito que se enriquece – e se justifica, – na medida em que cumpre a sua missão última de fazer justiça. No presente contexto, o direito internacional e o direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento do direito de proteção do ser humano. É alentador constatar, nestes anos derradeiros a conduzir-nos ao final do século, que o direito internacional e o direito interno caminham juntos e apontam na mesma direção, coincidindo no propósito básico comum e último da proteção do ser humano.

Oitava: Os tratados de direitos humanos vinculam não só os Governos, mas os próprios Estados (Partes). Em um sistema integrado e coeso como o da proteção dos direitos humanos, aos órgãos convencionais de proteção cabe determinar a compatibilidade ou não com os respectivos tratados de direitos humanos de atos ou omissões de quaisquer poderes, órgãos ou agentes do Estado, independentemente do nível hierárquico. As normas internacionais, ao consagrarem e definirem claramente um direito individual, passível de vindicação ante um tribunal ou juiz nacional, são diretamente aplicáveis no plano do direito interno.

Nona: As obrigações internacionais de proteção, ao vincularem conjuntamente todos os

poderes do Estado, têm um amplo alcance. A par das obrigações atinentes especificamente a cada um dos direitos protegidos, os tratados de direitos humanos consagram as obrigações gerais de assegurar o livre e pleno exercício desses direitos, e de adequar o direito interno às normas convencionais de proteção. O descumprimento dessas obrigações engaja prontamente a responsabilidade internacional do Estado, por atos ou omissões, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário. Se maiores avanços não se têm logrado até o presente neste domínio de proteção, não tem sido em razão de obstáculos jurídicos, – que na verdade não existem, – mas antes da falta de vontade do poder público de promover e assegurar uma proteção mais eficaz dos direitos humanos.

Décima: Para lograr avanços no presente domínio de proteção, requer-se hoje, sobretudo, uma mudança fundamental de mentalidade. Não se pode continuar a pensar no universo conceitual dos dogmas e das categorias jurídicas do passado. É pouco o que os órgãos internacionais e nacionais de proteção podem fazer em prol da plena vigência dos direitos humanos sem uma nova mentalidade. As necessidades continuadas e novas de proteção do ser humano requerem uma renovação do pensamento jurídico.

Uma nova mentalidade emergirá, sobretudo nas novas gerações, a partir da compreensão das novas realidades: no tocante ao Poder Executivo, a partir da compreensão de que a aceitação da jurisdição obrigatória de um tribunal internacional como a Corte Interamericana de Direitos Humanos é algo bom para o país, e sobretudo para seus habitantes, que passam a contar, a par das instâncias nacionais, com o concurso de uma instância internacional para a proteção de seus direitos; no tocante ao Poder Legislativo, a partir da compreensão de que a harmonização do direito interno com a normativa internacional de proteção dos direitos humanos é algo bom para o país, e sobretudo para seus habitantes, porquanto vem atender à identidade de propósito entre o direito internacional e o direito público interno quanto à proteção daqueles direitos; e no tocante ao Poder Judiciário, a partir da compreensão de que a aplicação direta das normas internacionais de proteção dos direitos humanos é algo bom para o país, e sobretudo para seus habitantes, e que, ao invés de se apegar a construções e silogismos jurídico-formais e a um normativismo hermético, o que verdadeiramente se impõe é proceder à correta interpretação das normas internacionais e nacionais

de modo a realizar a proteção do ser humano (*pro victima*), sejam tais normas de origem internacional ou nacional.

A nova mentalidade que daí surgirá, haverá de manifestar-se, com maior vigor, no seio de uma sociedade mais integrada e imbuída de um forte sentimento de solidariedade humana, sem a qual pouco logra avançar o Direito. Este o memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional, que me permito apresentar a esta III Conferência Nacional de Direitos Humanos, como contribuição, de um

brasileiro preocupado com o futuro de seu país, ao debate nacional sobre a matéria. Confio em que, imbuídos de uma nova mentalidade, continuaremos, todos juntos, nas instituições públicas nacionais e no seio da sociedade civil brasileira, assim como nos órgãos internacionais de supervisão, a buscar a plenitude da proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. O que todos almejamos, em última análise, é deixar um Brasil mais justo a nossos filhos. Que esta III Conferência Nacional de Direitos Humanos se converta em uma data marcante, em um divisor de águas, na realização deste singelo propósito.

Notas

1. Texto da conferência proferida pelo Autor no painel inaugural da *III Conferência Nacional de Direitos Humanos*, realizada no Congresso Nacional (Auditório Nereu Ramos) em Brasília, no dia 13 de maio de 1998, sob o patrocínio da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados.
2. Cf., *inter alia*: A.A. Cançado Trindade, Exhaustion of Remedies in International Law and the Role of National Courts, 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977/1978) pp. 333-370; A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 222-264, esp. pp. 247-248; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-440; A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 1-59, e cf. pp. 520-563 e 573-638; A.A. Cançado Trindade (ed.), *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras*, San José da Costa Rica/Brasília, IIDH/FFN, 1992, pp. 43-68; A.A. Cançado Trindade (ed.), *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*, 2a. ed., San José da Costa Rica/Brasília, IIDH/CICV/ACNUR/CUE/ASDI, 1996, pp. 205-236; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 17-447.
3. Tomo aqui a expressão “direitos humanos” *lato sensu*, de modo a abarcar, a par dos tratados de direitos humanos, também os tratados de direito internacional humanitário e de direito internacional dos refugiados.
4. Reproduzida no número 1 de sua Revista, *Justiça e Democracia* (primeiro semestre de 1996), pp. 7-17.
5. *Ibid.*, p. 17.
6. O Regulamento A aplicável a casos relativos a Estados Partes na Convenção Européia que não ratificaram o Protocolo n. 9, e o Regulamento B aplicável a casos referentes a Estados Partes na Convenção que ratificaram o Protocolo n. 9.
7. Cf. texto *in* Government Legal Experts Meeting on the Question of the Establishment of an African Court on Human and Peoples Rights (Cape Town, South Africa, September 1995), 8 *African Journal of International and Comparative Law* (1996) pp. 493-500.
8. Cf. texto *in* 7 *Revue Universelle des Droits de l'Homme* (1995), pp. 212-214.
9. Cf. Regulamento anterior da Corte Interamericana, de 1991, arts. 44(2) e 22(2), e cf. também arts. 34(1) e 43(1) e (2).
10. Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *Godínez Cruz* e *Velásquez Rodríguez* (Indemnización Compensatoria), Sentenças de 21.07.1989.
11. Cf. a intervenção do Juiz A.A. Cançado Trindade, e as respostas do Sr. Walter Márquez e da Sra. Ligia Bolívar, como representantes das vítimas, *in* Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Transcripción de la Audiencia Pública Celebrada en la Sede de La Corte el Día 27 de Enero de 1996 sobre Reparaciones - Caso El Amparo*, pp. 72-76 (mimeografado, circulação interna).
12. Cf. as duas resoluções da Corte, de 10.09.1996, sobre os casos *Velásquez Rodríguez* e *Godínez Cruz*, respectivamente, *in* Corte I.D.H., *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1996*, pp. 207-213.
13. De cujo projeto original tive a honra de ser o relator, por designação da Corte.
14. Como o demonstram os amplos debates correntes a respeito, com a participação de representantes dos órgãos internacionais de proteção, de governos, de organizações não-governamentais e de peritos. Cf., *e.g.*, IIDH, *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (eds. J.E. Méndez e F. Cox), San José da Costa Rica, IIDH, 1998, pp. 17-603.
15. A.A. Cançado Trindade, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos*

- Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas, in *Derecho Internacional y Derechos Humanos / Droit International et Droits de l'Homme* (eds. D. Bardonnet y A.A. Cançado Trindade), La Haya/San José de Costa Rica, Académie de Droit International de La Haya/IIDH, 1996, pp. 47-95, esp. pp. 81-89. Cf. os mesmos argumentos in A.A. Cançado Trindade, Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección: Reflexiones y Recomendaciones *De Lege Ferenda*, 4 *Journal of Latin American Affairs* (1996), pp. 31-34.
16. Recorde-se que, sob a Convenção Européia de Direitos Humanos, já há algum tempo *todos* os Estados Partes, sem exceção, reconhecem a competência obrigatória da Corte Européia de Direitos Humanos em matéria contenciosa (sob o art. 46).
 17. Nos casos contenciosos, enquanto que na etapa anterior ante a Comissão as partes são os indivíduos reclamantes e os Estados demandados, ante a Corte comparecem a Comissão e os Estados demandados. Vê-se, assim, a Comissão no papel ambíguo de ao mesmo tempo defender os interesses das supostas vítimas e defender igualmente os “interesses públicos” como uma espécie de *Ministério Público* do sistema interamericano de proteção. Cabe evitar esta ambigüidade.
 18. A.A. Cançado Trindade, Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels), 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haya* (1987), pp. 410-412.
 19. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castillo Páez versus Peru* (Exceções Preliminares), Julgamento de 30.01.1996, Explicação de Voto do Juiz A.A. Cançado Trindade, §§ 16-17; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Loayza Tamayo versus Peru* (Exceções Preliminares), Julgamento de 31.01.1996, Explicação de Voto do Juiz A.A. Cançado Trindade, §§ 16-17; textos in OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1996*, pp. 56-57 e 72-73, respectivamente.
 20. Para um estudo, cf. A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327.
 21. Cf. A.A. Cançado Trindade, Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels), 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International - The Hague* (1987) pp. 180-189; A.A. Cançado Trindade, Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional, in *Assembléia Nacional Constituinte - Atas das Comissões*, vol. I, n. 66 (supl.), Brasília, 27.05.1987, p. 110; A.A. Cançado Trindade, The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts, *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Hague Conference, July 1995), The Hague, ASIL/NVIR, 1996, pp. 157-162 e 166-167; A.A. Cançado Trindade, La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema de la Organización de los Estados Americanos y el Derecho Interno de los Estados, *Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres* (Actas del I Curso Taller, San José de Costa Rica, Julio de 1996), San José de Costa Rica, IIDH, 1997, pp. 109-124, 129-139 e 140-147.
 22. Casos *Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Gangaram Panday e Neira Alegría*.
 23. Composto, segundo o art. 2º, pelos Ministros do Interior, das Relações Exteriores, da Justiça e da Defesa Nacional.
 24. Cf. texto da Lei 288 de 1996 in República de Colombia, *Diario Oficial*, Santa Fé de Bogotá, 09.07.1996, pp. 1-2; o Regulamento Interno do Comitê de Ministros foi adotado pelo *Acuerdo* n. 01, de 09.09.1996.
 25. A presente disposição, igual que a colombiana equivalente, menciona expressamente o Comitê de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Derechos Humanos, a título de exemplos. Cf. texto da Lei peruana de *Habeas Corpus e Amparo* (de 1982), in *Diario Oficial El Peruano - Normas Legales*, Lima, 08.12.1982, pp. 11889-11893.
 26. Reproduzida, juntamente com o Projeto de Lei, in O.L. Fappiano, La Ejecución de las Decisiones de Tribunales Internacionales por Parte de los Órganos Locales, in *La Aplicación*

- de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales* (eds. M. Abregú e Ch. Courtis), Buenos Aires, CELS, 1997, pp. 153-157.
27. Na abertura do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), no Auditório da UERJ, no Rio de Janeiro, em 20 de outubro de 1997.
 28. Por ocasião do I Encontro Brasília-Lisboa, no Auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília, em 24 de outubro de 1997.
 29. Na abertura da sessão solene do Conselho Federal da OAB, em sua sede em Brasília, em 09 de dezembro de 1997, em comemoração do Dia Mundial dos Direitos Humanos.
 30. Na abertura da sessão solene da instalação do Instituto, em Fortaleza, em 11 de agosto de 1997.
 31. Por ocasião do I Seminário sobre o Poder Judiciário e os Direitos Humanos no Rio Grande do Sul, no Auditório da UNISINOS, em São Leopoldo (RGS), em 25 de abril de 1997.
 32. Na abertura do já mencionado Encontro Internacional preparatório das comemorações do cinquentenário das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos no Brasil, realizado em Brasília, no Auditório Nereu Ramos da Câmara dos Deputados, em 03 de dezembro de 1997.
 33. Com base em extenso Parecer, de 16.08.1985, do então Consultor Jurídico do Itamaraty. Tal como assinalado naquele Parecer, tal decisão poderia ter sido tomada inclusive anos antes, porquanto não havia, como nunca houve, impedimentos ou argumentos de *cunho verdadeiramente jurídico* que pudessem justificar ou explicar a posição estática e mecânica de não-adesão do Brasil àqueles tratados gerais de direitos humanos.
 34. Parecer MRE-CJ/185, de 18.10.1989, reproduzido in A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 573-638.
 35. *Ibid.*, p. 638 (ênfase acrescentada).
 36. Não é mera casualidade que, às vésperas da Conferência Mundial de Viena, a *Exposição de Motivos* n. 180 do MRE, de 31.05.1993, tomou a iniciativa positiva de propor ao Presidente da República o levantamento de reservas formuladas pelo Brasil à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (Quando de sua ratificação, em 01.02.1984; cf. a anterior *Exposição de Motivos* do MRE de 09.07.1982, pp. 1-3), em particular, as reservas aos arts. 15(4) e 16(1)(a)(c)(g) e (h) da Convenção (tal como preconizado pelo então Parecer de 18.10.1989 - *cit. supra*).
 37. A outra Convenção adotada na mesma Assembléia Geral da OEA de 1994, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (assinada pelo Brasil em 10.06.1994), ainda não teve a mesma sorte, no sentido de sua ratificação pelo Brasil; continua em lenta tramitação no Congresso Nacional, aguardando a aprovação deste para a posterior ratificação pelo Executivo.
 38. Sentença (de reparações) de 14.09.1996, e Resolução (de interpretação de sentença) de 16.04.1997.
 39. Sentença (de reparações) de 29.01.1997.
 40. Resolução (de revisão de sentença) de 13.09.1997.
 41. Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): as Primeiras Cinco Décadas*, Brasília, Editora Universidade de Brasília (Ed. Humanidades), 1998, pp. 121-125.
 42. Este *obiter dictum* da Corte se encontra em suas recentes sentenças quanto ao mérito nos casos *Castillo Páez versus Peru* (1997), *Suárez Rosero versus Equador* (1997), *Paniagua Morales e Outros versus Guatemala* (1998), e *Blake versus Guatemala* (1998); a origem deste *obiter dictum* na jurisprudência recente da Corte se encontra no Voto Dissidente do Juiz A.A. Cançado Trindade no caso *Genie Lacayo versus Nicarágua* (resolução sobre recurso de revisão de sentença, de 13.09.1997), em que a maioria da Corte tomou posição distinta da seguida nos casos supracitados, sobre o ponto em apreço.

43. Tal garantia foi originalmente consagrada na Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem (de abril de 1948), no momento em que, paralelamente, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas ainda preparava o Projeto de Declaração Universal (de maio de 1947 até junho de 1948). É o que relata, em um fragmento de memória, o *rapporteur* da Comissão (René Cassin), agregando que a inserção da disposição sobre o direito a um recurso efetivo ante as jurisdições nacionais na Declaração Universal (art. 8º), inspirado na disposição correspondente da Declaração Americana (art. XVIII), efectuou-se nos debates subsequentes (de 1948) da III Comissão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Cf. R. Cassin, *Quelques Souvenirs sur la Déclaration Universelle de 1948*, 15 *Revue de Droit Contemporain* (1968), n. 1, p. 10.
44. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Direitos e Garantias Individuais no Plano Internacional*, in *Assembléia Nacional Constituinte - Atas das Comissões*, vol. I, n. 66 (supl.), Brasília, 27.05.1987, pp. 108-116.
45. Cf., *inter alia*: [Vários Autores,] *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales* (eds. M. Abregú e Ch. Courtis), Buenos Aires, CELS, 1997, pp. 3-649.
46. Cf., a respeito: A.A. Cançado Trindade, G. Peytrignet e J. Ruiz de Santiago, *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana (Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados)*, San José da Costa Rica/Brasília, IIDH/CICV/ACNUR, 1996, pp. 13-286.
47. Relativo à aplicabilidade direta, no direito interno (argentino), do art. 14(1) (direito de retificação ou resposta) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.
48. Tomo por *sistema*, no presente contexto, um conjunto coerente de princípios e normas, metodicamente organizados, formando o *substratum* de um pensamento, dotado de um propósito comum de proteção do ser humano, e operando sob uma determinada forma de controle exercido por órgãos próprios de supervisão, constituindo um todo integral e orgânico.

II

DIREITOS HUMANOS, VIOLÊNCIA POLICIAL E ESPACO PÚBLICO: UMA REFLEXÃO A PARTIR DO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT

.....

BENONI BELLI

Diplomata; Mestre em Ciência Política (UNICAMP); Doutorando em Sociologia (UnB).

“Fluindo na direção da morte, a vida do homem arrastaria consigo, inevitavelmente, todas as coisas humanas para a ruína e a destruição, se não fosse a faculdade humana de interrompê-las e iniciar algo novo, faculdade inerente à ação como perene advertência de que os homens, embora devam morrer, não nascem para morrer, mas para começar”. (Hannah Arendt - A Condição Humana)

I

Diante dos horrores que Hannah Arendt testemunhou durante o período em que o totalitarismo vicejou na Alemanha e na União Soviética, pode parecer curiosa a passagem em epígrafe. Afinal, como uma judia alemã que se refugiou nos Estados Unidos, havendo experimentado na própria pele a condição de apátrida, poderia manter um certo otimismo em relação às potencialidades humanas? Como alguém que sofreu diretamente as conseqüências terríveis de ser considerada “descartável” e que se viu destituída do direito a ter direitos que caracteriza a cidadania conseguiu, apesar de tudo, manter viva a fé na condição humana da ação, enquanto virtualidade de inovação presente e renovada cada vez que um ser humano nasce?

Não é intenção deste ensaio fornecer respostas para essas perguntas, mesmo porque as prováveis razões para que Hannah Arendt tenha erigido a natalidade a um *status* pouco comum na teoria política reside, a um só tempo, em sua formação – da qual sobressai a influência de Santo Agostinho, e em preferências pessoais difíceis de avaliar. O que é necessário reter, no entanto, é a importância da categoria da natalidade, que em Arendt ilumina não apenas uma fé nas possibilidades da ação como um *initium*, mas também a condição humana da pluralidade que se realiza em sua plenitude através da sustentação de um espaço público em que os homens aparecem uns aos outros por meio da palavra e da ação.

A reflexão arendtiana, como já observaram vários estudiosos, não segue um caminho linear, prefere, ao contrário, enveredar por sendas tortuosas. Rejeita, assim, soluções acabadas para os problemas de seu tempo, afastando qualquer veleidade de oferecer regras gerais com base nas quais subsumir fatos particulares. Nesse sentido, a descrição e a crítica operadas no livro *The Origins of Totalitarianism* (ARENDR, 1992) devem ser encaradas como o início de uma reflexão sobre os pressupostos do exercício da liberdade na sociedade contemporânea. Ao constituir-se como uma ruptura na tradição política, o fenômeno do totalitarismo demonstrou que o homem pode se tornar um ser supérfluo, totalmente submetido ao tenor e à ideologia totalitária que se desdobra em dedução inflexível de leis “naturais” ou “históricas”. O “tudo é possível” do totalitarismo simplesmente pulverizou nossas categorias políticas e nossos critérios de julgamento moral.

Toda reflexão posterior de Arendt esteve marcada por esses dois pontos de referência aparentemente contraditórios: a fé nas virtualidades positivas da condição humana e a consciência da possibilidade real – demonstrada pelo totalitarismo – de que os seres humanos venham a ser destituídos de lugar em um mundo comum. A atualidade do pensamento de Hannah Arendt, como aponta Celso Lafer, reside na constatação de que mesmo depois do totalitarismo, e ainda hoje, “(...) continuam a persistir (...) situações sociais, políticas e econômicas que contribuem para tornar os homens supérfluos e sem lugar num mundo comum” (LAFER, 1988: 15). A conjugação dos

dois elementos mencionados permite avaliar os perigos presentes nas sociedades contemporâneas sem se deixar levar por um pessimismo sem saída, visto que a natalidade traz consigo a possibilidade infinita de mudança.

É certo que a análise empreendida por Arendt lidou com casos extremos ou “situações-limite”, mas a própria autora reconheceu na sociedade de massas as condições que ensejaram o totalitarismo. Não parece descabido procurar utilizar a contribuição arendtiana para analisar alguns dos aspectos de sociedades específicas que contribuem, ainda que não no mesmo grau que o totalitarismo, para a exclusão de parcelas importantes da população. Celso Lafer, por exemplo, refere-se aos problemas da pobreza e do desemprego, que jogam um papel central no processo de exclusão. Este ensaio, no entanto, pretende fazer um exercício de apropriação do pensamento de Hannah Arendt para lançar luzes sobre outro problema igualmente sério: o da violência policial urbana no Brasil durante a década de 90. Sem deixar de levar em conta o caráter fragmentário da obra de Hannah Arendt, que felizmente não permite soluções simplistas, parece ser possível seguir alguns caminhos percorridos pela autora a fim de identificar certos obstáculos ao exercício da liberdade no Brasil de hoje.

O ponto de partida será a reflexão de Hannah Arendt a respeito da prática do “mal” no seio de burocracias e a questão da capacidade de pensar e julgar. Não se trata aqui de transpor automaticamente para um contexto considerado democrático conceitos pensados para situações extremas de totalitarismo e ditadura, mas tão-somente revelar a sobrevivência de aspectos autoritários sob o manto da democracia política. No segundo momento, será resgatada a reflexão arendtiana sobre violência e poder, procurando pensar a violência policial brasileira e suas consequências para uma concepção “comunicativa” de poder. A terceira e última parte levantará novamente as questões aduzidas na introdução acerca do espaço público, da ação e da pluralidade humana, tendo como pano de fundo o estigma imposto aos segmentos sociais que são as vítimas preferenciais da violência policial ilegal.

II

O Brasil da década de 90 tem-se mostrado pródigo em exemplos de massacres, execuções

sumárias e torturas em que agentes policiais violam sistematicamente os direitos mais elementares de parcela da população. A justificção da violência ilegal por parte de policiais parece derivar de uma percepção generalizada sobre o crescimento da criminalidade urbana e a necessidade de remédios radicais como modo de evitar que o “câncer” se espraie por todo o tecido social. Teresa Caldeira identifica esse tipo de percepção na cidade de São Paulo, onde a população se sente abandonada pelas autoridades e instituições, que não conseguem conter o avanço da criminalidade. O “câncer”, no caso, é a criminalidade, que é vista como algo contagioso e difícil de ser combatido caso tenha se apossado do corpo de um delinqüente. A solução não poderia ser menos radical: apoia-se a pena de morte como necessária e, no caso da classe média, constróem-se barreiras simbólicas (preconceitos) e materiais (muros, cercas, condomínios fechados) para isolar e proteger um espaço de convivência social dos perigos exteriores (Ver CALDEIRA, 1996).

Essa percepção da criminalidade parece ter passado a justificar os atos de tortura e execuções sumárias, com função análoga à da ideologia de segurança nacional durante o combate aos “subversivos” sob o regime militar. O criminoso é, assim, “demonizado”, considerado um caso perdido e sem a mínima chance de ressocialização. Torturá-lo para obter informações ou matá-lo justifica-se pela simples razão de que, ao ter-se bandeado para o lado do crime, adentrou o campo de batalha, tornou-se inimigo, transmutou-se em agente da destruição da sociedade, enfim, renegou sua condição de cidadão merecedor de respeito e submeteu-se ao rigor dos agentes da ordem. Numa apropriação livre do pensamento de Hannah Arendt, poder-se-ia dizer que mesmo gozando do *status* jurídico de cidadão, muitos indivíduos vêem o direito a ter direitos desintegrar-se pela negação cotidiana do direitos civis básicos, especialmente o direito à vida e o direito a não ser submetido à tortura.

A análise de Hannah Arendt sobre a responsabilidade pessoal sob situações de ditadura é ainda mais eloqüente para o contexto brasileiro, considerado “democrático”. Se na ditadura o argumento da obediência não pode ser invocado para justificar a prática de crimes, ele parece ainda mais fora de lugar quando tais crimes não resultam de uma política deliberada de Estado. Além disso, Arendt ressalta que as atrocidades cometidas em nome da lei e da obediência cega ao líder não são cometidas por monstros, mas

sobretudo por pessoas normais:

“E esses feitos não foram cometidos por criminosos, monstros e sádicos loucos, mas pelos membros mais respeitados da respeitável sociedade que, na maior parte das vezes, nem mesmo acreditavam nas ‘palavras do Führer’, as quais tinham força de lei.” (ARENDDT, 1964: 205)¹

Ainda de acordo com Arendt, o que impediu algumas pessoas que viveram sob o regime nazista de aderir aos massacres e outras atrocidades não foi um melhor sistema de valores. Para Arendt, algumas pessoas não estavam dispostas a conviver com um assassino dentro de si. Em outras palavras, os que se recusaram a participar do holocausto decidiram assim porque mantiveram a capacidade de julgar, que depende do diálogo silencioso do eu comigo mesmo que desde Sócrates tem sido chamado de pensamento. Os que cometeram crimes, por outro lado, haviam perdido a capacidade de pensar e julgar. Essa mesma incapacidade Arendt constatou em Adolf Eichmann, que, apesar de ter sido responsável por inúmeras mortes durante o nazismo, considerava-se apenas um fiel cumpridor da lei e de seus deveres enquanto funcionário (Ver ARENDT, 1994c).

Não se pode dizer, é claro, que um policial que mata e tortura se considere fiel cumpridor da lei. Mas a burocracia policial socializa seus agentes de maneira análoga a qualquer burocracia moderna. Em geral, o burocrata se sente uma pequena engrenagem numa máquina:

“A razão pela qual homens e mulheres comuns tomam parte no grande mal (*great evil*) reside no fato de que as instituições burocráticas socializam seus membros no sentido de torná-los incapazes de pensar, pelo menos no que concerne ao que é certo ou errado dentro da instituição. (...) De acordo com minha interpretação de Arendt, a socialização institucional no seio de burocracias transforma indivíduos em partes de engrenagens, isto é, os indivíduos passam a se considerar anônimos.” (MAY, 1996: 89)²

Os policiais brasileiros não se consideram fiéis cumpridores da lei, mas agentes de uma certa justiça, que é sumária e arbitrária. A cultura da guerra contra o crime justifica quaisquer meios em nome do fim a ser atingido: a depuração da sociedade. A ausência de pensamento não permite que se vejam os

criminosos, os suspeitos e os acusados como sujeitos de direito. Entram todos na categoria de “bandidos” a serem eliminados. Os atos de tortura e as execuções são explicados por intermédio de chavões, tais como a suposta necessidade de usar a força para evitar o mal maior e extirpar o câncer do crime que ameaça a sociedade; a tortura seria o único meio de fazer um bandido falar e pagar pelo crime; as execuções limpam a sociedade de uma escória irrecuperável etc.. Ou seja, reproduz-se um discurso, assim como uma cultura, da violência ilegal que é aceita irrefletidamente em todos escalões do aparelho policial.

Na Introdução de seu livro *A Vida do Espírito*, Hannah Arendt revela que seu interesse pelas atividades da *vita contemplativa* se deve em grande parte ao fato de ter assistido ao julgamento de Eichmann. A autora confessa que o que a deixou aturdida foi a impossibilidade de localizar em níveis mais profundos o mal incontestável dos atos de Eichmann. Os atos eram monstruosos, mas o agente “(...) era bastante comum, banal, e não demoníaco ou monstruoso” (ARENDDT, 1995: 6). A única característica notória do agente era sua irreflexão, que ficava evidente no uso de clichês e frases feitas e na adesão a códigos de conduta convencionais. Tais expedientes, recorda Arendt, têm a função socialmente reconhecida de nos proteger da realidade, da exigência de pensar. Ora, o mal incontestável de atos como execuções e massacres no Brasil contemporâneo segue um curso semelhante, uma vez que os agentes lançam mão de um código de conduta que os exime da exigência de pensar e julgar, facilitando o trabalho de apertar o gatilho.

Alguns estudiosos da obra de Hannah Arendt, como Richard Bernstein, consideram que a autora nunca deu um resposta completamente satisfatória sobre a conexão entre a habilidade ou inabilidade de pensar e a prática do “mal” (BERNSTEIN, 1997). De qualquer modo, está claro que Arendt acreditou que a capacidade de distinguir entre o certo e o errado, entre o bem e o mal, pressupõe o exercício das atividades mentais do pensar e do julgar. O pensar tem uma função liberadora sobre o juízo, pois consiste no “dois-em-um” socrático, no diálogo do eu comigo mesmo, que se manifesta através da representação mental dos pontos de vista dos outros que caracteriza uma “mentalidade alargada”. Arendt parte do pensamento de Kant para afirmar um tipo de julgamento que não necessita subsumir os particulares em regras ou princípios gerais. O julgamento de Arendt, que permite distinguir o

certo do errado, não é um julgamento determinante, mas “reflexionante”, pois depende do efeito liberador do pensar e de uma reflexão que deriva a regra do particular. Os particulares podem adquirir “validade exemplar”, que, para Arendt, pode ser comparada aos conceitos das ciências políticas ou históricas:

“A maior parte dos conceitos nas ciências políticas e históricas possui essa natureza restrita; eles têm sua origem em algum incidente histórico particular e procedemos de modo a torná-los ‘exemplares’ – de modo a ver no particular o que é válido para mais de um caso.” (ARENDR, 1994b: 83-84)

Embora o pensar e o julgar necessitem de uma retirada provisória, um voltar-se para o interior, essas atividades não somente dependem do mundo das aparências, que é o mundo real para Arendt (ser=aparência), como também repercutem sobre ele. Dependem desse mundo porque o *sensus communis* kantiano que orienta a mentalidade alargada está baseado na possibilidade de uma intersubjetividade, a qual se liga aos pontos de vista alheios, encontráveis no mundo das aparências e representados mentalmente através da imaginação. O pensar, por outro lado, nada mais é do que se desligar momentaneamente do mundo das aparências para chegar a uma conclusão sobre o sentido das coisas, as quais, por sua vez, também se encontram no mundo das aparências. A própria atividade do julgar, definida como a faculdade de combinar “misteriosamente” o particular e o geral, repercute de modo decisivo no mundo das aparências, visto que da habilidade de julgar pode depender a decisão de não tomar parte em atrocidades mesmo em momentos de colapso moral da sociedade.

III

A reflexão de Hannah Arendt sobre a questão do “mal” e da ausência de pensamento não está desligada da preocupação com os fenômenos do poder e da violência. No caso do Brasil, a ausência de pensamento que parece caracterizar as ações policiais de execução sumária e torturas, cujos exemplos são cada vez mais freqüentes nesta década dos 90, vem acompanhada de uma concepção de poder que se fundamenta no exercício da violência. Com efeito, é tentador ver no exercício da violência policial uma forma de manifestação de poder, ainda que

não democrático, posto que a violência aqui tratada é aquela praticada ao arripio da lei e dos princípios de direitos humanos. Independentemente da posição adotada, a favor ou contra as atrocidades cometidas em nome da purificação da sociedade, o fato é que a violência é sempre vista como meio de assegurar o poder, seja o poder que emerge de uma suposta comunidade homogênea e “ordeira” – numa concepção autoritária de sociedade, seja o poder de uns poucos sobre a grande maioria.

A inovação de Arendt – totalmente congruente com sua reflexão sobre a intersubjetividade que está envolvida nas atividades de pensar e julgar – reside numa concepção “comunicativa” do poder, para usar a expressão de Habermas. O poder seria resultado de homens agindo em conjunto:

“O *poder* corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido.” (ARENDR, 1994a: 36)

Arendt se coloca contra a tradição de considerar a violência como manifestação mais flagrante de poder, rejeitando a concepção weberiana do Estado como o governo de homens sobre homens baseado na violência legítima. Para Arendt, apenas o poder pode ser legítimo, uma vez que depende do apoio popular, o mesmo apoio que confere poder às instituições de um país. A violência pode, no máximo, ser justificada, mas nunca é legítima.³ A violência é apenas um instrumento, enquanto o poder é um fim em si mesmo. Arendt reconhece que, em determinadas situações, a violência pode ser utilizada pelo poder como um último recurso contra rebeldes ou criminosos que se recusam a aderir ao consenso majoritário, mas mesmo nessas situações a violência não deixa de ser um mero meio para atingir um fim, jamais podendo substituir o poder. Em momentos de desagregação do poder, resta mais evidente o perigo inerente ao uso da violência, que reside na possibilidade do meio não levar ao fim pretendido:

“A violência, sendo instrumental por natureza, é racional à medida que é eficaz em alcançar o fim que deve justificá-la. E posto que, quando agimos, nunca sabemos com certeza quais serão as conseqüências eventuais do que estamos fazendo, a violência só pode permanecer racional

se almeja objetivos de curto prazo. (...) o perigo da violência (...) sempre será o de que os meios se sobreponham ao fim. Se os objetivos não são alcançados rapidamente, o resultado será não apenas a derrota, mas a introdução da prática da violência na totalidade do corpo político.” (ARENDDT, 1994a: 57-58)

A violência aparece como uma tentação crescente para aqueles que se consideram os detentores de posições de mando à medida que o poder se esvai e as instituições perdem legitimidade. Se o poder tende a ser substituído pela violência, o meio acaba prevalecendo sobre o fim, minando as condições para a ação conjunta e ampliando o hiato entre “dominantes” e “dominados”, ou “governantes” e “governados”. Nesse processo, o comando dado por aqueles que detêm os meios de violência visa a obediência, mas a verdadeira autoridade não pode derivar da violência, e sim do reconhecimento espontâneo daqueles que obedecem.

A violência policial brasileira tem o objetivo declarado de enquadrar os recalcitrantes, aqueles que não aderem aos códigos e leis da maioria. Na prática, a violência é perpetrada por agentes que transcendem os limites impostos pela lei e pela maioria dos governantes eleitos, ou seja, adquirem uma autonomia e passam a extrapolar sua missão legal para administrar uma determinada concepção de justiça. Quando se desce o olhar para os níveis estadual e municipal, porém, encontram-se com maior facilidade exemplos de autoridades eleitas que estimulam a violência ilegal de policiais. Tal violência é praticada em nome da manutenção das condições de sobrevivência da comunidade que, em última instância, seria fonte de todo o poder. O poder da sociedade e de suas instituições, para os que praticam ou estimulam a violência policial, dependeria assim da eficácia dos processos de aniquilação e eliminação física dos criminosos.

O grande problema é que os meios de violência adquiriram uma dinâmica própria, tornaram-se mais importantes do que o fim de manutenção do poder a que alegadamente serviriam. A violência policial foge ao controle até mesmo dos governantes que a toleram e estimulam, além de atingir, indiscriminadamente, criminosos e não-criminosos. O pré-requisito para ser alvo desse tipo de violência é apenas ostentar a condição de pertencente a categorias como pobre, favelado, negro e outros estereótipos do gênero. A dimensão de controle social aparece curiosamente

de forma difusa, dificultando o trabalho de identificação da fonte da discriminação contra aqueles que se tornam as vítimas preferenciais da violência policial ilegal. Nos marcos do pensamento arendtiano, dir-se-ia que a manutenção das condições para o exercício do poder da comunidade já não pode justificar a violência policial no Brasil, uma vez que a própria forma de manifestação desse tipo de violência assumiu um caráter de fim em si mesmo.⁴

Se a violência aparece quando o poder está em perigo, não seria temerário inferir que no Brasil o poder, tal como concebido por Arendt, está longe de enraizar-se. O agir conjunto, que é a essência do conceito de poder arendtiano, seria impossível numa situação em que grande parte da população ocupa um lugar inferior e é encarada como “classe perigosa”, a ser permanentemente vigiada e controlada. Apesar da crítica de Habermas, segundo a qual a política não pode ser idêntica à *praxis* daqueles que conversam entre si a fim de agirem em comum – pois há uma série de fatores estruturais, como a ideologia, que bloqueiam os processos comunicativos (HABERMAS, 1980), é inegável que, no caso brasileiro, a violência policial contribui decisivamente para alimentar a alienação de parcela da população de uma suposta comunidade de direitos.

Independentemente da crítica que se possa fazer a Arendt em virtude do apego ao modelo da antigüidade clássica, especialmente grega, é a crença na possibilidade de gozar dos benefícios gerados pela *polis* que impede que a ordem social seja mantida pela coerção pura e simples. O desrespeito aos direitos civis básicos por parte de agentes estatais que deveriam garanti-los priva indivíduos da capacidade de agir na arena pública e de tomar parte ativamente nos assuntos da comunidade. Em suma, ao reduzir determinadas camadas da população a uma espécie de cidadania de segunda classe, a violência policial, conjugada com a extrema desigualdade econômico-social, acarretaria o fechamento *de facto* do espaço público para esses setores, contribuindo para que as instituições estatais percam legitimidade e sejam encaradas com desconfiança, indiferença ou franco desprezo pelos excluídos.

IV

O agir conjunto da concepção comunicativa de poder de Hannah Arendt depende

de um espaço público, que é a esfera por excelência da política. É nessa esfera que a ação, na qualidade de iniciativa, pode desenvolver-se como única atividade que é exercida diretamente entre os homens sem a mediação das coisas e da matéria. É nesse espaço, através da ação, que os homens se diferenciam. A pluralidade, enquanto condição da ação humana, consiste no “(...) fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir” (ARENDT, 1989: 16). O poder brota dessa interação entre os seres humanos, sempre que eles se reúnem na modalidade do discurso e da ação. Por meio de palavras e de atos os homens se inserem no mundo e conseguem transcender sua mortalidade, ao deixar impresso no mundo feitos que, ao serem lembrados, adquirem durabilidade.

“Se a ação, como início, corresponde ao fato do nascimento, se é a efetivação da condição humana da natalidade, o discurso corresponde ao fato da distinção e é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver como ser distinto e singular entre os iguais.” (ARENDT, 1989: 191)

Os seres humanos vêm ao mundo carregando a semente da transformação, mas só conseguem mostrar quem são através da ação em um espaço público, onde poderão ser julgados pelos seus pares. Fechar o espaço público corresponde a suprimir a política e aniquilar a liberdade, posto que, como recorda Celso Lafer, política e liberdade só aparecem quando existe um espaço público que enseja, pela liberdade de participação na coisa pública, o diálogo no plural que permite a palavra viva e a ação vivida (Ver LAFER, 1979).

Mas há algumas dificuldades para a manutenção do espaço público que emanam da própria atividade da ação. A ação, por dar-se entre seres humanos, desencadeia processos que são ao mesmo tempo irreversíveis e imprevisíveis. A única solução para a irreversibilidade, que é a impossibilidade de se desfazer o que foi feito, consiste na faculdade de perdoar. Quanto à imprevisibilidade, ou seja, a incerteza em relação ao futuro, a solução vislumbrada por Arendt está na faculdade de prometer e cumprir promessas. O espaço público, como lugar por excelência da política, depende também dessas duas faculdades e de um conjunto de acordos básicos que favorece

o cumprimento de promessas e o exercício do perdão.

“Todos os negócios políticos são e sempre foram transacionados dentro de um minucioso arcabouço de laços e obrigações para o futuro – como leis e constituições, tratados e alianças –, derivando todos, em última instância, da faculdade de prometer e manter a promessa face às incertezas intrínsecas do futuro.” (ARENDT, 1972: 212)

A originalidade de Hannah Arendt em introduzir a questão do perdão talvez seja ainda maior que sua referência às promessas. Na teoria política, não seria difícil equiparar as promessas mencionadas por Arendt à idéia de contrato social de Rousseau, embora nossa autora rejeite qualquer idéia de vontade geral. A faculdade de perdoar, entretanto, aparentemente não possui um equivalente na teoria política clássica. O que ambas as faculdades possuem em comum é o fato de não poderem existir sem o espaço público e a pluralidade. Vale dizer que “(...) na solidão e no isolamento, o perdão e a promessa não chegam a ter realidade: são, no máximo, um papel que a pessoa encena para si mesma” (ARENDT, 1989: 249). Num movimento circular, o que Arendt parece afirmar, ainda que não explicitamente, é que o perdão e a promessa, por um lado, e o espaço público, por outro, são interdependentes, um pólo não podendo subsistir sem o outro.

Retomando a questão da violência policial no Brasil, o que resulta das violações de direitos humanos de setores da população brasileira senão a negação mais evidente da possibilidade da ação? A eliminação física de pessoas, inocentes ou não, nega diariamente a própria categoria de natalidade, contradizendo a afirmação de que os homens não nascem para morrer, mas para começar. No Brasil urbano da década de 90, um número crescente de episódios de massacres e de outras violações levam o observador inspirado nos escritos de Hannah Arendt a reconhecer que, dependendo do lugar ocupado na estratificação social, o homem nasce para morrer. Se não morre pela violência policial, passará de qualquer forma pelo mundo sem ter a possibilidade de tomar parte ativamente dos negócios públicos, passará “em branco”, e não lhe será oferecido um espaço onde possa “fazer diferença” e revelar sua singularidade.

Com efeito, os rigores da ordem não são iguais para todos, como já apontaram inúmeros

estudiosos da violência no Brasil. Diferentemente da violência política do regime militar, que afetou principalmente ativistas políticos oriundos da classe média, o desrespeito aos direitos civis no Brasil de hoje é primordialmente levado a cabo contra grupos marginalizados e indivíduos que ocupam lugares inferiores na hierarquia social e econômica vigente no país. Em função da inexistência de um regime autoritário, muitos acreditam que o espaço público está assegurado. Mas a lógica que produz ordem social no Brasil parece reservar a legalidade para as “pessoas civilizadas” e ordem para os que são considerados “marginais”, pertencentes às “classes perigosas”. Desse modo, o espaço público é restrito, não alcança o conjunto da cidadania.

Seria errado, porém, acreditar que o espaço público, mesmo para os poucos que participam das decisões, não está ameaçado. O incremento do uso da violência é apenas sintoma de um poder que encontra dificuldades de obter legitimidade. A horda de deserdados, mantida numa espécie de apatia política, seja pela necessidade de sobrevivência⁵, seja pelo medo que a brutalidade policial provoca, evidencia que um regime formalmente democrático pode conviver com altos níveis de isolamento e atomização. Essa situação pode perdurar, visto que os avanços tecnológicos dos implementos da violência permitem manter posições de mando mesmo em situações de baixa legitimidade. Mas o isolamento contínuo fornece campo fértil para que a violência dos excluídos se instaure como mecanismo de defesa, minando o que resta do reconhecimento da autoridade pública.

Nesse contexto, o exemplo da *polis* grega, tão cara a Hannah Arendt, se não nos serve de modelo, pode ao menos servir-nos de

inspiração para procurar conferir ao conjunto dos cidadãos a possibilidade de aparecerem na cena pública, vestirem a *persona* e participarem, através de atos e palavras, da vida pública. O fim da brutalidade policial seria um começo, um pequeno passo em direção à consagração da política entre nós, ou seja, política como manutenção de um espaço público onde os seres humanos possam instaurar o reino da liberdade como uma realidade mundana, “(...) tangível em palavras que podemos escutar, em feitos que podem ser vistos e em eventos que são comentados, lembrados e transformados em histórias antes de se incorporarem por fim ao grande livro da história humana.” (ARENDDT, 1972:201)

Resumo

Este ensaio constitui um exercício de apropriação do pensamento de Hannah Arendt com o intuito de lançar luzes sobre o problema da violência policial urbana no Brasil na década de 90. Partindo da questão da capacidade de pensar e julgar no seio de burocracias, o autor passa a resgatar a reflexão arendtiana sobre violência e poder, procurando pensar a violência policial brasileira e suas conseqüências para uma concepção “comunicativa” de poder. O problema da consolidação de um espaço público no Brasil é discutido tendo como pano de fundo o estigma imposto aos segmentos sociais que são as vítimas preferenciais da violência policial ilegal.

Palavras-chave: violência policial; direitos humanos; espaço público; Hannah Arendt.

Referências Bibliográficas

- ARENDDT, Hannah. (1964). Personal Responsibility under Dictatorship. *The Listener*, August 6th, pp. 185-87 and 205.
- _____, (1972). *Entre o Passado e o Futuro*. São Paulo: Perspectiva.
- _____, (1989). *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária.
- _____, (1992). *The Origins of Totalitarianism*. New York: Harcourt Brace & Co.
- _____, (1994a). *Sobre a Violência*. Rio de Janeiro: Relume Dumará.
- _____, (1994b). *Lições sobre a Filosofia Política de Kant*. 2ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará.
- _____, (1994c). *Eichmann in Jerusalem, A Report on the Banality of Evil*. New York: Penguin Books.
- _____, (1995). *A Vida do Espírito* 3ª ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1995.
- BERNSTEIN, Richard J. (1997). The Banality of Evil “Reconsidered”. In C. CALHOUN and J. MCGOWAN (eds.). *Hannah Arendt & the Meaning of Politics*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
- CALDEIRA, Teresa P. R. (1996). Crime and Individual Rights: Reframing the Question of Violence in Latin America. In E. JELIN and E. HERSHBERG (eds.). *Constructing Democracy: Human Rights, Citizenship and Society in Latin America*. Boulder: Westview.
- HABERMAS, Jürgen. (1980). O Conceito de Poder de Hannah Arendt. In B. FREITAG e S. P. ROUANET (orgs.). *Habermas*. São Paulo: Ática.
- LAFER, Celso. (1979). *Hannah Arendt: Pensamento, Persuasão, Poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- _____, (1988). *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras.
- MAY, Larry. (1996). Socialization and Institutional Evil. In L. MAY and J. KOHN (eds.). *Hannah Arendt: Twenty Years Later*. Cambridge: The MIT Press.

Notas

1. Tradução livre de: “And these deeds were not committed by outlaws, monsters and raving sadists, but by the most respected members of respectable society who more often than not did not even believe the ‘words of the Führer’, which had the force of law.”
2. Tradução livre de: “The reason that ordinary men and women can come to participate in great evil is that bureaucratic institutions socialize their members to be thoughtless, at least concerning what is right or wrong within the institution. (...) On my interpretation of Arendt, institutional socialization in bureaucracies transforms individuals into cogs; that is, individuals come to think of themselves as anonymous.”
3. Segundo Hannah Arendt, o poder deriva sua legitimidade do ato inicial da comunidade de reunir-se para agir em conjunto, e não de alguma ação posterior. A legitimidade, quando ameaçada, faz um apelo ao passado, enquanto a justificação, que caracteriza a violência, refere-se a um objetivo que se encontra no futuro.
4. Para Hannah Arendt, a ineficiência da polícia e o rescimento da brutalidade policial eram fenômenos que com frequência andavam juntos, sendo que o segundo denotava perda evidente de poder por parte da polícia. Na nota 75 de seu livro *Sobre a Violência*, a autora comenta o seguinte: “Seria interessante saber, em que medida, a taxa alarmante de crimes não resolvidos é igualada não apenas pelo conhecido e espetacular crescimento das agressões criminosas, mas também por um aumento definido na brutalidade policial. (...) Quaisquer que sejam as causas para o declínio espetacular da eficiência da polícia, o declínio do poder da polícia é evidente, e com ele, aumenta a probabilidade da brutalidade.” Ver ARENDT, 1994a: 75-76.
5. Hannah Arendt considera que uma das condições para dedicar-se à esfera pública é ter resolvido as necessidades básicas de manutenção individual.

III

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A EXCLUSÃO SOCIAL

.....

CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA

Procuradora do Estado de Minas Gerais; Professora Titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

“ Quando eu era cristão eu queria lutar contra a miséria, meu dia começava com um Padre Nosso. Tinha fome de divindade. Hoje, ainda luto contra a miséria, mas meu dia começa com um Pão Nosso. Tenho fome de humanidade”. (Betinho).

I. Introdução

Gente e humanidade de menos é o que se tem no mundo em que vivo. Talvez não falte tanta humanidade quanto falte dignidade. Vivo num mundo onde há enorme contingente de pessoas e enorme carência de fraternidade. O mundo cresceu, a multidão aumentou, os problemas dos homens também. A tecnologia evoluiu, tornou-se mais eficaz e busca ser o seu próprio fim. A produção – ou o seu produto – não se volta ao homem; antes, tenta fazer com que o homem se volte a ela. Se um dia o homem buscou humanizar a máquina, parece certo que o que mais se vê agora é a tentativa da máquina de coisificar o homem.

As últimas décadas do século XX quase acabado mostraram a queda de dogmas, crenças, paredes e países. Só não viu tombar a busca do homem pelo que lhe pode proporcionar condições de vida que lhe permita ser feliz. Nada o fez desistir de buscar viver dignamente, pensando a dignidade como a que se pode encontrar na conduta respeitosa confiante da pessoa em relação a si mesmo e ao outro.

A revivificação do antropocentrismo político e jurídico volta o foco das preocupações à dignidade humana, porque se constata ser necessário, especialmente a partir da experiência do holocausto, proteger o homem, não apenas garantindo que ele permaneça vivo, mas que mantenha respeitado e garantido o ato de viver com dignidade. A história, especialmente no curso do século XX, mostrou que se pode romper o ato de viver mais ainda, de viver com dignidade, sem

se eliminar fisicamente, ou apenas fisicamente, a pessoa. Nesse século se demonstrou também que toda forma de desumanização não atinge não apenas uma pessoa mas toda a humanidade representada em cada homem. Por isso se erigiu em axioma jurídico, princípio matricial do constitucionalismo contemporâneo, o da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana põe-se em lágrima vertida sem pressa, sem prece e, principalmente, sem busca de troca. Tal como se tem no pranto de Antígona, a dignidade não provoca, não intimida, não se amedronta. Tem ela a calma da Justiça e o destemor da verdade. É por isso que Antígona representa a dignidade do homem para além da vida, a que se acha sem rebuços nos momentos extremos da experiência humana e nos quais desimporta a conduta do outro ou a correspondência de seu sentimento, de sua fé ou de seu pensamento em relação àquele que se conduz dignamente. Dignidade é alteridade na projeção sócio-política tanto quanto subjetividade na ação individual.

O princípio da dignidade da pessoa humana entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo, daí partindo e fazendo-se valer em todos os ramos do direito. A partir de sua adoção se estabeleceu uma nova forma de pensar e experimentar a relação sócio-política baseada no sistema jurídico; passou a ser princípio e fim do Direito contemporaneamente produzido e dado à observância no plano nacional e no internacional.

Contudo, não por ser um princípio matriz no constitucionalismo contemporâneo se pode

ignorar a ambigüidade e a porosidade do conceito jurídico da dignidade da pessoa humana. Princípio de freqüente referência tem sido igualmente de parca ciência pelos que dele se valem, inclusive nos sistemas normativos. Até o papel por ele desempenhado é diversificado e impreciso, sendo elemento em construção permanente mesmo em seu conteúdo.

Tendo sede na filosofia, o conceito da dignidade da pessoa humana ganhou foros de juridicidade positiva e impositiva como uma reação a práticas políticas nazi-fascistas desde a Segunda Guerra Mundial, tornando-se, agora, nos estertores do século XX, uma garantia contra práticas econômicas idênticas nazi-fascistas, levadas a efeito a partir da propagação do capitalismo canibalista liberal globalizante sobre o qual se discursa e sobre o qual se praticam atos governativos submissos ao mercado; um mercado que busca substituir o Estado de Direito pelo não Estado, ou, pelo menos, pelo Estado do não-Direito, que busca transformar o Estado Democrático dos direitos sociais em Estado autoritário sem direitos.

Contra todas as formas de degradação humana emergiu como imposição do Direito justo o princípio da dignidade humana. A degradação encontra sempre novas formas de se manifestar; o Direito há de formular, paralelamente, novas formas de concretizar, assegurando que a Justiça não se compadeça do aviltamento do homem ou da desumanização da convivência.

No Brasil, esse princípio constitucionalmente expresso convive com subhomens empilhados sob viadutos, crianças feito pardais de praça, sem pouso nem ninho certos, velhos purgados da convivência das famílias, desempregados amargurados pelo seu desperdício humano, deficientes atropelados em seu olhar sob as calçadas muradas sobre a sua capacidade, presos animalados em gaiolas sem porta, novos metecos errantes de direitos e de Justiça, excluídos de todas as espécies produzidos por um modelo de sociedade que se faz mais e mais impermeável à convivência solidária dos homens.

Não é novo, nem mesmo raro, que as Constituições traduzam excelentes propostas, mas não sejam capazes de concretizar os projetos dos povos que as formulam. Ou talvez sejam mesmos os povos, seus autores, que não as conseguem concretizar. Na América Latina, particularmente,

tem sido uma constante ter-se a norma, mas não a sua aplicação, o seu acatamento, a sua observância, especialmente pelos governantes, caudilhos com gana de poder e ojeriza a limites, mais ainda a direitos.

Hoje, mais que antes, as opções econômicas lançam novas sombras (fossem poucas as tantas que já ensombream a história dos comércios, inclusive humanos, a que os povos assistiram) sobre os direitos que se conquistam com tão terríveis dificuldades.

Sempre vale a pena lembrar Betinho, para quem: “O mundo deu muitas voltas. Caíram barreiras, referências, mitos e muros. A história não coube em teorias. As teorias negaram suas promessas. O capitalismo continuou produzindo miséria, mas o socialismo avançou sem conseguir eliminá-la... Depois de 100 anos de socialismo e capitalismo, a miséria no mundo aumentou, e a economia transformou-se num código de brancos e numa fábrica de exclusão racionalizada. A modernidade produziu um mundo menor do que a humanidade. Sobraram bilhões de pessoas. Não se previu espaço para elas nos vários projetos internacionais e nacionais. No Brasil, essa exclusão tem raízes seculares. De um lado, senhores, proprietários, doutores. Do outro, índios, escravos, trabalhadores, pobres. Isso significa produzir riqueza pela produção da pobreza.”

Hoje, contudo, a produção da miséria não se faz mais apenas no sentido da rejeição do homem pelo mundo; o sinistro globalismo fascista, que busca dominar idéias e práticas político-econômicas contemporâneas, gera não apenas a expulsão do homem pelo outro, mas a sua rejeição por si mesmo, tal como posto na fórmula de Hannah Arendt¹. Antes negava-se ao homem a sua plena integração; hoje, expulsa-se o homem do mundo; ou, o que é pior, faz-se com que ele se intimide e se dê por excluído, rejeite-se por não ter obtido o mérito de poder ser aceito, inclusive por si mesmo.

A normatização do princípio da dignidade humana pode não ser bastante para reverter sozinho quadro tão grave quanto difícil como é esse que se vive na quadra histórica atual. É, todavia, imprescindível o seu acatamento para que se tenha a possibilidade de se vir a superá-lo, pois se assim não for ter-se-á de concluir que a máquina terá ganho do homem, ou, o que é pior, o homem terá perdido a si mesmo. E ao homem

parece melhor o destino de se encontrar, não o de se perder.

II. Justiça e Dignidade da Pessoa Humana

Toda forma de aviltamento ou de degradação do ser humano é injusta. Toda injustiça é indigna e, sendo assim, desumana.

A justiça, como o seu inverso ou a sua ausência, que é injusta, tocam um sentimento do homem. A dignidade e o seu contrário, que é a indignidade, também.

O trabalho justo e digno conforta; a injustiça, como a indignidade, transtornam o ser humano e o atingem em seu equilíbrio emocional; a reação contra uma ou a outra é sempre de revolta, desespero ou amargura: é sempre contraponto carregado de emoção ou sentimento o que se deflagra.

A justiça humana, aquela que se manifesta no sistema de Direito e por ele se dá à concretude, emana e se fundamenta na dignidade da pessoa humana. Essa não se funda naquela, antes é dela fundante. Dignidade é o pressuposto da idéia da justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal.

O sistema normativo de direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição de pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque se firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades.

Pode-se mesmo afirmar que, mesmo se um dado sistema normativo não concebesse, em sua expressão, a dignidade humana como fundamento

da ordem jurídica, ela continua a prevalecer e a informar o direito positivo na atual quadratura histórica. Mais ainda: pode-se mesmo acentuar que a dignidade da pessoa humana contém explícita em todo sistema constitucional no qual os direitos fundamentais sejam reconhecidos e garantidos, mesmo que não ganhem nele expressão afirmativa e direta. Tal como agora concebidos, aceitos e interpretados aqueles partem do homem e para ele convergem e a pessoa humana e a sua dignidade não são concebidos como categorias jurídicas distintas.² Logo, onde aquela é considerada direito fundamental, tida como centro de direitos, igualmente essa é aceita como base de todo ordenamento e incluído como pólo central emanador de conseqüências jurídicas.

A dignidade distingue-se de outros elementos conceituais de que se compõe o Direito, até porque esse traz em si a idéia da relação e toda relação impõe o sentido do partilhamento, conjugação e limitação. Diversamente disso, contudo, a dignidade não é partida, partilhada ou compartilhada em seu conceito e em sua experimentação. Ela não é como a igualdade, como o conhecimento racionalmente apreendido e trabalhado. Mostra-se no olhar que o homem volta a si mesmo, no trato que a si confere e no cuidado que ao outro despense. A dignidade mostra-se numa postura na vida e numa postura na convivência. Por isso a referência comum, hoje, à dignidade na morte, no processo a que a ela conduz e no procedimento que se adota perante o sofrimento que pode precedê-la. E se diz mesmo que a vida é justa, ou injusta, quando trata de tal ou qual forma alguém, sujeito a experiências que não são consideradas compatíveis com o que suporta com dignidade o homem.

Para Kant, o grande filósofo da dignidade³; a pessoa (o homem) é um fim, nunca um meio; como tal, sujeito de fins e que é um fim em si, deve tratar a si mesmo e ao outro. Aquele filósofo distinguiu no mundo o que tem um preço e o que tem uma dignidade. O preço é conferido àquilo que se pode aquilatar, avaliar até mesmo para a sua substituição ou troca por outra de igual valor e cuidado; daí porque há uma relatividade deste elemento ou bem, uma vez que ele é um meio de que se há valer para se obter uma finalidade definida. Sendo meio, pode ser rendido por outro de igual valor e forma, suprimindo-se de idêntico modo a precisão a realizar o fim almejado.

O que é uma dignidade não tem valoração e figura, assim, valor absoluto. Pela sua condição

sobrepõe à mensuração, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço.

O preço é possível ao que é meio porque lhe é exterior e relaciona-se com a forma do que é apreçado; a dignidade é impossível de ser avaliada, medida e apreçada porque é fim, e contém-se no interior do elemento sobre o qual se expressa; relaciona-se ela como a essência do que é considerado, por isso não se oferece à medida convertida ou configurada como preço.

Toda pessoa é digna. Essa singularidade fundamental e insubstituível é ínsita à condição do ser humano, qualifica-o nessa categoria e o põe acima de qualquer indagação. Quando se questiona, nestes chamados tempos modernos, se há de permitir, ou não, o nascimento de um feto no qual se detecte a existência de anomalia a impossibilitá-lo para uma vida autônoma, está-se a infirmar aquela assertiva e a tornar a humanidade um meio para a produção de resultados e a desconhecer ou desprezar a condição do homem de ser que é fim em si mesmo e digno pela sua própria natureza. Aquilo traduz-se, pois, como injustiça com os que não se apresentam em iguais condições psicofisiológicas, intelectuais etc.. É a injustiça havida na indignidade revelada na desumanidade do tratamento dedicado ao outro. É a injustiça do utilitarismo que se serve do homem e o dota de preço segundo a sua condição peculiar, que se expressa numa forma ao invés de se valer pela essência humana de que se dota.

III. A Dignidade Da Pessoa Como Princípio Chave Do Constitucionalismo Contemporâneo

De conceito filosófico que é, em sua fonte e em sua concepção moral, a princípio jurídico a dignidade da pessoa humana tornou-se uma forma nova de o Direito considerar o homem e o que dele, com ele e por ele se pode fazer numa sociedade política. Por força da juridicização daquele conceito, o próprio direito foi repensado, reelaborado e diversamente aplicadas foram as suas normas, especialmente pelos Tribunais Constitucionais.

Sem Auchwitz talvez a dignidade da pessoa humana não fosse, ainda, princípio matriz do direito contemporâneo. Mas tendo o homem produzido o holocausto não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao poder. Como não se pode eliminar o Poder da sociedade política, havia de se erigir em fim do Direito e no Direito o homem com o seu direito fundamental à vida digna, limitando-se, desta forma, o exercício do Poder, que exercício tanto cria quanto destrói.

Sendo o direito à vida inserido entre aqueles assegurados no rol do que se considera a formulação de direitos fundamentais de primeira dimensão (na terminologia constitucional contemporaneamente utilizada), a dignidade da pessoa humana, como conteúdo daquele direito reconhecido e garantido nos sistemas jurídicos do Estado moderno, já estaria assegurada desde os primeiros momentos de formação desse.

Assim não se considera, entretanto, porque, naquele primeiro momento, a formulação jurídico-nominativa atribui caráter meramente formal aos direitos elencados nos primeiros documentos constitucionais a eles referentes. O direito à vida expresso nos textos fundamentais nos quais ele se articulava garantia a inexpugnabilidade do atentado contra a existência, mas que a vida em sua configuração ampla e, especialmente, em sua condicionante humana, que é exatamente a dignidade.

Os desastres humanos das guerras, especialmente aquilo a que assistiu o mundo no período da Segunda Grande Guerra, trouxe a dignidade da pessoa humana para o mundo do Direito, como uma contingência que marcava essência do próprio sistema sócio-político a ser traduzido no sistema jurídico.

Etimologicamente, dignidade vem do latim *dignitas*, adotado desde o final do século XI, significando cargo, honra ou honraria, título, podendo, ainda, ser considerado o seu sentido de postura socialmente conveniente diante de determinada pessoa ou situação.

As primeiras vezes em que comparece em textos jurídicos, a palavra dignidade, ou mais propriamente, no plural como foi então mencionada, *dignidades*, refere-se exatamente às cargas ou honrarias de que alguém se faz titular. Deste teor, por exemplo, o art. 7º da Declaração

dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se tem que os cidadãos são “igualmente admissíveis a todas as dignidades, cargos e empregos públicos”. Verifica-se pois, que, num primeiro momento, aquele uso afastou-se radicalmente do que constitui o seu conceito no âmbito da moral.

A partir do século XVIII, porém a dignidade da pessoa passa a ser objeto de reivindicação política e embute o conceito que ainda hoje ostenta, referindo-se a uma condição que é essencialmente própria à pessoa humana.

Quando retorna com novo conteúdo e contornos fundamentais no Direito contemporâneo, aquela palavra, referindo-se à pessoa humana, ganha significado inédito, qual seja, passa a respeitar à integridade e à inviolabilidade do homem, e não apenas tomados tais atributos em sua dimensão física, mas em todas as dimensões existenciais nas quais se contém a sua humanidade, que o lança para muito além do meramente físico.

O emprego daquela palavra pelo direito, com todas as controvérsias de que ainda se cerca, conforme antes assinalado, não se despoja do significado ético e filosófico, relativo à condição essencial do homem, à sua humanidade. Mas é bem certo que se multiplica o seu significado com a conceituação jurídica acima mencionada e, ainda, com o envoltório político que igualmente passa a ostentar e segundo o qual a dignidade política é a base de um projeto político concebido sobre o respeito restrito à pessoa humana, que a torna centro do próprio modelo de Estado cogitado e tendente a ser adotado segundo a escolha livre de um povo.

A entronização do princípio da dignidade da pessoa humana nos sistemas constitucionais positivos com o sentido em que agora ele é concebido, é, pois, recente e tem como fundamentos a integridade e a inviolabilidade da pessoa humana pensada em sua dimensão superior e para além da existência apenas de um ser dotado de físico.

A fonte fática desta opção é a reação contra os inaceitáveis excessos da ideologia nazista, que cunhou o raciocínio de categorias diferenciadas de homens, com direitos e condições absolutamente distintas, a muitos deles destinando-se tão somente as trevas dos guetos, as sombras dos muros em madrugadas furtivas e o

medo do fim indigno a chegar possível a qualquer momento.

A Carta das Nações Unidas, de 1945, traz em seu preâmbulo a referência à dignidade da pessoa humana, afirmando-se que, “nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, assim como nas nações grandes e pequenas...”.

Em linha idêntica, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão elaborada pela ONU, em 1948, inicia o seu preâmbulo afirmando que “considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo...”. Mais uma vez, pois, põe-se no frontispício de uma declaração o valor que enucleia a idéia de justiça que ao homem é devida numa convivência política.

E no art. 1º daquela Declaração se tem que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade”.⁴

A dignidade da pessoa humana passa a ser, pois, encarecida sobre qualquer outra idéia a embasar as formulações jurídicas do pós-guerra e acentua-se como valor supremo, no qual se contém mesmo a essência do direito que se protege e se elabora a partir de então.

Sendo valor supremo e fundamental, a dignidade da pessoa humana é transformada em princípio de direito a integrar os sistemas constitucionais preparados e promulgados a partir de então, alterando-se, com essa entronização do valor e a sua elevação à categoria de princípio jurídico fundamental, a substância mesma do quanto constitucionalmente construído.

E como a Declaração dos Direitos do Homem da ONU tornou-se vertente de muitos dos textos constitucionais subseqüentes na parte relativa àqueles direitos, foram eles formulados de maneira a expressar, tal como ali se fizera, aquele enunciado como princípio fundante dos direitos

fundamentais e da própria ordem política.

A Lei fundamental da República Alemã, de 1949, foi a primeira a escolher como princípio fundamental do seu sistema a proteção de dignidade da pessoa humana, em texto expresso e que se situa, topograficamente inclusive, como o primeiro dentre todos os que norteiam e embasam aquele povo. Dispõe o art. 1º (1) daquela Lei Fundamental que:

“Art. 1º (Proteção da dignidade da pessoa humana)

A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de respeitar e proteger”.

Ultrapassou-se, assim, o direito à vida com o conteúdo que se adotara desde os textos constitucionais setencistas, reformulando-se e fortalecendo-se essa definição jurídica, agora sob o influxo de um núcleo de direito muito mais amplo do quanto antes se tivera.

O limite positivo e negativo de atuação do Estado e das autoridades que o representam passou a ser, a partir do entendimento ali esposado e tornado de acatamento obrigatório porque constituído em norma-princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo, exatamente o da dignidade da pessoa humana, base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais.

Aliás, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante no sistema no qual se alberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais escolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional.

Daí porque, no fluxo das expressões havidas na Declaração dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, e na Constituição alemã de 1949, reiteraram-se as menções a esse princípio nos textos constitucionais que se seguiram, especialmente quando a sua elaboração fez-se para a reconstrução da democracia após experiências que indignaram os homens nos autoritarismos frequentes.⁵

Tem-se acentuado que a dignidade da pessoa humana irmana-se e, eventualmente, até se confunde com a igualdade jurídica. Se é da humanidade que emerge o fundamento daquele princípio é na humanidade igual de todas as pessoas que se põe a base desse último princípio. Dito de outra forma, a humanidade que é idêntica em berço (o qual pode ser, contudo, dessemelhante) não altera a igualdade da pessoa, o que a sepultura testemunha igual em qualquer canto do mundo. Mas conquanto seja exato que a igualdade funda-se na dignidade que a humanidade da pessoa assegura, não parece correto pensar-se haver confusão de princípios, pois aquele é mais amplo em seu conteúdo e em sua eficácia como fundamento do direito. Aliás, a dignidade da pessoa humana é fundamento do princípio da igualdade jurídica sem que haja absorção de um pelo outro.

A interpretação haverá de ser no sentido de que todos são igualmente dignos porque iguais em sua humanidade, em virtude da qual não se admitem preconceitos que degradem, aviltem ou asservissem homens em benefício indébito de outros, que homens não são vassalos ou objetos em proveito de outros.

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana não retrata apenas uma modificação parcial dos textos fundamentais dos Estados contemporâneos. Antes, traduz-se ali um novo momento do conteúdo do Direito, o qual tem a sua vertente no valor supremo da pessoa humana, considerada em sua dignidade incontornável, inquestionável e impositiva, e uma nova concepção de Constituição, pois a partir do acolhimento daquele valor tornado princípio em seu sistema de normas fundamentais, mudou-se o modelo jurídico-constitucional que passa, então, de um paradigma de preceitos, antes vigente, para um figurino normativo de princípios.

Antes, estabeleciam-se modelos de comportamentos impostos ou defesos para a ação do estado e para a conduta dos indivíduos; tais modelos continham-se nos preceitos constitucionais que os estabeleciam de maneira contingente. Agora, estatuem-se princípios que informam os preceitos, constitucionais ou legais, a partir dos quais e para a concretização dos quais se dão a realizar os fins postos como próprios pelo povo no seu sistema fundamental. Transformada a formulação básica da Constituição, tem-se como método de interpretação a finalidade que o povo

busca concretizar com a adoção do sistema positivo.

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é o princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição.

No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana comparece no art. 1º, III, da Constituição da República de 1988, de maneira inédita, uma vez que nos textos constitucionais que a antecederam não havia menção àquele princípio.

Ali, ele é posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito nos termos do qual se estrutura e se dá a desenvolver, legitimamente, a República Federativa do Brasil.⁶ A expressão daquele princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado.

Este princípio vincula e obriga todas as ações políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao qual se há respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e suas opções.

De se observar que aquele princípio é conjugado com o da cidadania, o que evita que o individualismo seja tomado de maneira exacerbada, conduzindo a uma condição social no qual se infirmem os interesses e bens de toda a coletividade. A afirmação da cidadania ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana impede que se pense o sistema como uma ilusão perigosa no sentido de ser embaraço à liberdade política democrática que há de ser estendida ao todo e não a apenas uma parcela da sociedade. De outra

parte, também impõe que os caprichos individuais não segreguem grupos ou pessoas e que os grandes debates não percam a dimensão da humanidade que está em cada um como representação do todo.

Daí a importância de se interpretarem os princípios contidos no art. 3º da Constituição da República brasileira acoplados àqueles do art. 1º, inclusive ao da dignidade da pessoa humana, de que eles são emanção e complementação, porque impeditivos do pensamento individualista que conduziria aos perigos de retorno ao exagero interpretativo que poderia findar por impedir a plena concretização daquele princípio ao invés de aperfeiçoá-lo em sua dimensão mais humana e integral para todos os homens que compõem a sociedade.

IV. Estado Democrático e Dignidade da Pessoa Humana

Para se ter uma sociedade democrática há de se ter, necessariamente, o pleno acatamento ao princípio da dignidade da pessoa humana. Como agora pensada e estruturada a democracia nos diversos sistemas vigentes, aquele princípio é axioma jurídico⁷, o qual se firma e se afirma como fundamento do sistema constitucional.

O surgimento do conceito de dignidade da pessoa, no século XVIII, no fluxo das idéias iluminadas, veio à tona como a busca e garantia “a finalidade última das democracias”.

O pós-guerra de 45, momento no qual a humanidade passa a dotar de importância fundamental o princípio da dignidade da pessoa, vê-lo transformar-se de valor-base dos direitos fundamentais em princípio estruturante do Estado Democrático.⁸

A Democracia tem o seu fundamento no homem e nele faz repousar a sua finalidade, pelo que a dignidade da pessoa é o núcleo central e referencial daquele regime político. Num estado que se constitucionalize segundo os fundamentos democráticos, qualquer política contrária não apenas à dignidade, mas à dignificação da pessoa humana, ou seja, à sua possibilidade de transcender e lançar para lá de seus próprios e permanentes limites, o que se pode facilitar a

partir de condições sociopolíticas postas à sua disposição.

O regime democrático não pode buscar como fim senão a concretização de políticas públicas que revelem ao homem a melhor situação sociopolítica para o bem de todos os que compõem a família humana, em respeito à sua individualidade e em benefício da coletividade.

Por isso é que a dignidade da pessoa humana é não apenas um princípio fundamental da Democracia, mas também um valor fundante das organizações sociais que, contemporaneamente dentro de sua estrutura burocrático-governamental. A Democracia haverá de ser considerada na sociedade e não apenas cobrada do Estado.

O que se discute, ainda, no Direito é em que se fundamenta esse princípio que é fundante da escolha e organização constitucional democrática do Estado. Tem se asseverado que: “la dignité est affirmé comme un principe fondateur de l'ordre politique au sens large d'ordre social, libre, just et pacifique. Mais en dépit du vocabulaire religieux (proclamer sa foi dans), ce fondement n'est pas justifié. Comme le dit le Cardinal Jean Marie Lustiger, c'est le fondement non fondé de l'ordre social et politique’.”⁹

Sendo a Democracia o regime político que tem como finalidade garantir ao homem uma estrutura sociopolítica destinada a permitir-lhe realizar-se como ser livre, vocacionado a viver segundo as suas opções concertadas com os demais em igualdade de condições para que cumpra o seu destino, é que a dignidade da pessoa humana emerge como superlei pré-estatal, que se põe no sistema constitucional como princípio fundamental matricial de todas as demais normas, quer de princípio, quer de preceito, que se conjuguem na formulação constituinte. Tendo-se como opção constitucional de um povo a Democracia aquele põe-se como princípio jurídico axiomático, quer dizer, sobre cuja existência, rigor e eficácia dominantes não se discute, apenas se dando a concretizar segundo políticas públicas que podem ser adotadas consoante paradigmas diversos.

Princípio constitucional que é, o respeito à dignidade da pessoa humana obriga irrestrita e incontornavelmente o Estado, seus dirigentes e

todos os atores da cena política governamental, pelo que tudo que o contrarie é juridicamente nulo.

Tudo quanto indigne o homem por outro é criminoso; tudo quanto indigne partindo da ação ou omissão estatal é contrário ao próprio Estado Democrático e define a nulidade absoluta do comportamento ou da política que a tanto conduza com a responsabilidade de quem tenha assim atuado em nome da pessoa política.

Quando o Estado não faz a opção democrática não se obriga ao acatamento do princípio da dignidade da pessoa humana, pela óbvia razão de que o autoritarismo e o totalitarismo revertem os termos iniciais do axioma jurídico havido naquele princípio, tornando o Estado fim e o homem meio, e esse, como exposto por Kant, tem um preço e não uma dignidade. Ora, quando o Estado reduz o homem a meio – tal como se deu no nazismo ou como se dá nas diversas faces do fascismo ainda hoje tão melancolicamente praticado – o homem perde o respeito à dignidade, reduz a algo que se faz objeto de substituição, ao contrário da concepção democrática.

Daí por que Constituições como a da União Soviética não cuidavam daquele princípio, o que, entretanto, se contém expressamente no art. 21-1 na Constituição da Rússia, de 1993, segundo o qual: “A dignidade da pessoa humana é protegida pelo Estado. Nada pode justificar seu abatimento.”

Igualmente a Constituição portuguesa, de 1976, em seu art. 1º, estatui que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

O Brasil, como antes observado, positiva como fundamento expresso do Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa, o da dignidade da pessoa humana. Segundo tal princípio é que se afirmam, no art. 3º, daquela Lei Fundamental, os objetivos do Estado voltados à dignificação do homem, com a definição de imperiosa observância de políticas públicas que erradiquem do Brasil condições indignas que se põem a nu pela desigualdade social, econômica, regional, pela pobreza e miséria que aviltam e envergonham os que nessa situação se encontram etc..

Sem dignidade não há democracia e sem essa todos os fundamentos constitucionais da organização política da sociedade brasileira são postos por terra e a Constituição, de Carta da Libertação torna-se Lei de Libertos, válida somente para quem estágio já atingiu, mas que os tornam cúmplices de todas as formas de indignidades contra todos os outros.

Sem o respeito à dignidade da pessoa humana também não se há de cogitar de Poder exercido legitimamente, pois a legitimidade tem sua única expressão no homem respeitado em sua essência e em sua transcendência de ser dado a superar-se para remeter-se a si mesmo com fonte de certeza do outro e para o outro.

V. A Face Estatal da Exclusão Social: a Indignidade da Pessoa Humana Provocada

O princípio da dignidade da pessoa humana é a fórmula jurídico-normativa que impede a mercantilização do homem, conforme já anotado, porque com ele o sistema de Direito absorve um conteúdo ético axiomático, que impõe o respeito à igualdade humana e à singularidade da pessoa como dado universalmente sujeito ao respeito de todos.

Com o acolhimento desse princípio o Estado é obrigado a adotar políticas públicas inclusivas, ou seja, políticas que incluam todos os homens nos bens e serviços que os possibilitem ser parte ativa no processo socioeconômico e cidadão autor da história política que a coletividade eleja como trajetória humana.

O Estado deve impedir que o homem se despoje do seu valor-fim dignificante e veja-se recolhido às sombras socioeconômicas e políticas; que ele seja renegado pela sociedade e, como antes observado, veja-se repudiado pelos seus e, envergonhado de si mesmo, rejeite-se e anule-se como cidadão.

Por isso é que todas as formas de excluir o homem do ambiente social de direitos fundamentais, de participação política livre, de atuação profissional respeitosa, de segurança pessoal e coletiva pacífica são inadmissíveis numa perspectiva, proposta ou garantia de Estado Democrático.

O Estado somente é democrático, em sua concepção, constitucionalização e atuação, quando respeita o princípio da dignidade da pessoa humana. Não há verbo constitucional, não há verba governamental que se façam legítimos quando não se voltam ao atendimento daquele princípio. Não há verdade constitucional, não há suporte institucional para políticas públicas que não sejam destinadas ao pleno cumprimento daquele valor maior transformado em princípio constitucional.

a) Estado e o (Neo) Liberalismo: a Volta ao Estado do Não-direito

O Direito do Estado Democrático fez-se instrumento da idéia de Justiça que determinada sociedade adota em momento histórico especificado. Ao abrigar o princípio da dignidade da pessoa humana a idéia de Justiça que se põe na base do sistema fundamental elaborado é o que se contém no homem, seus valores, seus desejos, suas dores.

Para resguardar e respeitar o homem, o Direito do Estado Democrático põe o prumo de sua elaboração na possibilidade da pessoa de cumprir a sua vocação atendendo aos seus apelos pessoais voltados, é certo, ao aperfeiçoamento do grupo social de que faz parte. No encontro do outro na praça de todos, o homem faz-se digno quando, honesto consigo, oferece-se respeitoso ao outro.

Ao Estado compete atuar, adotar comportamentos e ter ações em perfeita coerência com esta condição digna do homem livre, igualmente considerado em relação às oportunidades para que realize as suas vocações e faça-se fraternalmente vinculado ao todo na ciranda política do encontro social.

Como o Estado não é uma sociedade de anjos (tampouco de demônios, seja certo dizer), o Direito impõe-se para que não seja a praça pública arena de lutas, mas reinado de encontros de homens dados a saber-se o outro e no outro para serem felizes sem que seja necessário nada saber além de sua própria humanidade. Sem o Direito, os interesses individuais prevaleceriam e os mais fortes realizariam os seus em detrimento de todos os outros que serviriam a toda a comunidade.

As conquistas dos dois últimos séculos foram exatamente pela juridicização de matérias que importassem em interesses sociais, de tal modo que não ficassem eles em desvalia diante da força do mercado, do *laissez faire, laissez passer que le monde va de lui memê*, fase do império da não lei e da desumanização das relações entre homens, alguns, como no dizer de Rousseau, tão ricos que podem o outro comprar, e esse, tão miserável, pode se vender.

O Estado Social alterou esse quadro, passando a intervir no domínio econômico e ampliando o domínio jurídico exatamente para evitar que a lei de mercado, que é sujeita à avaliação e que avilta o homem transformando-o em objeto ou coisa mensurável, dominasse as relações econômicas, políticas e sociais.

O Direito cuidava, assim, para que o Estado não se ausentasse de sua tarefa maior de instrumento a serviço da realização do bem de todos os homens. O Estado Social era democrático nisto que permitia que houvesse um espaço livre de novas conquistas individuais, sociais e políticas e jurídico, no que dizia respeito à subsunção de governantes e governados ao direito posto à observância irrestrita e igual de todos.

O retorno do liberalismo voraz não se bastou na proposta do *laissez faire*. Desde a década de 80, o que se tem é uma tentativa do império do dinheiro de desbastar todas as conquistas e voltar ao comércio de coisas e de homens. Só os que podem pagar pelos direitos, apenas os que podem mostrar merecimento pelo preço das coisas com que se ostentam socialmente é que se fazem titulares do direito de permanecerem membros do grupo. Aos outros cabe excluir-se da comunidade. E se o Estado não permite agir senão incluindo os homens e universalizando os seus direitos, ao capitalismo agora fortalecido em sua goela titânica cabe destruir o Estado, máxime o Estado de Direito, substituindo-se a lei dos homens pela lei de mercado, que é a não lei, que é a selva dos dinheiros com donos certos e destinos incertos, porque não humanos nem justos.

Esse Leviatã empresarial, monstro a engolir homens e países, não tem em conta nada mais que a sua ganância insaciável por todas as formas de posse. E possui como quem tem uma mulher por um mais que breve momento, gosto sem sabor de toque passageiro e fatal que não se

sabe nem prospera porque nem se dá a ser um gesto sequer; possui pelo sentido destrutivo do que não se dá a ser e destrói como anti-Midas, sem deixar existência após a sua passagem. Esse Leviatã não quer nem precisa nem pode permitir a sobrevivência do Direito. Nem se diga a Democracia. Opõem-se o Estado liberal globalizante de hoje, o Leviatã do momento, e a Democracia.

O liberalismo, que volta a mostrar a sua face inhumana, abjeta o Direito. Com ele não poderia chegar onde chega; ao lugar da vergonha do ser humano que não é respeitado em sua dignidade no seio da comunidade em razão de sua condição humana.

A indignidade provocada ou atribuída ao excluído deste velho liberalismo que agora retorna humilha e degrada como novos campos de concentração espalhados por eitões das grandes cidades, nos viadutos sem pontes e sem almas que abrigam-desabrigam os novos escravos brancos, legiões de excluídos de direitos e de perspectivas de justiça e dignidade. Esses homens que escondem a face da dignidade que contra eles se comete, envergonham-se de si mesmos perante os filhos, a esposa, até perante os passantes amedrontados de ruas que viram pavilhões de subhomens indignos na fome e no desemprego provocado pela economia liberal.

E tal como brada Vivianne Forester, “não há nada que enfraqueça nem que paralise mais que a vergonha. Ela altera na raiz, deixa sem meios, permite toda espécie de influência, transforma em vítimas aqueles que sofrem, daí o interesse do poder em recorrer a ela e a impô-la... a vergonha deveria ter cotação na bolsa; ela é um elemento importante do lucro. A vergonha é um valor sólido, como o sofrimento que a provoca ou a que ela suscita. ... Desse sistema emerge, entretanto, uma pergunta essencial, jamais formulada: ‘é preciso ‘merecer’ viver para ter esse direito?’... para ‘merecer’ viver, deve mostrar-se útil à sociedade, pelo menos aquela parte que a administra e a domina: a economia, mais do que nunca confundida, com o comércio, ou seja, a economia do mercado.”¹⁰

O liberalismo atual não quer o Direito, não pode com ele, não sobrevive se o homem puder ter a sua dignidade insculpida no sistema normativo fundamental e assegurada pela estrutura institucional. Daí porque se chega ao início de um novo século e de um novo milênio

sob o signo da luta pelo primado da garantia da humanidade como elemento de respeito absoluto para que a dignidade do homem seja assegurada e seja ele o valor maior de todas as formas de convivência justa.

b) Estado e Globalização

Ao nazismo do início do século correspondem as forças contemporâneas direitistas com o globalismo fascista, que, mais que o socialismo excludente, é o capitalismo expulsivo, aquele que elimina o homem de seu respeito a si mesmo por fazê-lo crer-se despojado de honorabilidade e respeito social.

Fosse pouco o retorno do velho liberalismo, travestido de discurso novo, e aliou-se a ele dado igualmente antigo e que se quisera ultrapassado, que é o da globalização do Poder. Quem detém o poder e acha-se capaz de impô-lo a todos os outros promove a sua extensão. Foi assim desde os romanos. Tem sido assim, agora, com os norte-americanos após as quedas dos muros do leste europeu. Globalização não é o mesmo que mundo sem fronteiras. Fosse assim, os Estados Unidos teriam arrebatado aquilo que eles teimam em manter a separá-los dos mexicanos.

Como a rede de informações e o sistema de telecomunicações facilitou os contatos entre povos e pessoas, fala-se na inevitabilidade da globalização. É bem certo que a tecnologia aproximou os homens. Mas não se há de esquecer que o homem fala facilmente com o desconhecimento do outro lado do planeta e mantém a sua dificuldade de conversar com o seu filho. O encontro humano mais estreito é sempre o mais difícil. Afinal, de perto se vê o outro. E o que o homem tem dificuldade é de sustentar o olhar que o enxerga.

A globalização faz de cada um de nós mais cúmplice e mais culpado pelo que ocorre com qualquer outro homem sobre a terra; mas também deixa-nos cada vez mais insensíveis ao sofrimento que se vê à maneira de jogos televisivos bem editados em nossos aparelhos.

Globalização não é igual para todos os povos. Há os que determinam a globalização e os que a sofrem. Ou, dito de outra forma, há os que globalizam e os que são globalizados. Os direitos, as riquezas e as benesses de uns e de outros são diferentes, claro. Porque a globalização é processo

político-econômico de luta por poder. Diz-se que ele é inexorável e fatal. O que é fatal não precisa ser, contudo, uma fatalidade. O câncer pode ser fatal. Nem por isso se há de deixar de lutar contra ele até se encontrar a fórmula certa de vencê-lo. O que é fato não há de permanecer como fatalidade; o que é determinado não se põe como determinismo.

Não se há de submeter, pois, a uma contingência criada pelos interesses econômicos para se explicar o que não está para ser explicado, mas para ser resolvido de maneira coerente com o princípio da dignidade da pessoa humana.

A “demonização” do Estado, a partir do “tatcherismo” da Inglaterra, ou dos empresários que fazem de Margareth Thatcher o seu porta-voz mais impositivo e modelar, precisa ser demonstrada como algo que se projeta como criação voltada não apenas contra as instituições jurídicas e políticas criadas pelo homem em seu proveito, mas contra o próprio homem, que conquistou com grandes lutas os seus direitos e os vê na iminência de serem perdidos ou, pelos menos, que estão sendo permanentemente desrespeitados em benefício de interesses econômicos gravosos.

De se atentar que prevalece, hoje, no direito constitucional, o princípio do *não retrocesso*, segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares.

Não se há de cogitar de retroceder no que é afirmador do patrimônio jurídico e moral do homem havido em conquistas de toda a humanidade, e não apenas de um governante ou de uma lei. Os direitos conquistados, especialmente aqueles que representam um avanço da humanidade no sentido do aperfeiçoamento da sociedade e que se revelam nos direitos sociais, não podem ser desprezados ou desconhecidos, devendo, antes, ser encarecidos e podendo ser ampliados.

O que se apregoa com a globalização neoliberal é o oposto deste princípio: é o retrocesso aos parâmetros do século XVIII, quando o homem tinha apenas poucos direitos individuais, formalmente postos e garantidos sem

qualquer força ou eficácia, sem que se obrigasse, ainda, o Estado a prover a sociedade de condições econômicas e políticas sujeitas aos interesses de todos, e não apenas de minorias.

A globalização neoliberal quer o não-Estado ou, pelo menos, o Estado do não-direito, no qual governantes cumprem ordens do comando econômico internacional, o qual, à sua vez, é supraestatal e tem como única finalidade o lucro, obtido a qualquer preço, mesmo que seja o preço do homem.

Nesse modelo estatal, ou pouco estatal, ou, pelo menos, estatal tão pouco público, o homem é nada em si mesmo; vale pelo que paga e paga pelo que pede. Nesse caso, o Estado é não um ente de inclusão, mas uma causa de exclusão, porque representa os interesses de quem detém o poder econômico-político não estatal, aquele que se orienta pelos seus próprios e únicos interesses particulares e, nessa condição, é agente que exclui todo aquele que não atenda a tais fins.

Nesse modelo dito neoliberal globalizado ou globalizante, a exclusão é provocada porque a inclusão de todos no âmbito de titulares de direitos não interessa, não garante, não é fonte de lucros. O Estado passa a ser meio de realização de interesses privados, valendo-se do homem para os fins ditados pelos detentores do poder econômico internacional. A perversão do sistema é total; total é o seu modelo; totalitário é o seu regime; é o nazi-fascismo econômico impondo-se às organizações políticas, que exclui do âmbito de direitos todos os não pertencentes à raça escolhida, a dos endinheirados que podem pagar pela produção lucrativa.

Pois este modelo perverso e adverso ao homem encontra voz e vez em dirigentes que, escolhidos até pelas urnas, submetem-se aos comandos da economia, parcelas das quais responsabilizam-se pelos financiamentos das campanhas eleitorais e, depois, cobram a promissória a se resgatar ao preço dos cidadãos excluídos.

Este modelo degrada o ser humano e elimina do seu vocabulário e de sua prática o princípio da dignidade, fazendo o homem apenas mais uma mercadoria social, aquela que deve ser mantida ou eliminada segundo a sua capacidade de pagar, ou não, pelo seu direito à vida.

c) Estado Contemporâneo e Direitos Sociais: Trabalho/Emprego e Dignidade

Muitas são as faces da exclusão social provocada pelo Estado e praticada no Estado contemporâneo. Todavia, o que mais se considera como a marca da sociedade contemporânea é a da que advém das condições sociais do homem em relação a seu desempenho profissional.

A organização política ocidental centra como valor básico o trabalho. Na encíclica *Laborens in exercens*, a Igreja reitera a sua condição de ser o trabalho um direito do homem e um dever da sociedade.

Também as Constituições modernas, desde a mexicana, de 1917, e a de Weimar, de 1919, cuidam do trabalho como direito, no exercício do qual o homem realiza as suas vocações, produz e faz-se membro ativo da sociedade. Este direito social não existe sem que todos os demais direitos sociais, tais como o da educação, da saúde, da seguridade social, dentre outros, resem integralmente comprometidos em sua existência e, o que é mais, em sua eficácia.

O trabalho e a condição do homem-trabalhador enfatiza a extinção da figura do escravo, tendo-se o homem como o sujeito de sua produção e não objeto que com ela se confunde.

Todavia, a sociedade ocidental, de uma forma muito especial, assimilou, desde a Revolução Industrial, o trabalho ao emprego. Passou-se a garantir o emprego como direito fundamental e não mais apenas o trabalho, o que estabeleceu, então, a valorização do empregado e não do cidadão trabalhador. Ao emprego associou-se a idéia de trabalho e de força de trabalho na sociedade e o empregado passou a ser dignificado em detrimento do trabalhador não empregado. O denominado *trabalhador autônomo* não se fez o profissional mais freqüentemente encontrado, pois esse como o denominado *profissional liberal* passaram a constituir fatias mínimas da sociedade. A própria economia denominou-se formal quando dotada da estrutura

de trabalho organizada em empregos, observando a mão de obra de empregados compreendidos segundo a legislação social vigente.

Contudo, contrariamente a outros períodos da História, quando em algumas fases passageiras os trabalhos e empregos oferecidos diminuía em funções de fatores eventuais, como guerras, por exemplo, a tecnologia conduziu um novo quadro, no qual os empregos estão se extinguindo em função da substituição dos trabalhos que antes eram executados pelos homens e que são agora desempenhados por máquinas. Onde, antes, havia dez caixas de banco, hoje podem se contar com apenas um ou dois, porque parte das atividades que eram por eles desenvolvidas (tais como recebimento de depósitos bancários etc.) passaram a sê-lo por máquinas. Esse emprego não está sendo aproveitado apenas temporariamente; ele extinguiu-se para o homem. E esse não é, portanto, um fenômeno passageiro, mas uma situação que se põe para permanecer.

Se o emprego está passando por uma inequívoca modificação com a extinção de alguns dos seus nichos, nos quais se absorvia a mão de obra produtiva, não é certo que o trabalho, igualmente, está acabando. Ao contrário, ele pode estar modificando-se em benefício do homem, se houver vontade política de se chegar a isso.

E tanto se dá porque o trabalho é arte do homem, sua criação, na qual se põe a marca de sua ação única. Logo, a não ser que se cogite da substituição do homem pela máquina, sempre haverá trabalho, mas não qualquer trabalho. A idéia é mesmo a de superar a fase do homem usado para fazer-se braçal ou mera força substitutiva de coisas. Mas o trabalho como criação do homem para o homem não está a se acabar. O que tende a modificar significativamente é uma forma de prestação do trabalho, a relação de emprego como vinha sendo exercida desde a Revolução Industrial, com as modificações que foram sendo acrescentadas pelo advento dos direitos sociais.

Ocorre que a economia como o próprio Direito continuam a basear-se, essencialmente, no valor do trabalho, no princípio de seu primado sobre o capital, mas formula como sua manifestação mais comum a ser assegurada o emprego.

Assim se dá na Constituição brasileira de 1988, que estabelece o valor do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito, ao

lado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III e IV), como direito fundamental individualmente exercitável (art. 6º), como fundamento da ordem econômica (art. 170, VIII).

Destes valores sociais, tidos como fundantes da própria organização política e composição estrutural do Estado brasileiro, formula-se a obrigatoriedade de atuar o Poder Público no sentido de dar concretude a tais princípios.

O desemprego é uma negativa do trabalho. Quer dizer: nega-se o direito ao trabalho àqueles que, dispondo de vontade e condições de trabalho, a ele não têm acesso por dependerem de uma estrutura na qual lhe seja possibilitado prestá-lo. Os que desempenham tarefas que não podem ser desenvolvidas senão mediante certas condições, por exemplo metalúrgicos, portuários etc., dependem do emprego, por serem especializados em atividade que não pode ser desenvolvida isoladamente ou em condição autônoma.

Verifica-se, pois, que, sem que as políticas públicas sejam adotadas considerando-se os fins estabelecidos constitucionalmente como próprios, pode-se conduzir a ordem econômica em direção ao desemprego evitável e aviltante para o ser humano, e comprometedor da realização integral dos objetivos sociais.

Deve-se enfatizar que o desemprego não é um fenômeno fatalmente posto e igualmente válido para todas as sociedades. Ao contrário. As condições sociais, ambientais, políticas diferenciadas conduzem a experiências paralelamente diversas. Por exemplo: num País em que o espaço territorial seja amplo e ainda não integralmente utilizado, as atividades relacionadas à agricultura e a outras formas de emprego no campo podem ser amplamente adotadas, de tal modo que o desemprego não assole esta sociedade.

Por outro lado, um país eminentemente rural, no qual predomine a economia agrária, os problemas de emprego/desemprego são inteiramente diferentes daqueles nos quais a economia seja industrial.

Num como noutro caso, a adoção de políticas públicas é que haverá de considerar tais realidades e operar sobre elas quando de sua definição. O desemprego não é mera decorrência de determinadas circunstâncias que caíam do céu

ou nasçam do inferno; é uma construção ou uma desconstrução social nascida de opções políticas postas a partir de dados relevados e fixados pelo Poder Público, que devem responder pelas conseqüências daí decorrentes.

Por isso é que se tem a denúncia reiterada de que o desemprego que decorra de negativa dos objetivos nacionais, nos quais se toma o homem como centro da organização político-econômica, ou do acatamento dos princípios da ordem econômica e social é provocado pelo Estado e as políticas que a ele conduzem são, portanto, nulas, porque agressivas ao princípio da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e determinantes da exclusão social. A que se põe em detrimento do homem trabalhador, membro de uma sociedade na qual a relação trabalho/emprego ainda não se desfez, nem tende a ser inteiramente desfeita de imediato. As necessidades tecnológicas que levam à extinção de empregos e a impedimento do trabalho precisam ser consideradas conjugadamente com os imperativos éticos de uma convivência digna, na qual o homem não seja conduzido à vergonha de não poder trabalhar e, por conta disso, de não se impor respeitosamente como cidadão atuante em benefício de todos. Afinal, como salienta Viviane Forrester: “não é o emprego em si que é nefasto, mas o sofrimento que ele gera e que para muitos provém de sua inadequação àquilo que o define, àquilo que o termo ‘desemprego’ projeta, apesar de fora de uso, mas ainda determinando seu estatuto.”¹¹

O desemprego provocado pelas políticas públicas ditas neoliberais globalizadas não apenas anula o direito ao trabalho, mas vilipendia o trabalhador; quanto mais, em nome de resguardar algum trabalho, dele retira as suas garantias, às vezes diminuindo o seu conteúdo.

Há abuso de poder quando, em nome de uma possível ou pretensa necessidade de se reduzirem custos para garantir a empresa, o empresário leva extinção de direitos assegurados ao trabalhador e não flexibiliza a relação de emprego, mas a desestabiliza, anulando a própria condição do trabalho e do trabalhador. A precarização do emprego pode ser tão vil ao trabalhador quanto a determinação do desaparecimento do emprego, porque em qualquer caso coloca-o em condição de instabilidade absoluta perante o empregador e a sociedade, nela incluída a sua comunidade mais próxima, inclusive dos seus dependentes.¹²

O desemprego causa medo, vergonha e um desgaste social que indigna o ser humano, o qual, por sua causa, fica alijado do processo social de habilitação política para participar ativamente das relações no seio da sociedade em que vive.

O desemprego é o fator mais atual e perverso de exclusão social porque ele expulsa da sociedade quem poderia e gostaria de produzir para o benefício de si mesmo e de todos e que se vê repudiado por um dado diante do qual se põe como impotente. O desemprego é considerado vencido, aquele que não foi capaz de pôr-se a salvo da desventura da exclusão e que se torna, por isso, escravizado num sistema que conduz às portas da morte, pelo menos da morte social. Como assevera Viviane Forrester: “é dessa maneira que se prepara uma sociedade de escravos, aos quais só a escravidão conferiria um estatuto. Mas par que se entulhar de escravos, se o trabalho deles é supérfluo? Então, como um eco àquela pergunta que ‘emergia’ mais acima, surge outra que se ouve com temor: será ‘útil’ viver quando não se é lucrativo ao lucro? Aqui desponta, talvez, a sombra, o prenúncio ou o vestígio de um crime. Não é pouca coisa que toda ‘população’ ... seja mansamente conduzida por uma sociedade lúcida e sofisticada até os extremos da vertigem e da fragilidade: até as fronteiras da morte e, às vezes, mais além. Não é pouca coisa também que aquelas mesmas pessoas que o trabalho escravizaria sejam levadas a mendigar ... Não é pouca coisa ainda que aqueles que detêm o poder econômico, vale dizer, o poder, tenham a seus pés aqueles mesmos agitadores que ontem contestavam, reivindicavam, combatiam. ... não podemos ignorar que ao horror nada é impossível, que não há limites para as decisões humanas. Da exploração à exclusão, da exclusão à eliminação ou até mesmo a algumas inéditas explorações desastrosas, será que essa seqüência é impensável?”¹³

Conclusão

Toda a forma de preconceito é indigna e sua manifestação é antijurídica. Lesa-se por ela o princípio enfatizado neste estudo. A exclusão social é fator de indignidade e de indignação que põe o homem à margem de sua própria sociedade, carente de seu respeito próprio e de sua honorabilidade social, porque se põe como alguém que não é útil e, note-se aqui, no sentido utilitário, de não dar lucro, de não ser fonte de

utilidade segundo os paradigmas de uma economia que rejeita o homem.

O desempregado é, hoje, vítima de preconceitos. Vivendo cada vez mais nas sombras de muros e viadutos encostados nos quais se recolhem e se escondem, tornam-se invisíveis aos próprios cidadãos. A cada chegada de *visitante ilustre* os membros da sociedade fazem desaparecer esses vultos indesejáveis, que deixam à mostra de todos o insucesso humano não do vivente destas sombras, mas do sobrevivente das parcas e precárias luzes de uma economia feita para as moedas e não para as pessoas.

A dignidade da pessoa humana que é, então, atingida, não é apenas aquela do excluído, mas daquele que se pensa ou se deseja incluído, mas que baixa os olhos a cada desempregado taciturno e sombrio como quem se recolhe da própria imagem indesejada.

As políticas que produzem a exclusão, que fabricam novos guetos exterminadores, onde a vida tem um preço que não foi devidamente pago, segundo os padrões do mercado, não são públicas, não são democráticas, não são humanas.

E, então, a que se reduz a humanidade senão a uma ilusão do que poderia ter sido viver com o outro, se nem ao menos se fez possível ter um modelo de vida em que o homem fosse e permaneça sempre como o valor supremo

independentemente de nome, profissão ou condição? Se nem ao menos se conseguiu pensar-se uma organização que servisse ao homem ao invés de ser ele a servi-la? Se nem ao menos se conseguiu entender que o Justo é o próprio de todos os homens e que não há Justiça para uma pessoa quando elas não prevaleçam para todos?

Como todas as formas de desumano tratamento, em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana, pela inclusão no direito e pelo direito de todos os homens, é que o milênio que se aproxima volta-se ao humanismo ético voltado à realização do ser humano integral, aquele que integra o homem ao todo e propõe a crença no homem, certo de que o homem supera-se sempre e em todos os sentidos.

A dignidade da pessoa humana é a prova de que o homem é um ser de razão compelido ao outro pelo sentimento, o de fraternidade, o qual, se às vezes se ensaia solapar pelo interesse de um ou outro ganho, nem por isso destrói a certeza de que o centro de tudo ainda é a esperança de que a transcendência do homem faz-se no coração do outro, nunca na inteligência aprisionada no vislumbre do próprio espelho. Afinal, mesmo de ouro que seja o espelho só cabe a imagem isolada. Já o coração, ah! No coração cabe tudo.

Bibliografia

- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CAMPOS, Germán J. Bidart. *Teoría General de los Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria do Estado*. Coimbra: Almedina, 1999.
- COSTA, Orlando Teixeira da. *O Trabalho e a Dignidade do Trabalhador*. In *ST n.º 75 – Set/95*. P. 7.
- DOTTI, René Ariel. *Declaração Universal dos Direitos do Homem – 50 anos*. Curitiba: J.M. Editora, 1998.
- DUPLAS, Gilberto. *Economia Global e Execução Social*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- FORRESTER, Viviane. *O Horror Econômico*. São Paulo: Ed. Unesp, 1997.
- NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- PEDROT, Philippe. *Éthique, Droit et Dignité de la Personne*. Paris: Economica, 1999.
- SEGADO, Francisco Fernández. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992.
12. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
13. VILLARREAL, Juan. *La Exclusión Social*. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma Ensayo, s/d.

Notas

1. *Apud* PEDROT, Philippe. *Éthique, Droit et Dignité de la Personne*. Paris: Económica, 1999, avant-propos, XVI
2. “En France la majorité de la doctrine juridique continue à affirmer que la personne (humaine) c’est le sujet de droits. C’est l’être à qui le droit objective accorde des droits subjectifs réunis dans un patrimoine’. Or l’individu humain n’est pas nécessairement sujet de droit. Il le devient et il se bénéficie de cette qualité si elle lui est attribuée par le droit positif lequel peut en subordonner l’attribution aux conditions qu’il définit lui-même... Si la remarque de Virally est incontestable un droit positif, elle signifie que le sujet de droits est une catégorie indépendante de la notion de dignité de la personne humaine. Les droits n’en découlent pas, mais bien du droit positif qui résulte du bon plaisir du Prince, roi, assemblée, peuple ou dictateur. L’être humain-sujet de droit est un ayant-droit. La dignité n’a rien à voir dans ce concept. En positivisme strict, elle est strictement inutile. Le juriste est ainsi conduit à refuser le débat le plus fondamental de notre époque”. (BORRELLA, François. *Le Concept de Dignité de la Personne Humaine*. In PEDROT, Philippe. Op. cit, p. 33)
3. “Kant est le témoin par excellence de cette révolution copernicienne qui fait désormais tourner l’univers moral autour du sujet. Ce qui organise la réflexion morale, ce n’est pas la référence au bien commun, au bonheur, mais la volonté pure comme ‘principe suprême de la moralité’. ... Dans les fondements de la métaphysique des mœurs, Kant met ainsi le principe de dignité infinie au-dessus de tout prix’.” (PEDROT, Philippe. Op. cit., XVI) Fosse correto ou, melhor diríamos, aceitável aquele entendimento e ter-se-ia de considerar jurídico que o direito não tem como único e necessário fim o homem, que o poder não emana do povo, senão que da boa vontade do poderoso de ocasião. Todos estes dados, contudo, não são postulados, mas axiomas jurídicos.
4. A Organização das Nações Unidas proclamou, também, em 9 de dezembro de 1975 a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, estabelecendo em seu art. 3º, que: “As pessoas deficientes têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. As pessoas deficientes, qualquer que seja a origem, natureza e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar uma vida decente, tão normal e plena quanto possível”.
5. Assim a Constituição espanhola, em cujo art. 10º se tem que “Art. 10º – 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social”. Comentando esse dispositivo apostila Francisco Fernández Segado que “... el reconocimiento de unos derechos fundamentales no es sino la manifestación obligada de la primacía del valor constitucional último, la dignidad de la persona humana, al que se vincula íntimamente el libre desarrollo de la personalidad. Como ha significado Bidart Campos, la ‘razón de ser’ de ‘que’ son los derechos humanos ‘cómo’ son, por qué se los reconoce, y ‘para qué’ está dada en la doble dimensión ontológica y valorativa: el hombre es una persona a la que el Estado debe facilitar el desarrollo de su ‘valor’ personal. Es por ello mismo que puede afirmarse que todos los derechos que la Constitución proclama, de una u otra forma, se encaminan a posibilitar el desarrollo integral de la persona exigido por la propia dignidad de la misma”. (*El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992, p. 163).
6. Com base naquele princípio, conforme observado acima, o Direito formula as normas infraconstitucionais e os tribunais pátrios consideram todos os casos que tenham como fundamento a aplicação ou a sua negativa. Nesse sentido, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vem reforçando a fundamentalidade daquele princípio: “STF – Pleno – HC nº 70.389-5-São Paulo; Rel. Min. Celso de Mello; j. 23.07.1994. “A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica

consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de *ofensa à dignidade da pessoa humana*. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete (enquanto prática ilegítima, ilegal e abusiva) um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo. O Brasil, ao tipificar o crime de tortura contra crianças ou adolescentes, revelou-se fiel aos compromissos que assumiu na ordem internacional, especialmente àqueles decorrentes da Convenção de Nova York sobre os Direitos da Criança. (1990), da Convenção contra a Tortura adotada pela Assembléia Geral da ONU (1984), da Convenção Interamericana contra a Tortura concluída em Cartagena (1985) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), formulada no âmbito da OEA (1969)”. “IF-114/MT INTERVENÇÃO FEDERAL. Relator: Ministro NERI DA SILVEIRA Publicado DJ 27-09-96 p. 36154 Julgamento 13/03/1991 – Tribunal Pleno. EMENTA: - Intervenção Federal. 2. Representação do Procurador-Geral da República pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos “direitos da pessoa humana”, em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de “condição mínima”, no Estado, “para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida”. Fato ocorrido em Matupá, localidade distante cerca de 700 km de Cuiabá. 3. Constituição, arts. 34, VII, letra “b”, e 36, III. 4. Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-Membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, alínea “b” da Constituição de 1988, quanto aos “direitos da pessoa humana”. Legitimidade ativa do Procurador-Geral da República (Constituição, art. 36 III). 5. Hipótese em que estão em causa “direitos da pessoa humana”, em sua compreensão mais

ampla, revelando-se impotentes as autoridades locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. 6. Intervenção federal e restrição à autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva.

7. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial... De se enfatizar que o princípio da dignidade da pessoa humana é axioma jurídico e não postulado. A diferença está, como o ensinado por François Borella, em que aquele não é questionado, nem pôde sê-lo, enquanto esse é colocado em questão sempre que o seu princípio não é aceito e começa a ser recusado. Como a dignidade da pessoa humana, como valor fundante do sistema constitucional, não pode ser questionado, cuida-se, ali, de um axioma jurídico. (BORELLA, François. *Le Concept de la Dignité de la Personne Humaine*. In PEDROT, Philippe. *Op. cit.*, p 32).
8. Segundo JJ. Gomes Canotilho, a vinculação do princípio da dignidade da pessoa humana há de ser feita não com a Democracia apenas, mas com a própria República nele baseada: “Outra esfera constitutiva da República Portuguesa é a dignidade da pessoa humana (art. 2º). O que é ou que sentido tem uma República baseada na dignidade da pessoa humana? A resposta deve tomar em consideração o princípio material subjacente à idéia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* ..., ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo seu próprio projecto espiritual (*plastes et fctor*). Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios éticos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político de República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve ao homem, não é o homem que serve os aparelhos

político-organizatórios. A compreensão da dignidade humana associada à idéia de *homo noumenon*, justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte (art. 24) e a prisão perpétua (art. 30/1). ... Por último, a dignidade da pessoa humana exprime a idéia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo, multivisional religioso ou filosófico.” (*Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 221 – grifos do autor)

- 9 . BORELLA, François. Loc. cit., p 31.
10. FORRESTER, Viviane. *O Horror Económico*. São Paulo: Unesp, 1997, p. 12.

11. FORRESTER, Viviane. Op. Cit., p. 10.
12. Segundo Philippe Pedro “Si l’on croit à l’autonomie du droit comme régulation sociale, il nous faudra réaliser l’équilibre entre les exigences étiques et les nécessités matérielles afin de déterminer en quoi certaines évolutions de la thecnoscience font perdre à l’homme la dignité” (*Op. cit.*, p. XVIII).
13. FORRESTER, Viviane. *Op. cit.*, p.17.

IV
DIREITOS DO HOMEM E SISTEMA
PENITENCIÁRIO
(ENFOQUE DA REALIDADE BRASILEIRA)*

.....
CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL

Procurador do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Conselheiro Científico do ILANUD; Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e da Academia Brasileira de Direito Criminal.

1. Introdução

Amiúde, as mazelas do sistema penitenciário de nosso país vêm sendo expostas pela imprensa e pela televisão, que retratam um quadro desolador, comum a toda a América Latina: centenas de estabelecimentos penais em péssimas condições, superpovoados, onde os direitos humanos dos detentos são objeto de contínua violação.

Sem submeter-se à classificação prevista na Lei de Execução Penal, imprescindível para a orientação de um programa de tratamento individualizado, desprovidos de assistência adequada, os presos, via de regra, não têm acesso a uma atividade que lhes assegure o direito à remição (à razão de um dia de pena por três dias de trabalho, declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público) e muito menos que leve em conta, nos termos da lei, sua habilitação, condição pessoal e necessidades futuras, bem como as oportunidades oferecidas pelo mercado.

Prejudicados pelo precário acompanhamento jurídico e pela morosidade da justiça, uma das principais causas das rebeliões (as outras são, segundo Francisco Reardon, da Pastoral Carcerária: superlotação, deficiência no atendimento médico e violência física¹), um grande número de presos não obtém benefícios como progressão de regime e livramento condicional; outros chegam, excepcionalmente, a permanecer detidos além do tempo definido na sentença condenatória. No plano médico, há escassez de profissionais e falta de condições para uma assistência apropriada, proliferando doenças de toda ordem, em especial as

sexualmente transmissíveis, como a AIDS, que já atinge entre 10 a 20% da população encarcerada.

2. O Panorama Atual dos Direitos Humanos dos Presos e a CPI de 1975

Inobstante o esforço recente do governo federal e de alguns governos estaduais de superarem as deficiências mais gritantes desta área – através da construção de novos presídios, de oferta de trabalho, da informatização de dados e serviços etc. –, o que tem sido comprovado em visitas de inspeção efetuadas por membros do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (a exemplo de São Paulo, várias unidades federativas estão empenhadas em promover mudanças profundas, que não se restringem à mera edificação de estabelecimentos penais) –, a realidade atual, vista como um todo, apenas ratifica o Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito, instituída em 1975, na Câmara dos Deputados, para apurar a situação penitenciária do país, em cujas páginas se consignou que “grande parte da população carcerária está confinada em cadeias públicas, presídios, casas de detenção e estabelecimentos análogos, onde prisioneiros de alta periculosidade convivem em celas superlotadas com criminosos ocasionais, de escassa ou nenhuma periculosidade, e pacientes de imposição penal prévia (presos provisórios ou aguardando julgamento), para quem é um mito, no caso, a presunção da inocência.”²

Vinte e quatro anos depois da CPI, estamos, a bem da verdade, diante do drama maior do sistema prisional, a saber: o tempo transcorre, os governantes e administradores se alternam, mas, apesar das denúncias, das propostas otimistas, dos discursos em defesa da humanização, os problemas perduram ante a insensibilidade da maioria e, pior, tendem a agravar-se, por força da criminalidade crescente e da sempre proclamada insuficiência de recursos. Muitas das prisões que atualmente estão decaídas, ruinosas, foram consideradas modelares na época de sua inauguração; os funcionários – agentes prisionais, técnicos, diretores – que antes eram submetidos com regularidade a cursos de formação, hoje não costumam receber treinamento de qualquer espécie. Tudo isso nos induz a afirmar, com ênfase, que a luta vem a ser agora, também, de resgate do passado. Exemplos raros de excelência sinalizam que é possível enfrentar o desafio com sucesso, particularmente se houver vontade política, seriedade no gerenciamento administrativo e apoio comunitário.

3. As Denúncias de Violação dos Direitos Humanos

A Anistia Internacional, em relatório recentemente divulgado, apontou o Brasil como o país latino-americano que menos respeita os direitos humanos dos encarcerados. Após dois anos de minucioso levantamento, tendo sido visitadas 33 instituições penais e examinados dezenas de casos de violação de direitos humanos, a organização concluiu que o sistema está em crise. A ninguém, de resto, surpreendeu. Que outra ilação, afinal, poder-se-ia extrair de cárceres onde os presos vivem amontoados em celas escuras, sem ventilação, infestadas de insetos e roedores, sem assistência médica e jurídica, com sério risco de vida, entregues à violência de outros internos, de policiais e agentes penitenciários? O que se poderia esperar de um sistema que admite a permanência prolongada de presos em delegacias policiais, superlotadas, onde seus direitos são desrespeitados no limite extremo, em ambiente de degradante promiscuidade? Não é por outro motivo que a reivindicação mais freqüente dos sentenciados recolhidos em delegacias é a transferência para penitenciárias, nas quais efetivamente lhes impende cumprir a pena.

Em 1998, a Embaixada norte-americana no Brasil encaminhou ao Departamento de Estado dos EUA um Relatório sobre Direitos Humanos que aportou em conclusões análogas, indigitando as

duras condições das prisões e a negligência oficial, que resultaram em dezenas de óbitos no interior dos estabelecimentos penais. Referindo-se ao Estado de São Paulo, onde se concentra 40% da população carcerária nacional, asseverou ser preocupantes a superlotação crônica, a corrupção e os abusos na administração local, a par da facilidade com que os prisioneiros têm acesso a armas e drogas.

No mesmo ano, em dezembro, a *Human Rights Watch*, com base em pesquisa efetuada no Distrito Federal e em 7 estados (Rio Grande do Sul, São Paulo, Minas Gerais, Ceará, Paraíba, Rio Grande do Norte e Amazonas), produziu outro Relatório, igualmente contundente, acerca de nossas prisões, sob o título “Atrás das Grades no Brasil”. Nele se critica o fato de que o aumento do número de presos não vem sendo acompanhado da criação das vagas correspondentes, o que agrava os males do sistema.

Entidades governamentais e não governamentais têm, pois, mostrado, com o vigor necessário, o colapso do sistema penitenciário brasileiro. São todas bem-vindas, até porque concorrem para romper o imobilismo e alertar para a absurdidade de convivermos com o dualismo hipócrita de um sistema, cujo arcabouço teórico se esboroa toda vez que um homem cruza os portões que o separarão do mundo livre.

4. O Descompasso da Realidade com as Normas Pertinentes e a Efetivação dos Direitos Humanos

O exame dos fatos nos mostra que não basta termos uma das mais avançadas leis penitenciárias da América Latina, a lei 7.210, de 11 de julho de 1984, em cujo art. 3º se lê que ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei; uma Constituição Federal, a de 1988, que enumera os direitos e garantias fundamentais dos presos (entre os quais, v.g.: nenhuma pena passará da pessoa do condenado; a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; às presidiárias serão asseguradas condições para

que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença); uma Resolução, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária que, adaptando as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos (aprovadas na versão hodierna pela ONU, no I Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente, realizado em Genebra, em 1955, e consideradas o estatuto universal dos reclusos), fixou as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, as quais, segundo o art. 1º, devem ser aplicadas sem distinção de natureza racial, social, religiosa, sexual, política, idiomática ou de qualquer outra ordem; a definição, datada de 26 de julho do corrente ano, pelo mesmo Conselho, do tratamento humano aos que cumprem pena privativa de liberdade como uma das diretrizes básicas da política penitenciária nacional.

Tal como afirmamos em palestra proferida na Seccional do Ceará da Ordem dos Advogados do Brasil, em 21 de junho de 1985, quando então discutíamos proposições a ser apresentadas à Constituinte, insta atentar para as palavras de *Maritain*, que “nos ensinava que as declarações não são suficientes, sendo preciso encontrar meios que façam respeitar os direitos humanos”; e nos advertia não ser “mais possível perverter a função da linguagem, a serviço dos que nos roubem a fé na efetivação dos direitos fundamentais, desses direitos que os homens possuem por serem homens, que são imanescentes à natureza humana, à sua condição de dignidade...”³

Mais do que nunca impõe-se, sob pena de decretarmos a falência do império da lei e da justiça e contribuirmos para o descrédito no Estado de Direito, que sejam cumpridas as normas, constitucionais e infraconstitucionais, que tratam da execução da pena, com vistas à harmônica integração social daqueles que, por diferentes motivos, se envolveram no crime.

5. A Prisão como Organização Social

Acresça-se que a prisão é sempre uma prisão – ambiente que fomenta uma subcultura, na qual o contágio é decorrência natural da convivência forçada – e, por isso mesmo, deve reservar-se apenas àqueles que possam representar graves riscos à sociedade.

Eugenio Raúl Zaffaroni, em obra clássica, leciona:

“A prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante: gera uma patologia cuja principal característica é a repressão, o que não é difícil de explicar. O preso ou prisioneiro é levado a condições de vida que nada têm a ver com as de um adulto: é privado de tudo o que o adulto faz ou deve fazer usualmente em condições e com limitações que o adulto não conhece (fumar, beber, ver televisão, comunicar-se por telefone, receber ou enviar correspondência, manter relações sexuais etc.).”⁴

E mais:

“A prisão não deteriora por deteriorar, mas o faz para condicionar: ‘invade’ o indivíduo com suas exigências do papel que também lhe são formuladas pelas outras agências do sistema – e que a prisão apenas exacerba – em uma continuidade deteriorante realizada por todas as agências, incluindo a judicial. Trata-se de uma verdadeira ‘lavagem cerebral’, da qual fazem parte, inclusive, os demais prisioneiros que interagem com aquele submetido ao tratamento criminalizante.”⁵

Os arautos do movimento de lei e de ordem defendem as penas detentivas, nomeadamente as de longa duração, como forma de conter a criminalidade. Países como os Estados Unidos têm assumido esta postura, de resultados ambíguos e com um ônus excessivamente elevado para os contribuintes.

6. As Penas Alternativas e os Direitos Humanos

A preocupação com os direitos humanos se estende também aos que, havendo praticado crimes de menor potencial ofensivo, de reduzida lesividade social, sejam condenados a penas restritivas de direito, como, v.g, de prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública.

É evidente que os condenados ao cumprimento das penas alternativas levam vantagem sobre aqueles privados de sua liberdade, maiormente porque escapam dos efeitos negativos do cárcere, preservam seu trabalho e se mantêm junto à família, em seu ambiente social.

Neste caso, é crucial a observância do teor das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade (as Regras de Tóquio), fixadas pela Resolução n. 45/110 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e as Regras Mínimas para o Tratamento dos Presos, além de outros instrumentos internacionais de direitos humanos, referentes aos direitos das pessoas em conflito com a lei.

Damásio Evangelista de Jesus, Presidente e Professor do Complexo Jurídico Damásio de Jesus, Membro da Academia Brasileira de Direito Criminal, comenta detidamente, com a proficiência de praxe, cada uma das Regras de Tóquio. Vejamos alguns exemplos:

“A restrição à liberdade, possível em medidas não-privativas de liberdade, pode dar origem à possibilidade de violação de direitos humanos internacionalmente reconhecidos. A Regra 3.7. recomenda que os Estados estabeleçam mecanismos que permitam aos delinquentes, que considerem que seus direitos humanos fundamentais foram violados, requerer reparação. Para exercer o direito de requerer reparação, os delinquentes e seus representantes legais, quando for o caso, devem ter acesso às informações sobre os relevantes instrumentos de direitos humanos e sobre os mecanismos existentes para a reparação de injustiças.”⁶

Logo em seguida:

“De conformidade com as garantias internacionais dos direitos humanos, a Regra 3.9 recomenda o respeito à dignidade do delincente, submetido a medidas não-privativas de liberdade. As mencionadas medidas mantêm o delincente dentro da comunidade. Elas podem determinar que trabalhe na comunidade ou participe de atividade comunitária. Poderá, então, tornar-se de conhecimento público que aquele trabalho ou participação constitui parte de uma medida não-privativa de liberdade e que a pessoa é um delincente. Isto pode ter por resultado uma publicidade prejudicial, insulto ou estigmatização. Um resultado deste tipo pode constituir afronta à dignidade do delincente e também prejudicar sua reabilitação e reintegração social. Por esse motivo, nas diferentes Regras de Tóquio, por exemplo nas 3.11, 6.2 e 10.1., foram incorporadas disposições destinadas a proteger sua dignidade.”⁷

Em exposição feita no I Congresso Nacional de Execução da Pena – “A Humanização das Prisões e as Penas Alternativas”, realizado em Fortaleza, de 24 a 26 de setembro de 1997, Carlos Frederico Barcellos Guazzelli assim se manifestou:

“A luta pela humanização das penas, privativa de liberdade ou alternativas, surge como o maior desafio, não só aos operadores do Direito Penal – dentre eles, de forma especial, aqueles encarregados da assistência judiciária aos condenados –, como a toda a sociedade; ou, ao menos, para os seus segmentos preocupados com a democratização e a efetivação da cidadania. Para estes, tal luta passa necessariamente pela afirmação e concretização dos direitos humanos, inclusive do cidadão (pois assim deve ser considerado) processado, condenado ou preso. Só o respeito a estes direitos, no plano real, pode conferir algum sentido à pena – algum sentido que ultrapasse, é claro, a repressão pura e simples, tão mais cruel, quando socialmente inócua, ou, pior ainda, contraproducente.”⁸

Das penas alternativas, que se inserem numa proposta maior, a do direito penal mínimo, o grande desafio do século XXI é o monitoramento de sua aplicação, cujo fracasso, a ser evitado a todo custo, nos conduziria a um retrocesso execrável.

7. Conclusão

É chegado o momento de consolidarmos uma nova cultura, que contemple a humanização do cárcere e, ao mesmo tempo, defenda a descriminação, a despenalização e a desinstitucionalização progressiva da execução da pena, tendo como princípio reitor a garantia do respeito aos direitos humanos.

A comunidade, convocada para colaborar na administração da justiça criminal, tem um papel decisivo na cobrança de políticas, de práticas que se centrem no homem e na dimensão maior de sua cidadania e de sua dignidade.

Referências Bibliográficas

01. Folha de São Paulo, 20.05.1997.
02. Diário do Congresso Nacional, Suplemento ao n. 61, de 04.06.1976, p. 002.
03. BARROS LEAL, César. Direitos Humanos e a Constituição. *In Aspectos*, n. 24. Fortaleza: Secretaria de Cultura e Desportos do Ceará, 1986, p. 61.
04. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em Busca das Penas Perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 135.
05. Idem, p. 136
06. JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas*. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 232, 233
07. Idem, p. 234.
08. GUAZZELLI, Carlos Frederico Barcellos. *O Desafio da Assistência Jurídica aos Encarcerados*. Texto mimeografado.
- * Síntese da palestra proferida na XVII Conferência Nacional de Advogados, realizada no Rio de Janeiro, em 1999.

V

O PLURALISMO JURÍDICO E A ÉTICA DO DIREITO À ALTERIDADE

.....

DJASON B. DELLA CUNHA

Professor de Sociologia Jurídica do Curso de Direito da UFRN; Mestre em Antropologia Social pela Université Lyon 2 – França; Doutor em Direito Público pela UFPE.

1. Introdução

A discussão sobre a crise dos paradigmas – especialmente do monismo jurídico –, com a exigência de uma revisão nas formas de se produzir e praticar a normatividade legal, restaura ao nível global a questão da equidade, configurada como uma velha/nova ordem de legitimidade jurídica.

Certamente, a constatação do exaurimento da cultura jurídica e dos valores éticos projetados pela modernidade burguesa-capitalista testemunha um sucedâneo de crises de legitimidade normativa que circula nas esferas das instituições políticas e econômicas e atravessa o ethos valorativo das práticas cotidianas.

Não resta dúvida que a vida na sociedade contemporânea de massas “tem sua razão de ser na profunda perda de identidade cultural, na desumanização das relações sócio-políticas, no individualismo irracionalista e egoísta, na ausência de padrões comunitários e democráticos, senão ainda na constante ameaça de destruição da humanidade e de seu meio ambiente. Essa situação gera uma das grandes dificuldades presentes, que é arquitetar as bases de um conjunto de valores éticos capazes de internalizar o ‘eu’ individual e o ‘nós’ enquanto comunidade real. No meio da crise de legitimidade normativa, vive-se a falta de consenso e o impasse face à diversidade de interpretação sobre o que seja ‘virtude’, ‘bem-comum’, ‘vida boa’ ou ‘ação justa’ ”¹.

De modo que o reconhecimento dessa crise ética da modernidade suscita a exigência de uma nova racionalização da vida social, quer no nível das orientações instrumentais e técnicas, quer nas

interpretações das normas e valores éticos da ação humana, propiciando a abertura e a busca de alternativas para a descoberta de um novo paradigma axiológico, tanto no espaço avançado das sociedades capitalistas atuais quanto nas áreas instáveis e conflituosas das sociedades periféricas.

Assim é que, dentre as inúmeras propostas aventadas, duas significativas contribuições filosóficas oferecem orientações paradigmáticas à superação da crise dos valores éticos da vida social contemporânea. Trata-se, de um lado, do “pragmatismo analítico”, representado por teóricos anglo-norte-americanos como A. MacIntyre, Hilary Putnam e Richard Rorty, e, de outro, do “racionalismo discursivo” de Jürgen Habermas e Karl-Otto Apel.

O Pragmatismo Analítico versus Racionalismo Discursivo

Sem adentrar nas particularidades das duas propostas filosóficas, “o pragmatismo analítico” tem por escopo teórico a rejeição dos chamados princípios éticos universais, propugnando pelo entendimento de que é prejudicial buscar normas gerais para o convívio social, pois a ética enquanto “virtude” se propõe oferecer respostas e soluções a problemas imediatos e específicos. A argumentação dos pragmáticos analíticos, imbuídos de uma postura marcada pelo relativismo cultural, se fundamenta na rejeição de valores absolutos, intemporais e utópicos, sob a alegação de que a conduta humana enquanto virtude cívica reflete valores regionais que estão condicionados a uma tradição cultural concreta.

Certamente, ao minimizar o papel de uma

ética de racionalidade universal, os pragmáticos analíticos proclamam uma ética específica, regional, marcada por um “etnocentrismo pragmático”, que por refletir o predomínio de uma tradição cultural calcada na *way of life* liberal-individualista norte-americana tende a ignorar as concepções éticas de outros *ethos* culturais, notadamente as éticas libertárias vivenciadas nas culturas de sociedades periféricas.

Por outro lado, o movimento pela ética racional do discurso, diferentemente do “pragmatismo analítico”, tem como referencial teórico a investigação sobre a fundamentação de princípios éticos universais. Fundamentados no conceito dialógico de “razão”, em rejeição à lógica instrumental da racionalidade iluminista, os defensores do “racionalismo discursivo” buscam superar o exaurimento da crise ética da modernidade propondo regras e valores para a ação humana que visem a emancipação dos sujeitos históricos e dos grupos sociais. Nessa linha de raciocínio se alinham Habermas e Apel, que postulam uma ética de teor universalista, movida por um “discurso prático-comunicativo”, capaz de objetivar uma maior assimilação entre o “eu” individual e a autonomia das identidades coletivas.

Enquanto Jürgen Habermas, por exemplo, retoma a ética formalista de Kant (o imperativo categórico) e se apóia nos argumentos da dialética hegeliana para propor uma ética do discurso prático, cuja intencionalidade é mediada pela reciprocidade de três princípios básicos e universais: o princípio da justiça, o princípio da solidariedade e o princípio do bem-comum, Karl-Otto Apel edifica a sua nova ética universalista tomando por base as proposições normativas de conteúdo linguístico-pragmático. Assumido pela lógica de uma racionalidade de “reflexão transcendental”, Apel sistematiza uma ética especial, também de caráter dialógico (discursiva-comunicativa), denominada de “ética da responsabilidade” constituída pelo consensualismo das vontades livremente reafirmadas. A “ética da responsabilidade” seria uma espécie de ponte mediadora capaz de possibilitar a existência de uma “ética comunitária intersubjetivamente válida”. Assinala Apel que “somente este tipo de norma básica, universalmente válida, de fundamentação consensual-normativa, é que pode possibilitar a convivência das pessoas, dos povos e culturas, com diferentes interesses e tradições valorativas de mundos vitais. Ora, é justamente o

reconhecimento intersubjetivo da ‘metanorma’, enquanto princípio de racionalidade discursiva, que torna possível a condição do pluralismo valorativo do mundo moderno”². A intenção de Apel é, portanto, fundar uma “ética da responsabilidade” marcada pelo consenso dos agentes sociais em interação e que seja capaz de ordenar uma ação coletiva em prol do bem-estar e da felicidade geral, independentemente das circunstâncias.

Apesar dos esforços de Habermas e Apel no sentido de fundamentar uma ética racional, intencionalmente universal, que toma as relações intersubjetivas e a ação comunicativa concreta como eixo de ação e de ordenação da vida social, a eficácia de seus pressupostos parece ser insuficiente para dar conta da questão da experiência histórica das sociedades periféricas (latino-americana e brasileira) marcadas por profundas clivagens de situações culturais regionais, onde vicejam todo tipo de irracionalismo, de conflitos, de dependências e de violências institucionalizados.

Sem dúvida, tal insuficiência se deve ao fato da “ética discursiva” cingir-se tão somente a uma idéia de sociedade matizada pela perfeição, constituída por agentes sociais livres, competentes e conscientes, partícipes em condições de igualdade do jogo linguístico argumentativo. Na verdade, o que se constata nessas sociedades é a existência de uma lógica de relações desiguais, cuja situação histórica ou experiência cultural acontece dentro de um espaço público composto por sujeitos alienados, espoliados e desiguais, os quais são ignorados, silenciados e excluídos, por serem considerados incompetentes para participar das decisões engendradas pelas categorias sociais que manipulam os discursos da “ética da responsabilidade” ou da “pragmática universal”.

Por conseguinte, parece óbvio que tanto o “pragmatismo analítico de MacIntyre, Putnam e Rorty quanto a “ética discursiva ou da comunicação” de Habermas, ou mesmo a “pragmática transcendental” ou “ética da responsabilidade” de Apel, averiguam-se insuficientes ou deficitários para compreender e desenvolver um *ethos* de legitimação particular ou universal nas sociedades periféricas. O caminho de enfrentamento a esta realidade parece ser traçado por um outro tipo de racionalidade, cujo conteúdo reflete uma prática pedagógica libertadora, capaz de emancipar os sujeitos históricos injustiçados, expropriados e excluídos.

Trata-se, evidentemente, de uma “ética da alteridade” sobre a qual se refere o filósofo e teólogo Enrique D. Dussel como “o lugar ou o momento da exterioridade, em cujo espaço se dá a ‘afirmação do oprimido como o outro, como pessoa e como fim’, e que se constitui de duas categorias fundamentais: a categoria ontológica da ‘totalidade’ e a categoria metafísica da ‘exterioridade’ (alteridade)”.³

Sobre a dimensão filosófica do binômio “totalidade” versus “exterioridade”, que fundamenta uma nova estrutura da subjetividade, dispõe Wolkmer ao refletir ao nível teórico essa nova lógica de convivência humana: “A categoria da ‘totalidade’, que pode manifestar-se de diversas maneiras, abarca o mundo da vida cotidiana, a totalidade do ser, a universalidade dos sentidos e das práticas, a mundialidade capitalista concreta e abstrata. A exigência de uma nova ordem fundante implica o desafio de romper com a ‘totalidade’ ontológica do pensamento moderno europeu, caracterizado por um idealismo individualista e por um subjetivismo centrado no ‘Eu absoluto’ ”.⁴

Por outro lado, afirma ele: “a categoria da ‘exterioridade’ engloba o ‘espaço humano do outro’, da alteridade de uma nova subjetividade presente em cada pessoa enquanto individualidade e em cada grupo enquanto coletividade. Ademais, a metafísica da alteridade enquanto paradigma originário que rompe com a injustiça e com a ‘negação do ser do outro’, inscreve na história a exterioridade do outro, configurando, pela praxis, refletida igualmente ao nível teórico, uma nova lógica de convivência humana”.⁵

Não há dúvidas de que a “ética da alteridade” traduz uma dimensão libertária que se apóia numa praxis de desalienação do homem e na valorização das práticas culturais de uma racionalidade histórica particular, não-formal e materialmente emancipadora.

Tecendo uma teorização sobre essa questão, Enrique D. Dussel – citado por Wolkmer – desenvolve duas “categorias práticas” que contextualizam a existência do binômio “totalidade” versus “exterioridade”:

“a) **a ‘alienação’** – simboliza o ‘pecado’ e a ‘opressão’, a negação da exterioridade, o ‘outro’ despojado e tornado mera parte funcional interna do sistema mercantil, o

sujeito vivo coisificado pelo capital, o mal por excelência etc.;

b) **a ‘libertação’** – o imaginário da ‘salvação’ e da ‘saída’, a utopia do ‘homem novo’, a alternativa construtiva ao Capitalismo dependente, enfim, a ‘negação da alienação a partir da afirmação da exterioridade’ ”⁶

Faz-se mister reconhecer a “ética da alteridade” como uma ética de conteúdo efetivamente antropológico, fundamentada, por um lado, nos valores universalizantes de um direito natural racional, como vida, liberdade, bem-comum, justiça e dignidade, e, por outro, na singularidade emancipatória de valores culturais específicos e particulares, representados pela autonomia individual e coletiva, solidariedade e satisfação de necessidades humanas básicas, em consonância com a experiência concreta latino-americana.

Assim sendo, é possível reconhecer no contexto da civilização periférica capitalista – como a latino-americana e a brasileira – a viabilidade de uma ética de conteúdo libertário, gerada no bojo de uma pedagogia desalienante e emancipatória, que toma as relações de conflito indistintamente como reivindicações por necessidades, quer de sujeitos coletivos quer de movimentos sociais, transformadas em direitos pautados na emancipação, autonomia, solidariedade e dignidade de uma vida propensa à satisfação das necessidades fundamentais.

No espaço aberto de experimentação existencial e de exigências éticas renovadas, a prática da Equidade – como estratégia da efetividade racional – aponta para a reestruturação de uma atividade judicante capaz de contextualizar as práticas cotidianas de uma realidade fragmentada e rearticular permanentemente novas formas de conciliação entre a aplicabilidade formal da lei e a exigência de uma justiça efetivamente cidadã.

O Pluralismo Jurídico e a Ética da Alteridade

Contrariamente à tendência de concentração e unificação do poder, própria da formulação teórica e doutrinária do monismo estatal moderno, o pluralismo é concebido na linguagem política como a “concepção que propõe como modelo a

sociedade composta de vários grupos ou centros de poder, mesmo que em conflito entre si, aos quais é atribuída a função de limitar, controlar e contrastar, até o ponto de o eliminar, o centro do poder dominante, historicamente identificado com o Estado”.⁷

Avançando na localização histórica do conceito, o pluralismo enquanto possibilidade “sociológica” e “política” tem suas origens mais precisamente na doutrina dos “corpos intermediários” de Montesquieu, tratada em sua obra “L’Esprit des Lois”, destinados a mediar e a resolver a antítese entre o indivíduo e o Estado na medida em que faz apelo às associações livres de mediação política – exaltadas por Tocqueville –, “consideradas como as únicas capazes de tornar o cidadão apto a se defender de uma maioria soberana e onipotente”.⁸

A afirmação do pluralismo se faz na medida em que rejeita toda forma de posição individualista da sociedade e do Estado, a qual tende a marginalizar as formações sociais que surgem no espaço intermediário entre este e aquela. No dizer de Bobbio, “a luta que o Pluralismo trava tem sempre duas frentes: uma contra a concentração de todo o poder no Estado, outra contra o atomismo. É uma luta travada em nome da concepção de uma sociedade articulada em grupos de poder que se situem, ao mesmo tempo, abaixo do Estado e acima dos indivíduos, e como tais, constituam uma garantia do indivíduo contra o poder excessivo do Estado, por um lado, e, por outro, uma garantia do Estado contra a fragmentação individualista”.⁹

Há quem afirme, contudo, por exemplo, Robert Nisbet, que o pluralismo social tem sua origem em Johannes Althusius, jurista e crítico da soberania absolutista estatal e defensor de um regime federalista de governo baseado “em comunidades naturais ou tradicionais, cada uma das quais, juntamente com os órgãos formais do governo político, participará do processo governamental. (...) Para Althusius, a soberania popular estava no povo considerado apenas em termos de suas comunidades e grupos reais, historicamente desenvolvidos, tradicionais. Esses grupos e comunidades – que iam desde a família até à vizinhança, à paróquia, à guilda ou desde a associação incorporada, sob qualquer forma, até à igreja – seriam verdadeiras unidades da comunidade política”.¹⁰

Para Georges Gurvitch, a identidade do princípio pluralista integra uma realidade nitidamente diferenciada em três dimensões: o pluralismo como “fato”, como “ideal” e como “técnico”. O pluralismo como “fato” é observável em toda e qualquer sociedade. Toda sociedade envolve sempre “um microcosmo de agrupamentos particulares se limitando, se combatendo, se equilibrando, se combinando hierarquicamente num conjunto global e se permitindo as combinações mais variadas, condicionadas pelas situações históricas. A matéria fundamental desse pluralismo de ‘fato’ é a vida social posta pela tensão e equilíbrio entre os diversos grupos. O pluralismo como ‘ideal’ compreende, para Gurvitch, a liberdade humana coletiva e individual, definida através da harmonia recíproca entre os valores pessoais e os valores de grupo, sintetizada pela equivalência democrática de corpos sociais autônomos e pessoas livres. Trata-se, por demais, na integração fraterna e democrática, de valores intercalados entre a variedade e a unidade. Cabe, ao pluralismo ‘técnico’ enquanto método especial a serviço de um ideal, o esforço para implementar a liberdade humana e os valores democráticos, contribuir para o enfraquecimento do Estado e servir aos interesses gerais em seus múltiplos aspectos”.¹¹

No todo, o que importa ressaltar é que o pluralismo propugna pela edificação de um espaço social mediador capaz de amortecer tanto a ingerência desmensurada da ação do Estado centralizador quanto à ameaça de fragmentação atomizada do individualismo, enquanto dimensão de realização particular de cada um.

Em síntese, e de modo geral, pode-se atribuir ao pluralismo certos “princípios” valorativos básicos necessários à captação de sua natureza específica, tais como:

a) **Autonomia** – Referindo-se “ao poder intrínseco que os movimentos coletivos ou associações profissionais, econômicas, religiosas, familiares e culturais possuem independentemente do poder governamental”¹²,

b) **Descentralização** – Significando “o processo em que o exercício do poder político-administrativo se desloca de instituições formais unitárias para esferas locais e fragmentadas. (...) O mérito da descentralização está em reforçar os espaços de poder local e ampliar a ‘participação’ dos corpos intermediários”¹³;

- c) **Participação** – Consistindo na integração do indivíduo à comunidade pela participação da discussão pública, como forma efetiva de solucionar problemas e conflitos;
- d) **Localismo** – Significando “que o poder local é o nível mais descentralizado do poder estatal, organizado e articulado por relações que mais diretamente são atravessadas pela sociedade e pelos interesses advindos das forças sociais”¹⁴;
- e) **Diversidade** – Por estar na raiz da ordem pluralista, chancela difusão das diferenças, dos dissensos e dos confrontos. Admite a “diversidade de seres no mundo, realidades díspares, elementos ou fenômenos desiguais e corpos sociais semi-autônomos irreduzíveis entre si”¹⁵;
- f) **Tolerância** – Por estar associada a uma filosofia da liberdade e ao direito de autodeterminação de cada indivíduo, classe ou movimento social, implica na aceitação das diferenças de uma vida social materializada, da diversidade de crenças e do dissenso de manifestações coletivas, bem como centra sua atenção na motivação das necessidades concorrentes e na diversidade cultural dos agrupamentos humanos.

No que concerne mais propriamente ao pluralismo jurídico, enquanto fenômeno de superação da sociedade massificada, pode ser apreendido como uma forma plúrima de normatividade instada a emergir do desajuste institucional, da saturação do modelo de representação política e do esvaziamento do instrumental jurídico estatal das sociedades periféricas de massa.

É, sobretudo, na superação desse tipo de sociedade, dominada pela racionalidade formal e opressora da burguesia capitalista, que se vislumbra a adoção da criação de espaços políticos diversificados em que proliferam tanto a coexistência das diferenças quanto a multiplicidade de fontes informais e difusas de normatividade. Semelhante tendência não só propugna por uma nova opção na legitimidade de práticas legais cotidianas disseminadas por novos atores sociais como expressa o reconhecimento de um pluralismo societário marcado pela ingerência de uma democracia participativa.

Percebe-se, assim, que o pluralismo jurídico pressupõe a existência de dois níveis de atuação:

- a) por um lado, a adequação de propostas “práticos-teóricas”, no âmbito da cultura jurídica, que levem em conta as reais condições materiais e existenciais vividas pela globalidade da sociedade nacional;
- b) e de outro, a adoção de um processo de “auto-regulação” concebido no contexto de uma nova racionalidade jurídica e ética que vise a reordenação da sociedade civil e a descentralização normativa do próprio poder estatal para a sociedade, de um aparato legal enrijecido para uma prática jurídica dinâmica, interativa, que privilegie os acordos, as negociações e as conciliações dos conflitos.

É, portanto, dessa dimensão interativa de um espaço societário participativo de caráter estritamente democrático, onde se presencia a minimização do poder legiferante formal do Estado e a priorização de uma produção normativa plúrima de conteúdo derivado gerada por instâncias organizadas no seio da vida social, que decorre a relevância da questão da “efetividade formal” do direito consubstanciada na formulação de uma nova ordem de valores éticos. Essa alternatividade na busca de um novo universo axiológico conduz à descoberta de uma nova ética: a ética da alteridade, que rejeita os raciocínios ontológicos e os juízos *a priori* universais e se assenta numa premissa de cunho libertário, materializada como instrumento pedagógico de expressão dos “oprimidos” ansiosos por emancipação, autonomia, solidariedade e justiça.

A Justiça como Equidade

Não resta dúvida que a constatação da crise da cultura jurídica, dos valores éticos projetados pela ideologia burguesa-capitalista, bem como pelo exaurimento do próprio modelo de aplicabilidade do direito que não consegue se traduzir em justiça, testemunha o colapso da legitimidade normativa que circula nas esferas das instituições políticas, econômicas e jurídicas e atravessa o *ethos* valorativo da vida social cotidiana.

Assim, para compreender-se a dimensão da distribuição da justiça, faz-se necessário delimitar

a abrangência da norma jurídica, como fruto da aplicação do direito. Nesse sentido, Roscoe Pound assinala que há três teorias de aplicação da norma jurídica:

- a) “uma teoria analítica, que pressuporia um corpo de normas sem lacunas e antinomias, sujeito a uma interpretação mais aproximada da literal do que da histórica;
- b) uma teoria chamada histórica, que considera o direito como código e este como ‘continuação e desenvolvimento de um direito preexistente’;
- c) uma teoria da equidade, para a qual o essencial é ‘uma razoável e reta solução para cada uma das controvérsias. Esta compreensão do preceito jurídico, quer seja sua fonte encontrada numa lei, quer seja numa tradição, é um caminho que conduz o juiz ao resultado justo’ ”.¹⁶

Essa distinção proposta por Pound denota a dificuldade que se tem de estabelecer uma compreensão científica do Direito. Analisada do ponto de vista de um “fato social total”, a norma jurídica deve ter alcance integral em sua concreção, tomando por referência a importância da experiência jurídica (encadeamento de norma e fato) e da individuação da aplicabilidade das normas, visando a dinâmica operacional do direito. É, nesse sentido, que Helmut Coing atribui à justiça um conteúdo humano, compensador, cuja atuação “abrange a noção de que seu exercício caracteriza-se como um amoldamento da situação de fato em enquadramento conceitual, normativo, interpretado em seu nível mediador, adaptador, conformador. Nesse sentido, a idéia de equidade ganha relevo para a inteligência da expressão da técnica da justiça, que culmina na sentença, mormente se considerada a sua evolução no curso da história do Direito e da Ciência do Direito”.¹⁷

A primeira idéia de equidade de maior interesse para o mundo Ocidental, vem dos gregos – Platão, Aristóteles, Anaximandro. Para Aristóteles, “o equitativo é o justo, superior a uma espécie de justiça – não à justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. E é essa a natureza do equitativo: uma concepção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade”.¹⁸

Na visão contemporânea, e ao nível do processo (avaliação de prova, interpretação de

norma), a prática da equidade – como estratégia da efetividade racional – aponta para a reestruturação de uma atividade judicante capaz de contextualizar as práticas cotidianas de uma realidade fragmentada e rearticular permanentemente novas formas de conciliação entre a aplicabilidade formal da lei e a exigência de uma justiça efetivamente cidadã.

Na realidade, transcendendo o caráter de fonte do direito, a equidade é um procedimento de elaboração jurídica cuja utilidade não é a de formular novas normas, mas sim a de aplicar devidamente as normas existentes ao caso concreto particular, visando a distribuição prática de justiça. Assim, o magistrado, para julgar com equidade, deve estar imbuído do sentido do equânime, ou seja, proceder a uma interpretação da norma na abrangência que lhe permite a ordem jurídica no sentido de atender aos fins sociais da lei. Nesta linha de raciocínio, não se trata mais de aplicar um direito imposto pelo legislador, mas da intencionalidade de estabelecer uma comunicação entre o direito e os valores considerados razoáveis pela sociedade.

Portanto, a justiça como equidade abre o espaço necessário para adequar melhor a norma jurídica à relação entre fato e valor e contribui fortemente para estabelecer uma eficácia real na solução das questões emergenciais da coletividade vinculadas às reivindicações por justiça.

Admitir essa racionalidade do justo e do razoável na forma de aplicabilidade da norma jurídica é, em certo grau, aproximar mais efetivamente o aparato legal-estatal com o cotidiano dos cidadãos. É substituir procedimentos formais, com elevado nível de institucionalização, por práticas alternativas de juridicidade, com baixo nível de rigor institucional, e que certamente repercutirá no conseqüente alargamento de uma consciência societária normativa, operando na voluntariedade das necessidades básicas e no consenso das diferenças, sedimentando uma nova praxis política de administração da justiça.

2. Considerações Finais

Assim, a derrocada do monismo jurídico, no fim do século XX, coincide com o agravamento da chamada crise dos paradigmas, que assinala o

rompimento dos padrões teóricos, tema bastante discutido no âmbito das ciências humanas.

Tem-se por certeza que a vida atual em sociedade exige uma premente reavaliação histórica, considerando o fato de que as instituições culturais, políticas e normativas tradicionais se apresentam insuficientes e limitadas para dar conta da diversidade das formas de vida cotidiana, dos novos saberes tecidos no lastro das necessidades coletivas e da exigência de reorganização político-jurídica da sociedade pós-moderna.

Torna-se inequívoca a constatação de “que os paradigmas que explicam a condição e a possibilidade de existência, delineada pelo idealismo individual, pelo racionalismo liberal e pelo formalismo positivista, que mantiveram o rigor lógico do discurso filosófico, científico e jurídico, têm seus substratos abalados, questionados e substituídos por novos padrões valorativos de referência, de fundamentação e de legitimação” .¹⁹ Daí que se posicionar numa vertente de rejeição aos paradigmas teóricos-clássicos centrados em modelos estruturais anacrônicos de produção, da unicidade do Estado-Nação, de projetos universais de organização do Estado e da Sociedade, de centralização normativa do Estado de Direito e de uniformidade de interesses institucionalizados implica no direcionamento de um novo modelo “prático-teórico” de pluralismo sedimentador das condições de um Direito Comunitário de caráter alternativo.

O desafio é instigante e convoca os novos agentes sociais do Direito a visualizar nesse conflito de leis que o Direito Estatal, ao esmerar-se em defender os interesses das minorias elitistas e os intentos de grupos privilegiados, não tem legitimidade para exercer uma hegemonia normativa em nome de toda a sociedade. Ademais, neste processo se faz imperativo redefinir os pressupostos de sustentação da legitimidade, idéia que se dissocia da chancela estatal, dos critérios tradicionais de efetividade formal e da legalidade positiva, assentando-se no poder de participação/decisão e no consenso do ‘justo’ comunitário desejado.²⁰ O que se deduz que deve prevalecer no seio da sociedade a prática de um “direito justo”, que mais favoreça à comunidade e que se auto-legitime no espaço das aspirações legítimas e na satisfação das necessidades estabelecidas democraticamente pela própria comunidade.

Naturalmente, o novo pluralismo jurídico emergente na sociedade brasileira diverge de maneira intrínseca do pluralismo de raiz liberal, pressupondo uma nova legitimidade dissociada da chancela estatal, das práticas tradicionais de efetividade formal e da legalidade positivista, buscando no poder de participação, na eficácia social e no consenso do “justo” comunitário a dinâmica interativa de um “espaço público” mais democrático, onde uma nova racionalidade e uma nova ética se conjugam em torno de aspirações, de negação de carências, do direito à diferença, de autonomia e de tolerância, e de necessidades comuns. Trata-se da insurgência de um pluralismo jurídico e político de “sujeitos coletivos” destinado a construir uma nova hegemonia que defenda o predomínio da “vontade geral” sem sacrificar o pluralismo das necessidades individuais.

Em suma, essa será a realidade da expansão societária brasileira do próximo milênio, no interior da qual os indivíduos, sujeitos coletivos e grupos organizados, unidos em torno de necessidades comuns, construirão os “novos direitos”. A reordenação da Sociedade Civil será marcada pela utilização de práticas jurídicas alternativas, base de uma cultura informal, caracterizada por manifestações normativas à margem do Direito posto pelo Estado.

Neste horizonte de práticas cotidianas múltiplas, a sociedade será um “sistema de decisão complexa”, um mundo de juridicidade policêntrica, marcado por uma praxis de “frágeis igualdades” e “espaços de conflitos intermitentes”, onde haverá a predominância de um espaço público dinâmico, interativamente democrático, embasado no poder de participação, na eficácia social e no consenso de uma justiça comunitária.

No mundo da política e do direito, a democracia muda de referência. Ela não é mais apenas um regime político com partidos e eleições livres. É uma sociedade aberta, que permite sempre a criação de novos direitos. Os movimentos sociais, nas suas lutas, transformaram os direitos declarados formalmente em direitos reais. As lutas pela liberdade e igualdade ampliaram os direitos civis e políticos da cidadania, criaram os direitos sociais, os direitos das chamadas “minorias” – mulheres, crianças, idosos, minorias étnicas e sexuais – e, pelas lutas ecológicas, o direito ao meio ambiente sadio. E

como acentua Habermas: “o direito ancorado na moral e não mais na racionalidade instrumental-cognitiva da ciência, é o elemento estruturador da democracia”.

Este é o impacto sobre a Modernidade que define e que cede lugar a uma era pós-moderna: a era da reemergência da Sociedade Civil. A reemergência da sociedade civil é uma nova ordem paradigmática que opera a substituição do conceito de sociedade nacional pelo de sociedade plural. Aqui as noções de soberania e hegemonia, associadas ao Estado-Nação como centro de poder, são substituídas pelas noções de ordem plural, onde gravita a ênfase renovada no papel das instituições intermediárias que, por um lado, protegem os indivíduos do poder alienante do Estado, e, por outro, defendem o Estado do perigo da fragmentação individualista, e, sobretudo, na reafirmação dos valores do autogoverno, da expansão da subjetividade, do comunitarismo e da organização autônoma dos interesses e dos diversos modos de vida.

Do ponto de vista do Direito, essa realidade macroestrutural desperta profundo interesse, principalmente porque no bojo das contradições do próprio capitalismo, o fenômeno da democratização toma corpo e cujas práticas transnacionais ofuscam o papel tradicional do Estado-Providência. Com outras palavras, o sistema plural conceituado como um sistema que opera através de estruturas coesas de práticas organizadas e integrativas, e que só podem ser entendidas propriamente em termos de seus efeitos transnacionais, reafirma o fosso entre o Estado e a sociedade civil, introduzindo um novo raciocínio jurídico, cuja aplicabilidade não mais gira em torno da idéia de que o direito deve obrigatoriamente identificar-se com o direito estatal.

Na esteira da exigência dessa nova mentalidade jurídica que toma forma, salienta-se o fenômeno complexo da “reemergência da sociedade civil”, a qual se fortalece por um processo contínuo de maior organização e mais autonomia política, nela sendo possível destacar pelo menos três lógicas distintas: o fortalecimento de movimentos sociais e políticos democratizantes vinculados a condições de: autonomia, autogestão, independência, participação, *empowerment*, direitos humanos e cidadania; construção de um espaço público não-estatal enquanto esfera de participação social e política dos cidadãos agrupados em entidades e movimentos não-

governamentais, não-mercantis, não-corporativos e não-partidários, privados por sua origem, mas públicos por sua finalidade, sendo capazes de promover a articulação entre esfera pública e âmbito privado como nova forma de representação, na tentativa de criar alternativas de desenvolvimento democrático para a sociedade; consolidação de uma nova ordem jurídico-constitucional com um perfil de política judiciária capaz de garantir: 1) o acesso à justiça; 2) o aspecto da administração da justiça enquanto instituição de caráter político e de organização profissional, voltada para a produção e realização de serviços especializados; 3) a litigiosidade social e os mecanismos da sua resolução, disponíveis dentro da própria sociedade.

Não se trata mais de um sinônimo de sociedade, mas de uma maneira de pensá-la, de uma perspectiva ligada à noção de igualdade de direitos, autonomia, participação, enfim, os direitos civis, políticos e sociais da cidadania. Em virtude disso, a sociedade civil tem que ser “reorganizada”. O que era um estado natural nos filósofos contratualistas, ou uma condição da política moderna em Hegel e Marx, torna-se agora um objetivo para os ativistas sociais do Segundo e Terceiros Mundos: a sociedade civil tem que ser construída, reforçada, consolidada. Trata-se de meio e fim da democracia política.

É dentro desta perspectiva que trabalham alguns pensadores contemporâneos que fornecem importantes subsídios teóricos para a atuação das chamadas organizações não-governamentais, tais como Alan Wolfe, por exemplo. O próprio Habermas que, ao romper com a correlação ideológica unívoca entre sociedade civil e esfera privada, entendida como economia, e o Estado entendido como esfera pública, credita a esta nova ordem uma esfera privada no sistema (economia) e uma esfera pública não-estatal, constituída pelos movimentos sociais, ONGs, associações de cidadania etc.. Assim, os conceitos de público e privado não se aplicam mais automaticamente a Estado e sociedade civil, respectivamente. É possível dizer hoje que existem também as esferas do estatal-privado e do incipiente social-público.

Na esfera estatal-privada estão as empresas e corporações estatais que, embora formalmente públicas, encontram sua lógica na defesa de interesses particulares, econômicos ou setoriais, comportando-se na prática como organizações de mercado. Já na esfera social-pública, ainda emergente, encontram-se os movimentos e

instituições que, embora formalmente privados, perseguem objetivos sociais, articulando na prática a construção de um espaço público não-estatal.

De modo que, sendo o fenômeno da constitucionalidade uma experiência política das democracias liberais, não se compreende mais um projeto constitucional sob os moldes tradicionais desse tipo de ideologia, que propugna pela preservação de uma separação estanque entre instituições privadas e públicas e que confere unicamente ao Estado o privilégio de ordenar a sociedade civil.

O fenômeno da democratização arrasta consigo um novo ordenamento de mundo, no qual a sociedade reordenada por uma política de ordenação descentralizada e participativa experimenta novos procedimentos de racionalidade que visam a reconhecer e efetivar a emergência de novos atores sociais, cuja ação individual ou coletiva repercute na construção de

uma pedagogia concreta dos valores éticos, designada como “ética da solidariedade”, imbuída da sustentação do projeto de alteridade do sistema social.

É importante acrescentar que não é simplesmente pelo fato de conter um ou outro princípio de caráter social ou democrático que um texto constitucional se apresenta ético perante a sociedade, mas porque seus princípios são expostos num conjunto, vinculando sujeitos, consolidando uma “ética de responsabilidade solidária da humanidade”, a qual trará efeitos nas atividades e conflitos humanos e será apta a conduzir à materialização de ideais sociais e democráticos. Asseguradas a cidadania e a dignidade da pessoa humana, lançam-se as bases gerais para a igualdade entre os cidadãos, nas suas mais diversas atividades. Este nivelamento dos homens é ponto de partida de toda comunicação social que se desenrolará com base no ordenamento jurídico.

Referências Bibliográficas

APEL, Karl-Otto. *Estudios Éticos*. Barcelona: Alfa, 1986.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

BOBBIO, Norberto. Pluralismo, in *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1991.

MATTEUCI, Nicola. Soberania, in *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1991.

NISBET, Robert. *Os Filósofos Sociais*. Brasília: UnB, 1982.

LOPES, Mônica Sette. *A Equidade e os Poderes do Juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-ômega, 1994.

Notas

1. *Apud* WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994, pp. 233-234.
2. APEL, Karl-Otto. *Estudios Éticos*. Barcelona: Alfa, 1986, p. 93.
3. *Apud* WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit., p. 241.
4. Idem. Ibid., p. 242.
5. Idem. Ibid.
6. Idem. Ibid., p. 243.
7. BOBBIO, Norberto *et al.*. *Pluralismo*, in *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1991, p. 928.
8. MATTEUCI, Nicola. *Soberania*, in *Dicionário de Política*. Norberto Bobbio (org.). Brasília: UnB, 1991, p. 1.186.
9. BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 928.
10. Cf. NISBET, Robert. *Os Filósofos Sociais*. Brasília: UnB, 1982, p. 394.
11. *Apud* WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit., p. 160.
12. Idem. Ibid., pp. 160-161.
13. Idem. Ibid., p. 161.
14. Idem. Ibid.
15. Idem. Ibid., p. 162.
16. *Apud* LOPES, Mônica Sette. *A Equidade e os Poderes do Juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 30.
17. Idem. Ibid., p. 41.
18. ARISTÓTELES, *Ética a Nicômacos*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, pp. 34-35.
19. WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit., p. 313.
20. Idem. Ibid., p. 318.

VII

DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

.....

JOSÉ GREGORI

Ministro de Estado da Justiça; Ex-Secretário de Estado dos Direitos Humanos.

1. O Programa Nacional de Direitos Humanos, o PNDH, do qual as organizações de direitos humanos que se reúnem nesta Conferência, pelo quarto ano consecutivo, são co-autoras e parceiras, completou três anos de existência no dia treze de maio último.

2. Desde a sua primeira formulação, o PNDH exprimiu claramente que, para a violência ser plenamente debelada, as vítimas protegidas, a impunidade deixar de prevalecer, enfim, para a vigência plena dos direitos civis, os desafios da “violência estrutural”, da pobreza, da fome, do desemprego têm de ser obrigatoriamente enfrentados pelos governos e pela sociedade.

3. O Programa reconheceu e reconhece a indivisibilidade dos direitos humanos. Reconheceu, mais, a importância dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas ressaltou como desafio emergencial, na sua primeira fase, a garantia dos direitos civis, particularmente dos direitos à vida, à integridade física e à justiça.

4. Mesmo dando ênfase aos direitos civis, jamais deve ser esquecido que o Programa contemplou e implementou inúmeras iniciativas e programas referentes aos direitos econômicos e sociais, ao tratar, por exemplo, das convenções da OIT, dos direitos das crianças, dos negros, das mulheres, da saúde, deixando claro não haver uma compartimentalização entre os diversos conjuntos de direitos.

5. Em termos da ação governamental imediata, motivada por razões de emergência diante de situações claramente epidêmicas – homicídios por exemplo – foi obrigatório enfrentar o desafio da construção plena do estado de direito, onde os direitos civis ganham necessariamente proeminência com iniciativas mais urgentes no campo da proteção do ser humano. Não esqueçamos que, agora mesmo, a Pesquisa

Nacional de Amostras por Domicílio, de 1997, do IBGE, à qual voltaremos mais adiante, mostra que as mortes por acidentes e causas violentas têm sido um peso significativo no conjunto das mortes no Brasil. E, dentre os países sul-americanos, o Brasil ocupa a segunda posição em óbitos por homicídios, superado apenas pela Colômbia. Não é possível deixar de levar em consideração esse dado quando se quer fazer avançar uma política de direitos humanos. As violações de direitos civis não podem ser toleradas em uma sociedade democrática, muito menos quando praticadas pelos próprios agentes do Estado.

6. Para esse quadro de violência colabora o fato de que dita violência é alimentada pela persistência de graves desigualdades sociais e altas taxas de desemprego, pela continuidade de valores e práticas autoritárias, em diversos setores da sociedade e órgãos estatais, e pela frequência da injustiça e da impunidade no Brasil.

7. Para o cumprimento dos objetivos do PNDH, é nosso dever lembrar que o Congresso Nacional, aprovou, em dois anos, em meio a uma intensa votação de reformas constitucionais, uma série de medidas legais previstas no Programa que protegem direitos assegurados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Esses direitos estão ligados diretamente ao controle do exercício do monopólio da violência física legítima pelo Estado: o direito à vida, o direito à liberdade e o direito à segurança da pessoa.

8. Meus caros companheiros da comunidade de direitos humanos: não devemos dar de barato que, no âmbito do PNDH, foram aprovadas três leis que investem claramente para coibir o chamado triângulo fatal das graves violações: a) Reconhecimento das mortes de pessoas desaparecidas em razão de participação política (Lei N.º 9.140/95), pela qual o Estado brasileiro reconhece a responsabilidade dos governos

ditatoriais por essas mortes e concede indenização a seus familiares. Essa iniciativa constituiu uma poderosa iniciativa para a reconstituição da verdade sobre o arbítrio autoritário; b) Transferência da justiça militar para a justiça comum de crimes dolosos praticados por policiais militares (Lei 9.299/96), que permitiu que os policiais militares responsáveis pelos massacres ocorridos na Casa de Detenção do Carandiru, em São Paulo, de Corumbiara, em Rondônia e em Eldorado de Carajás, no Pará, fossem indiciados e levados ao Tribunal do Júri; c) Tipificação do crime de tortura, com penas severas (Lei 9.455/97), tornando possível a aplicação efetiva dos preceitos da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, ratificada pelo Brasil em 28 de setembro de 1989.

9. Quando, ao lado dessas três leis, conseguirmos aprovar o Projeto de Emenda Constitucional proposto pelo Governo federal para dar à Justiça Federal competência para julgar crimes contra os direitos humanos, objeto de um projeto consensual elaborado por várias carreiras do judiciário, por nossa iniciativa, e, agora, em estudo pelo Relator da Reforma do Judiciário, deputado Aluysio Nunes Ferreira, o PNDH terá conseguido assegurar instrumentos jurídicos decisivos para debelar a impunidade.

10. Em pleno final de século, por exemplo, não é mais possível tolerar a violência e a brutalidade de policiais contra o cidadão. A atuação policial deve refletir a autoridade estatal, mas, ao mesmo tempo, revestir-se de caráter educativo. Nesse sentido, muitos dos esforços da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos têm sido dirigidos à reforma do sistema de segurança pública e à melhoria da atuação das forças policiais. Além da mudança legislativa que transferiu da Justiça Militar para a Justiça comum os crimes dolosos praticados por policiais militares, estamos envolvidos ativamente na inclusão do tema “direitos humanos” no currículo das Academias de Polícia e na promoção de cursos de direitos humanos para oficiais de polícia em parceria com organizações internacionais. Foi criado também o Departamento de Direitos Humanos na Polícia Federal.

11. O Programa Nacional de Direitos Humanos foi responsável por importante impulso à participação mais ativa do Brasil nos sistemas internacional e interamericano de proteção dos direitos humanos. A recente aceitação da

jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, recomendação emanada da Conferência Nacional de Direitos Humanos, e o diálogo construtivo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com a implementação precursora de soluções amistosas para casos, como, por exemplo, do 42º DP, em que o Estado de São Paulo concedeu, sem esperar o processo judicial, indenizações às famílias das vítimas, demonstra a disposição do Brasil em reconhecer os padrões internacionais de proteção dos direitos humanos.

12. Infelizmente, a adesão do Brasil aos tratados internacionais de direitos humanos e as obrigações adquiridas internacionalmente não têm tido a devida correspondência no plano interno, principalmente no que diz respeito à aplicação da lei, ainda desigual, lenta e de difícil acesso. Essa será uma das prioridades na atuação da Secretaria de Estado nesse segundo mandato: colaborar com os esforços de reforma do Poder judiciário com vistas a harmonizar os avanços atingidos nos sistemas internacionais de proteção com o funcionamento da justiça no campo interno.

13. Além dessas leis e projeto foram ainda implementadas as seguintes iniciativas:

- Criminalização do porte ilegal de arma e criação do Sistema Nacional de Armas, SINARM (Lei N.º 9.437/97).
- Obrigação da presença do Ministério Público em todas as fases processuais que envolvam litígios pela posse da terra urbana e rural (Lei N.º 9.415/96).
- Estabelecimento do rito sumário nos processos de desapropriação de terra para fins de reforma agrária (Lei complementar N.º 88/96).
- Novo código de trânsito (Lei N.º 9.503/97).
- Universalização da gratuidade de certidão de nascimento e de óbito.
- Estatuto dos refugiados (Lei N.º 9.474/97).
- Remessa ao Congresso Nacional de Projetos de Lei aumentando de 12 para 14 anos a idade mínima para trabalho de adolescentes (PEC N.º 368/96); e revendo a legislação para coibir trabalho forçado (PL N.º 3649/97).

Vale mencionar, ainda, à guisa de exemplo, algumas das medidas implementadas pelo Ministério da Justiça, em parceria com entidades de direitos humanos e centros de pesquisa, por meio da Secretaria Nacional de Direitos Humanos:

- Implantação de programas de serviço civil voluntário, constituídos por jovens, recém-saídos das escolas, para serem formadas como agentes da cidadania, atuando para a proteção dos direitos humanos, em parceria com entidades da sociedade civil em Brasília e no Rio de Janeiro.
- Elaboração, em convênio com o Centro de Estudos de Cultura Contemporânea, CEDEC, de São Paulo, de quatro mapas de Violência Urbana, com base em dados e indicadores, nas cidades de São Paulo, Curitiba, Rio de Janeiro e Salvador.
- Criação de programas de proteção a testemunhas a partir da experiência anterior do GAJOP (Gabinete de Assessoria Jurídica a Organizações Populares), de Recife, com a Secretaria de Justiça do Estado de Pernambuco, para construção de uma rede de proteção a testemunhas e vítimas de crimes no âmbito do PROVITA. Além de Pernambuco já foram treinadas equipes nos estados da Bahia, Espírito Santo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte.
- Criação de Balcões de Direito para prestação de serviços gratuitos de assessoria jurídica, auxílio na obtenção de documentos básicos e mediação de conflitos para populações de comunidades carentes em convênio com o Viva Rio, no Rio de Janeiro, e com CEVIC (Centro de Atendimento a Vítimas de Crime) no Paraná.
- Realização de cursos de reciclagem, capacitação e treinamento de policiais civis e militares, com ênfase no respeito aos direitos humanos por meio de convênios com a Anistia Internacional, Cruz Vermelha Internacional e Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (FLACSO).
- Elaboração de manual de direitos humanos para informar e treinar os integrantes de organizações governamentais e não-governamentais responsáveis pela implementação do PNDH, elaborado em conjunto com centenas de entidades e lideranças da sociedade civil.

Foram iniciados, ainda, programas específicos visando a:

- Valorizar a população negra através do Grupo de Trabalho para a Eliminação da Discriminação.
- Prevenir e tratar a AIDS e outras doenças sexualmente transmissíveis.

- Coibir o trabalho infantil, inclusive através de bolsas-educação.
- Erradicar a exploração sexual infanto-juvenil.
- Coibir o trabalho forçado através do Grupo de Repressão ao Trabalho Forçado.
- Assentar trabalhadores rurais sem terra.
- Demarcar terras indígenas.

14. Mesmo reconhecendo a indivisibilidade dos direitos humanos, como discutiremos mais adiante, dada a extrema carência da apropriação dos direitos fundamentais mais básicos, aqueles chamados de primeira geração – os direitos civis e políticos – tenho de insistir, diante de críticas daquelas que parecem nunca ter lido o PNDH: é legítimo que um plano de governo decida dar prioridade à promoção desses direitos.

15. Sem a proteção desses direitos, a sociedade civil sempre terá dificuldades de organizar-se e de mobilizar-se em defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, tendo em vista a ameaça de impunidade, o arbítrio das polícias, as violações à integridade física dos cidadãos, que ainda perduram sob a democracia.

16. Diferentemente de que ocorre no campo da garantia dos direitos civis, nos quais a obrigação do Estado está mais ligada à idéia das obrigações negativas, de não atentar contra os direitos humanos, a garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais, em níveis satisfatórios, está diretamente relacionada à promoção do desenvolvimento, a fatores econômicos, da estabilidade econômica do país, da capacidade de mobilizar e gerir recursos de forma competente.

17. Nesse sentido, é mais do que oportuno lembrar os benefícios inquestionáveis do controle da inflação, no sentido da manutenção do poder aquisitivo e, também, no rompimento da cultura e da inércia inflacionárias. Nestes três primeiros meses de 99, nos quais o Brasil atravessou uma grave turlência econômica, resultante de uma crise econômica internacional, não cabem dúvidas de que o Brasil sofreu também um impacto negativo em termos da proteção dos direitos humanos.

18. Temos buscado introduzir esses temas na agenda internacional e sugerido a realização de uma Conferência que venha a discutir a interrelação entre os direitos humanos e a globalização. O sistema financeiro internacional, em seu formato atual, com os capitais especulativos correndo atrás das taxas de juros mais favoráveis, baseados em um sistema

complexo de comunicação eletrônica – o que alguns já vêm chamando de economia digital – tem que ser discutido com mais profundidade por todos, indistintamente e não só pelos especialistas, de modo a contribuir para maior humanização da economia, com vistas a plantar os alicerces da economia do Século XXI.

19. Estou convencido de que a nova arquitetura financeira internacional, cuja discussão julgamos essencial, requer a participação de todos e uma abordagem compreensiva, com especial atenção para a realização dos direitos econômicos e sociais. Caso contrário, a comunidade internacional estará condenada a construir uma estrutura fadada ao fracasso ou à injustiça.

20. Felizmente, podemos constatar que, apesar de ainda estarmos em situação difícil, especialmente no que diz respeito ao desemprego, o país atravessou essa crise internacional de maneira satisfatória, rechaçando a inflação, o que foi – e está sendo – um monumental exercício de cidadania dos que resolveram dizer não à espiral dos preços.

21. Podemos constatar, ainda, os resultados positivos atingidos pelas políticas do Governo federal ao final do primeiro mandato. Notadamente os avanços no campo da educação, com um crescimento de 12,2% no número de matrículas do ensino fundamental, 33,1% no ensino médio e 25,5 no ensino superior; os bons resultados atingidos pelo FUNDEF, que vem promovendo, desde 1998, uma distribuição mais equânime dos recursos destinados ao ensino fundamental; a quantia de 320 milhões de livros didáticos entregues, com a inclusão do tema “direitos humanos” como tema transversal; as reformas do ensino técnico e profissionalizante; na área da saúde, o Programa dos Agentes Comunitários de Saúde, com um total de 90.136 agentes de saúde atuando em 3.562 municípios; o Programa Saúde da Família, com um total de 3.242 equipes de saúde atendendo 1.196 municípios; o Programa Farmácia Básica, que beneficiou cerca de 35 milhões de pessoas ampliando o acesso da população brasileira aos medicamentos essenciais.

22. Portanto, para avançarmos no respeito aos direitos humanos, é fundamental reconhecer não apenas os graves problemas enfrentados pelo país mas também as dificuldades e obstáculos para superação destes problemas e as iniciativas que estão sendo tomadas nos âmbitos federal, estadual

e municipal. Somente a partir de uma visão clara e precisa destes problemas, dificuldades e iniciativas, será possível formular e implementar políticas eficazes para proteger e promover os direitos humanos. Será possível, também, avaliar corretamente o significado e a importância das ações e programas em favor dos direitos humanos desencadeados pelo governo federal, pelos governos estaduais e pela sociedade civil.

23. Nesse sentido, não há como prescindir da participação de todos. Esse foi o espírito do processo de elaboração do Programa Nacional, que contou com a participação de mais de 300 entidades de direitos humanos. A implementação do Programa também tem sido marcada por importantes parcerias com a sociedade civil. Não há como o Governo responder a todos os problemas nessa área se não se abre a possibilidade de estabelecer parcerias com as organizações que já atuam na defesa dos direitos humanos, seja em nível local, seja em âmbito nacional. Esse é o caminho que vamos continuar trilhando. O Programa Nacional de Direitos Humanos é resultante de um longo e caro processo de democratização da sociedade e do Estado brasileiros. É uma necessidade para a democracia.

24. Se na primeira fase do PNDH foi dada ênfase aos direitos civis, nesses anos que estão à nossa frente o grande desafio é a apropriação dos direitos econômicos, sociais, culturais e coletivos, o alargamento, a expansão das liberdades positivas, nas palavras de Ignacy Sachs. A realização dos direitos econômicos e sociais está diretamente ligada à luta contra a pobreza, a fome e o desemprego. Nós acreditamos que a luta pelo crescimento global é a melhor síntese desses objetivos.

25. O Brasil, lembrava a revista *The Economist*, continua como a 9ª economia industrial do mundo, com um Produto Nacional Bruto que se aproxima de 1 trilhão de reais. Mas, como mostrou o Governo federal, com enorme transparência, através da Síntese de Indicadores Sociais, resultado da Pesquisa Nacional de Amostra de Domicílios, PNAD, do IBGE, muitas injustiças sociais restam a ser superadas, inclusive gritantes disparidades regionais, de gênero e raciais. Uma política de governo de direitos humanos tem o compromisso com a transparência e deve confrontar-se quotidianamente com esses dados, dimensões do desafio. O Governo federal, nos últimos quatro anos, foi capaz de fazer

inúmeras realizações na área social mas, em momento algum, nega a magnitude do que governo e sociedade devem ainda realizar.

26. Quero compartilhilar com os senhores alguns desses dados recentemente divulgados que podem ajudar a definir os pontos emergenciais de uma política de realização de direitos econômicos e sociais. Apesar de ter havido melhoria sensível nas taxas de mortalidade no Nordeste, em cada mil crianças nascidas vivas, 60 morrem antes de completar um ano de idade – a média nacional é de 37. O número de analfabetos funcionais, isto é, pessoas com menos de quatro anos de estudo, atinge ainda a cifra alarmante de 32%. A escolaridade média da população economicamente ativa de 10 ou mais anos de idade, em que pesem as grandes realizações da política de educação do governo, era de apenas 5,4 séries completas, consideradas insuficientes para fazer frente às crescentes exigências do sistema produtivo.

27. A taxa de desemprego, que, na atual crise internacional, é o principal desafio para todas as democracias do mundo, atinge, como em quase todos os países, com mais força, os trabalhadores jovens, já que são exatamente esses que estão entrando no mercado de trabalho em um período de dificuldades econômicas: a taxa de desemprego entre adolescentes, de 15 a 17 anos, chegou a 17,8% em 1997. A infância brasileira melhorou bastante na última década, mas ainda se encontra longe do patamar de bem-estar estabelecido pelas Nações Unidas. Enquanto na região sudeste apenas 18,9% das famílias com crianças de 0 a 6 anos vivem com $\frac{1}{2}$ salário mínimo de renda familiar *per capita*, em alguns Estados do Nordeste essa proporção fica em torno de 65%.

28. As desigualdades raciais persistem: a distribuição das famílias por classes de rendimento mensal familiar *per capita* indica que, em 1997, 45% das famílias brasileiras tinham rendimento de até 1 salário mínimo. Mas apenas 34% das famílias brancas se encontravam nesse patamar, contra, segundo os termos do Censo, 58% das famílias pretas e 61% das pardas.

29. Enfim, para nós, como tive oportunidade de lembrar na ONU quando aceitei – em nome da comunidade brasileira de direitos humanos – o prêmio das Nações Unidas de Direitos Humanos, na comemoração do Cinquentenário da Declaração Universal de Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1998, está mais do que claro que a pobreza e as más condições de vida de

grandes parcelas da população estão diretamente ligadas ao desrespeito de direitos humanos. A pobreza é uma violação de direitos humanos. A pobreza e a desigualdade prejudicam a realidade dos direitos humanos intensificando a insatisfação social e aumentando a precariedade dos direitos sociais, econômicos e políticos. Os direitos das mulheres são direitos humanos. O direito a padrões de vida dignos deve ser a finalidade e o objetivo principal da realização de um paradigma de desenvolvimento humano pleno. Como a pobreza é o gênero, o meio ambiente tem dimensões cruciais de direitos humanos que uma política governamental de direitos humanos está obrigada a levar em conta.

30. Entendemos que o desenvolvimento é um processo de expandir as liberdades que todos os grupos da população devem ter assegurados, para citar novamente as palavras de Ignacy Sachs, esse grande combatente franco-brasileiro pelo desenvolvimento. Essas liberdades incluem a liberdade de expressão, de participação política, de organização, mas também a liberdade de não ter fome, de não sofrer a subnutrição, de não morrer prematuramente. O desenvolvimento é um processo que tem de pôr fim à pobreza e às privações econômicas e sociais.

31. O fim da guerra fria e esse final de século, a consolidação da democracia em nosso país, no qual está um dos maiores eleitorados do mundo – 106 milhões de pessoas, 65% da população – num quadro de plena vigência das liberdades políticas, nos oferecem um momento excepcional. A exigência crescente da necessidade de realização dos direitos humanos e da igualdade de gênero no contexto de uma economia e de uma comunidade internacional – inclusive o sistema de proteção de direitos humanos, graças às Nações Unidas cada vez mais globalizadas.

32. Para realizar esses objetivos inadiáveis, como era lembrado há poucos dias por AMARTYA SEM, o prêmio Nobel da Economia de 1998, precisamos definir e pôr em prática um conjunto de ações das quais fazem parte: um governo democrático, um legislativo atuante, funcionários competentes que respeitem o estado de direito e as leis e um vigoroso compromisso com a luta contra a corrupção.

33. Nós também precisamos de um sistema judiciário imparcial e transparente, capaz de assegurar a proteção dos direitos de toda natureza, um sistema financeiro bem organizado e

supervisionado, tanto na esfera nacional como internacional, redes de proteção social e programas sociais de emergência, como aqueles que a Comunidade Solidária oferece às centenas de municípios carentes e que vários outros programas federais, estaduais e municipais vêm implementando. É essencial um verdadeiro compromisso com uma efetiva cobertura dos serviços médicos, acesso à água encanada e sistema de esgotos para todos os cidadãos.

34. Esses desafios somente podem ser atendidos se forem atacados no seu conjunto, com estratégias múltiplas mas integradas, que contemplem o campo e a cidade, assim como o setor privado. Para atingir esse objetivo é essencial aprofundar a participação dos governos, das agências multilaterais, das instituições sociais e políticas, dos sindicatos e das associações de empresários, das organizações da sociedade civil, do terceiro setor, das organizações não-governamentais e do setor privado.

35. Dentro desse quadro de análise e de ação, quero finalizar anunciando que propus ao Governo um grupo de coordenação que deverá desencadear um amplo processo de consultas e coleta de propostas junto às organizações da sociedade civil para a atualização e para o alargamento do PNDH, para a efetiva implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Quero dizer, também, que a Secretaria de Estado de Direitos Humanos, como sempre aconteceu durante todas as Conferências, espera contar com as propostas e resoluções que vão emergir desta Conferência.

36. Quero também, enfim, indicar que logo que o PNDH II comece a ser implementado, será lançado, no dia 7 de setembro de 2000, o Projeto dos Observatórios em Rede de Direitos Humanos, que serão articulações entre agências de Estado e organizações da sociedade civil, nos diversos estados da federação, com o objetivo de monitorar as violações de direitos humanos e, ao mesmo

tempo, desenvolver estratégias locais visando à apropriação dos direitos econômicos e sociais, ao alargamento das liberdades positivas.

37. Toda a comunidade de direitos humanos aqui presente está cansada de saber – e outros conferencistas aqui mesmo no passado já insistiram – que a luta pelos direitos humanos é um processo contraditório, no qual o Estado, qualquer que seja o governo no regime democrático, e a sociedade civil devem ter responsabilidades necessariamente compartilhadas. É uma parceria que se funda sobre princípios rígidos e irrenunciáveis, qualquer que seja a conjuntura.

38. Mas todos sabemos que, na democracia, não há política sem contradição, não há luta pelos direitos humanos sem conflitos, obstáculos e resistências: negar essa realidade é recusar a própria luta – atitude que todos os senhores, e se me permitem incluir-me, sempre negamos em toda a nossa vida.

39. A realização dos direitos humanos, como ficou claro depois da Declaração e do Programa de Direitos Humanos de Viena e do PNDH, é essencial para a consolidação da democracia. A política de direitos humanos deve integrar todas as políticas de governo e não ser apenas uma preocupação excêntrica de algumas esferas do poder público. É a realização dos direitos humanos que pode dar a medida precisa do grau de controle que as não-elites exercem sobre as elites, requisito primordial para uma democracia que inclua todos os cidadãos. Uma democracia, como disse o Presidente Fernando Henrique Cardoso, que inclua os Direitos Humanos.

- Palestra proferida na XVII Conferência Nacional dos Advogados, realizada no Rio de Janeiro, em 1999.

VI

O ADOLESCENTE INFRATOR E OS DIREITOS HUMANOS

.....

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS

Advogado; Mestre em Direito pela PUC-RJ; Doutor em Direito Penal pela UFRJ.

1. Introdução

O conceito de *adolescente infrator* parece indicar uma qualidade do sujeito, como traço ou característica pessoal que diferenciaria adolescentes *desviantes* de adolescentes comuns. Este estudo pretende mostrar, primeiro, que *infração* não é função de adolescente *infrator*, mas comportamento *normal* do adolescente – no caso da juventude brasileira, que vive em condições sociais adversas e, com frequência, insuportáveis, o comportamento anti-social normal pode ser, também, *necessário*; segundo, que a qualidade de *infrator* não constitui propriedade intrínseca de adolescentes específicos, mas rótulo atribuído pelo sistema de controle social a *determinados* adolescentes; terceiro, que a posição social *desfavorecida* do adolescente que pratica uma *infração* é decisiva para sua criminalização (aqui, no sentido de “*infracionalização*”); quarto, que a *seleção desigual* de adolescentes no processo de criminalização pode ser explicada pela ação psíquica de estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais dos agentes de controle social; quinto, que a *prisonalização* (no sentido de “*institucionalização*”) do adolescente rotulado como *infrator* produz reincidência e, no curso do tempo, *carreiras criminosas*. Na base desses processos estão as determinações primárias do comportamento anti-social: as desigualdades estruturais das relações econômicas e sociais, instituídas pelas formas políticas e jurídicas do Estado, que garantem e legitimam uma ordem social injusta.

Por outro lado, o presente estudo não pretende descrever os *direitos humanos* das vítimas do comportamento anti-social do adolescente, mas identificar os direitos humanos do *adolescente* violados pela política de controle social da juventude. Antes de começar, é importante dizer o

seguinte: a crítica ao Estatuto da Criança e do Adolescente é mera indicação de desajustes entre política legal e mecanismos criados para realizar essa política – jamais rejeição de um monumento legislativo que constitui marco internacional na disciplina legal da infância e da juventude; e a crítica à aplicação da lei exprime frustração pela insuficiente realização de seus princípios, em parte por defeito de apreensão desses princípios por segmentos de operadores jurídicos, e em parte por omissão do poder público em prover condições materiais e recursos humanos para realizar a lei. No Brasil, o momento exige luta obstinada pela aplicação da Constituição e das leis – a nova *utopia* capaz de reduzir desigualdades e liberar energias para construção da democracia social brasileira – e resistências contra a legalidade constitucional constituem formas de manutenção *subversiva* de um *status quo* violador de direitos humanos fundamentais¹.

2. Propósitos e resultados do sistema de justiça socioeducativa

A política de *proteção integral* do Estatuto da Criança e do Adolescente instituiu um sistema moderno de *instrumentos* e de *procedimentos* jurídico-administrativos para enfrentar o problema do comportamento anti-social da juventude, criando novas categorias jurídicas para expressar seus conceitos centrais: a lesão de bem jurídico proibida em lei sob ameaça de pena, chama-se *ato infracional* – e não crime, ou contravenção; a reação oficial como conseqüência jurídica do ato infracional,

chama-se *medida socioeducativa* – e não pena; a privação de liberdade do adolescente por medida sócioeducativa, chama-se *internação* – e não prisão etc..

O conceito de *proteção integral* da legislação tem o óbvio sentido de *proteção total, absoluta, sem limitações* – e não *parcial, relativa, limitada*, se a lei não contém palavras inúteis, e as palavras têm algum significado –, o que basta para indicar a atitude generosa do legislador. No plano da aplicação, o sistema de justiça *infracional* ou *socioeducativa* fundado pela lei é integrado por operadores jurídicos e técnicos qualificados, todos em maior ou menor extensão pessoalmente comprometidos com a política oficial de *proteção integral* da infância e da juventude. Mas, entre as boas intenções do legislador e a dedicação *samaritana* dos protagonistas do sistema de justiça *socioeducativa*, por um lado, e a situação de *brutal desproteção* da juventude (e da infância) no Brasil, por outro lado, parece existir algo mais do que imagina nossa vã filosofia: a lógica diabólica de contradições reais de processos estruturais e institucionais aparentemente independentes da vontade individual. Para demonstrar o contraste entre lei e realização do direito, ou entre discurso jurídico e prática legal, no Brasil, será utilizada a amostra mais representativa, na área: a FEBEM de São Paulo, através da *unidade de internação* do Tatuapé, e das *unidades de acolhimento provisório* (UAPs 1 e 2), da Imigrantes.

A política de *proteção integral* da juventude converge para dois grupos de medidas *socioeducativas*: medidas *ambulantes* e medidas *privativas de liberdade*. As medidas *ambulantes* (arts. 116, 117 e 118) constituem verdadeiras reações “*socioeducativas*” contra a prática de *ato infracional*, mas são inúteis: a) a *advertência* é ineficaz diante de problemas que, claramente, não são de natureza moral; b) a *obrigação de reparar o dano* se limita à restituição da coisa, – geralmente, impossível –, porque a pobreza do adolescente criminalizado impede qualquer outra forma de ressarcimento; c) a *prestação de serviços à comunidade* não é aplicada, porque não existem programas, nem entidades suficientes ou disponíveis para adolescentes infratores; d) a *liberdade assistida* é mais *retórica* do que real: orientadores insuficientes e jovens sem acompanhamento, que “*batem o ponto*” uma vez por mês nas entidades. As limitações práticas das medidas *ambulantes* acabam determinando sua substituição por medidas *privativas de liberdade* e, assim, medidas projetadas

como *socioeducativas* funcionam, de fato, como castigo.

As medidas *privativas de liberdades* (arts. 120 e 121) podem ser qualquer coisa, menos *socioeducativas*: a) a medida de *semiliberdade*, desde o início ou como transição para liberdade, com trabalho e estudo durante o dia e recolhimento em entidades durante a noite, seria um *mal menor*, se funcionasse: não existem entidades suficientes, as entidades existentes não têm vagas e são distantes da família, do trabalho e da escola: em São Paulo existem 200 vagas (150 na Capital, e 50 no Interior) – e o resultado freqüente é a aplicação direta da *internação*; b) a medida de *internação* representa a instituição da *privação de liberdade* para a juventude, por força da qual milhares de adolescentes entre 12 e 18 anos (podendo ir até 21) são encerrados em *instituições totais* até 3 anos, com todas as conseqüências da *prisionalização* das penitenciárias comuns: 1.470 internações de adolescentes no Tatuapé, em São Paulo, com rebeliões anuais regulares, como a do dia 24 de julho de 1999, com incêndios, depredações e fuga de 459 menores, normalizada por invasão de *tropas de choque* da Polícia Militar.²

Contudo, pior do que a privação de liberdade por *internação* regular é a privação de liberdade irregular por excesso de *internação provisória*, como ocorre, por exemplo, nas Unidades de Acolhimento Provisório 1 e 2, de São Paulo, com a seguinte distribuição de adolescentes por *antigüidade*: a) de 0 a 2 meses, 832 adolescentes; b) de 2 a 4 meses, 641 adolescentes; c) de 5 meses a 1,5 ano, 81 adolescentes.³ Como a capacidade máxima conjunta dessas unidades é de **320 vagas**, e o prazo máximo de *internação provisória* é de **45 dias** (art. 108), qualquer comentário é ocioso.

Como se vê, um aspecto daquela lógica diabólica são as inversões da prática legal: a medida de *internação*, inaplicável se existir outra “*medida adequada*” (art. 122, § 2º), se transforma no carro-chefe das medidas sócio-educativas, empregada para substituir todas as outras, sem ser substituída por nenhuma; parece que as hipóteses legais de *internação* (*infração com violência, reincidência e descumprimento injustificado de medida anterior*, art. 122) são suficientes por si mesmas, independente da *ausência* de outra medida adequada, como exige a lei. Por outro lado, a *internação*

provisória, também condicionada à demonstração de “*necessidade imperiosa*”, virou rotina burocrática sem prazo determinado e, em *infrações leves*, aplicada também como castigo: vencido o prazo legal, o adolescente é liberado. Na prática judicial, os princípios da *brevidade*, da *excepcionalidade* e do respeito ao adolescente como *pessoa em desenvolvimento* (art. 121), com raras exceções, são ignorados.

3. O Comportamento Anti-social como Fenômeno Normal da Adolescência

O discurso do sistema de controle e dos órgãos de *mass-media* justifica a privação de liberdade do adolescente porque o considera responsável por parte relevante da grande criminalidade⁴; entretanto, pesquisas internacionais não autorizam esse ponto de vista: quantitativamente, registros criminais anuais indicam que menores de 14-18 anos responderiam somente por 4,5% da criminalidade (para menores de 6 a 21 anos, a taxa cairia para 3,5%)⁵; qualitativamente, a criminalidade atribuída a menores é ainda menos dramática: 2/3 das infrações penais de menores é constituída de *delitos de bagatela* (furto simples, dano, lesão leve etc.), restando somente 1/3 para delitos violentos, como homicídio, lesão grave e roubo.⁶

Em oposição à ideologia oficial, a criminologia contemporânea define o comportamento desviante do adolescente como fenômeno social *normal*⁷, que desaparece com o amadurecimento (com exceção da *grave violência* pessoal, patrimonial e sexual): infrações de *bagatela* e de *conflito* do adolescente seriam expressão de comportamento experimental e transitório dentro de um mundo múltiplo e complexo, e não uma epidemia em alastramento, cuja ameaça exigiria estratégias de *cerco e aniquilamento*. As ações anti-sociais características da juventude não constituem, isoladamente e por si sós, raiz da criminalidade futura do adulto, nem passagem para formas mais graves de criminalidade, como homicídios, roubos e estupros, por exemplo: o caráter específico do comportamento desviante da juventude, segundo várias pesquisas⁸, explica sua extinção *espontânea* durante a fase da chamada *Peack-age* e, em regra, não representa sintoma justificante da necessidade de intervenção do Estado para compensar defeitos de educação.⁹

O conhecimento de que atos infracionais próprios do adolescente representam fenômeno normal do desenvolvimento psicossocial, se completa com a noção de sua *ubiquidade*: pesquisas mostram que todo jovem comete pelo menos 1 ato infracional, e que a maioria comete várias infrações – explicando-se a ausência de uma *criminalização em massa* da juventude exclusivamente pela variação das malhas da rede de controles de acordo com a posição social do adolescente¹⁰, o que coloca em linha de discussão o problema da **cifra negra** da criminalidade juvenil. A criminalidade *registrada* indica a atividade do sistema de controle, como função de denúncia e de perseguição penal, mas não indica a extensão *real* da criminalidade, integrada, também, pela criminalidade *oculta*, a chamada **cifra negra** da criminalidade.¹¹ A pesquisa da **cifra negra** não busca corrigir distorções dos registros oficiais, que possuem realidade própria – representam o desvio *digerido* pelo controle social *como* criminalidade –, mas revelar o processo de criminalização como criminalização *seletiva* do comportamento desviante, porque o crime é fenômeno social geral, mas a criminalização é fenômeno de minoria.¹² Por exemplo, pesquisa de KIRCHHOFF com 976 estudantes de 2º grau constatou a prática de 9.677 infrações penais não-registradas, como lesão corporal, rixa, dano, furto e outros¹³; em estudo de FREHSEE, 524 estudantes declararam ter cometido 1 ou mais delitos no ano anterior, e apenas 86, nenhum delito, numa amostra de 610 entrevistados¹⁴; enfim, SCHUMANN verifica, em amostra de 690 adolescentes, que 89,4% teriam cometido 1 ou mais delitos nos anos de 1981-2, e somente 10,6% nenhum delito.¹⁵

Como se vê, cometer 1 ou mais delitos é fenômeno normal e geral da adolescência: jovens cometem infrações ou para *mostrar coragem*, ou para *testar a eficácia das normas* ou mesmo, para *ultrapassar limites*¹⁶ – e negar essa verdade significa ou perda de memória, ou hipocrisia. O comportamento anti-social do adolescente parece ser aspecto necessário do desenvolvimento pessoal, que exige atitude de tolerância da comunidade e ações de proteção do Estado. A tolerância da comunidade e a proteção do Estado são indicadas pela psicologia do desenvolvimento humano, que mostra a necessidade de *aprendizagem* dos limites normativos, e pela criminologia contemporânea, que afirma o *desaparecimento espontâneo* desse comportamento.¹⁷ Ao

contrário, a intervenção segregante do Estado produz todos os efeitos negativos da prisão: rotulação, estigmatização, distância social e maior criminalidade. A teoria de normalidade do desvio na adolescência tem os seguintes desdobramentos: se o desvio é fenômeno *normal* da juventude, então a ausência desse comportamento seria um sintoma neurótico¹⁸ e sua punição uma reação *anormal* que infringe, no setor das infrações de bagatela e de conflito, um dos mais fundamentais de todos os direitos humanos: o direito constitucional da *liberdade*.

4. A Atribuição da Qualidade de Infrator pelo Sistema de Controle Social

Ainda mais importante que o conceito de normalidade do desvio da adolescência é a tese da *construção social* do comportamento desviante, também fundada na **cifra negra**: o caráter criminoso do comportamento não é uma característica da ação, mas uma qualidade *atribuída* ao comportamento pelo sistema de controle social, como reação da comunidade e do Estado no processo de criminalização, conforme a conhecida tese de BECKER.¹⁹ Aqui, pode-se ver que a **cifra negra** não é um problema acadêmico, mas de aplicação da lei: se todo adolescente pratica ações criminosas (ou *infrações*), então por que somente *algumas* infrações são registradas e apenas *alguns* adolescentes são processados? Independente dos critérios que determinam a filtragem da *minoría* criminalizada – e não se trata de exigir processos contra a *maioría* não-criminalizada, mas de mostrar o absurdo da seleção da *minoría* criminalizada –, parece óbvio que o processo seletivo de criminalização constitui injustiça institucionalizada²⁰ que infringe outro direito fundamental do ser humano: o direito constitucional da *igualdade*.

4.1. A Produção Social da Criminalidade e da Criminalização

Sob esse ponto de vista, a atribuição da qualidade de *infrator* pelo sistema de controle social significa, na expressão de LAMNECK²¹, um processo de produção social da criminalização.²² Assim, por exemplo, registros policiais mostram que adolescentes *primários* comparados a adolescentes *reincidentes* têm escolarização superior (77% contra

56%) e, com maior frequência, possuem profissão (58% contra 37%) e exercem emprego (35% contra 12%)²³, o que mostra, primeiro, que variáveis como *escolarização deficiente* e *desemprego* explicam, em parte, as distorções da **cifra negra** e, segundo, que o sistema de controle social atua sobre jovens socialmente prejudicados e deficitários mas, em especial, sobre os segmentos *mais* prejudicados e *mais* deficitários da juventude.²⁴ Assim, é legítima a suposição de que variáveis sócio-estruturais podem determinar a *criminalidade* como comportamento do sujeito, mas parece igualmente legítimo supor que essas variáveis teriam ainda maior poder determinante sobre a *criminalização* da juventude deficitária, como atividade seletiva do sistema de controle baseada no **status** social do adolescente: carências e *deficits* sociais não seriam, simplesmente, variáveis independentes no sentido de *causas* da criminalidade atuantes sobre o indivíduo²⁵, mas a própria origem da filtragem do processo de criminalização que produz a clientela do sistema de controle social.²⁶

A primariedade de variáveis sócio-estruturais permite a construção de explicações da criminalidade fundadas na comunidade, como sugere ALBRECHT²⁷: se o sistema de controle social *produz* a criminalidade a partir de indicadores de socialização deficiente, então o processo de criminalização pressupõe *determinações estruturais*, por um lado, e *construções sócio-psicológicas* do controle social, por outro. Na linha desse argumento, a produção social da criminalização dependeria mais da *posição social* do infrator do que do *fato punível*, conforme a tese de SACK²⁸, ou seja, o que realmente se sanciona não é o fato punível, mas a *posição social marginal* do autor. Assim, o crime não seria realidade ontológica preconstituída, mas realidade social *construída* por juízos atributivos do sistema de controle, determinados menos pelos tipos legais e mais pelas *meta-regras* – o elemento decisivo do processo de criminalização –, aqueles mecanismos atuantes no psiquismo do operador jurídico, como estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais que decidem sobre a aplicação das regras jurídicas e, portanto, sobre o processo de filtragem da população criminosa e a correspondente constituição da **cifra negra**.²⁹ Essa perspectiva permite compreender a criminalidade do adolescente *menos* como problema individual, e

mais como problema da comunidade: do ponto de vista do ato infracional, a ação do adolescente constituiria *tentativa de domínio* de situações de conflito social e emocional, e como expressão de situações de conflito a prevenção do ato infracional exigiria ajuda real na solução de *outros problemas* no âmbito da família, da escola e da profissão³⁰ – tarefas próprias de uma política social responsável para a juventude, que não deveria orientar-se para a repressão do comportamento indesejável, mas para a aceitação desse comportamento como normal e transitório, reduzindo a pressão sobre a adolescência socialmente deficitária, já suficientemente punida pelas circunstâncias da vida³¹.

A juventude brasileira não é diferente da juventude do mundo desenvolvido – exceto na pobreza, essa cruel privação de meios de sobrevivência material. A exclusão do adolescente do sistema escolar e do mercado de trabalho produz o fenômeno social da *marginalização*, caracterizado pela privação de meios de sobrevivência, como o trabalho assalariado. A marginalização da juventude é a primeira e mais evidente consequência de relações sociais *desiguais* e *opressivas* garantidas pelo poder político do Estado e legitimadas pelo discurso jurídico de *proteção* da igualdade e da liberdade. A segunda consequência é a desumanização da juventude marginalizada: relações sociais desumanas e violentas produzem indivíduos desumanos e violentos como *inevitável* adequação pessoal às condições existenciais reais. O adolescente, síntese bio-psíquico-social do conjunto das relações sociais, reage contra a violência das relações estruturais da única forma possível: o crime é resposta *normal* de jovens em situação social *anormal*.³² Milhões de adolescentes das favelas e bairros dos centros urbanos são obrigados a sobreviver com meios **ilegítimos** pela simples razão de que não existem outros: vendem e usam drogas, furtam, assaltam e matam – e sobre eles recai o poder repressivo do Estado, iniciando a terceira e decisiva consequência da exclusão social, a *criminalização* de marginalizados *rotulados* como infratores, *prisionalizados* no interior de entidades de *internação* como a FEBEM do Tatuapé, que os introduz, enfim, em *carreiras criminosas* definitivas. Assim, no caso da juventude brasileira, a teoria da *normalidade* do desvio parece ser apenas metade da verdade; a outra metade seria preenchida pela teoria da *necessidade* do desvio, como resposta individual inevitável de sujeitos colocados, por sua posição social, em condições existenciais adversas.³³

4.2. A Reincidência como Reprodução Social da Criminalização

A *produção* social da criminalização se desdobra na consequência ainda mais grave da *reprodução* social dessa criminalização: quanto maior a reação repressiva, maior a probabilidade de reincidência, de modo que sanções aplicadas para reduzir a criminalidade ampliam a reincidência criminal. A criminalização primária produz a criminalização secundária, conforme o modelo sequencial do *labeling approach*: a rotulação como infrator produz *carreiras criminosas* pela ação de mecanismos pessoais de adaptação psicológica à natureza do rótulo, combinada com a expectativa dos outros de que o rotulado se comporte conforme a rotulação, praticando novos crimes.³⁴ Inúmeras pesquisas comprovam essa tese: WEST/FARRINGTON demonstram, no chamado “Cambridge-Study”, que a reincidência de adolescentes de igual comportamento criminoso varia conforme a existência ou não de condenação criminal: adolescentes condenados, maior reincidência; adolescentes não condenados, menor reincidência³⁵; HAMPARIAM mostra, em estudo de jovens de comportamento violento, que a internação em estabelecimentos oficiais aumenta a velocidade da reincidência criminal³⁶; PFEIFFER verificou que a elevação do rigor de sanções judiciais contra adolescentes produziu maior reincidência criminal, na Alemanha³⁷; pesquisa de GERKEN/BERLITZ revela que, quanto maior a quantidade de antecedentes, maior a sanção penal e, proporcionalmente, maior a reincidência criminal da juventude.³⁸

No Brasil, a reincidência *infracional* registrada de adolescentes com passagem por entidades de *internação* como o Tatuapé é de 38%, ou seja, superior a 1/3 dos casos³⁹; se a criminalidade registrada, comparada à **cifra negra**, é o componente menor da criminalidade real, então os índices de reincidência em *atos infracionais* da juventude criminalizada deve ser alarmante, porque pesquisas mostram que a **cifra negra** abrange de 80 a 90% das ações puníveis⁴⁰ – portanto, a reincidência real de jovens estigmatizados pela institucionalização é, no mínimo, o dobro da registrada.

Esses resultados refletem os efeitos danosos da *internação*: o isolamento produz nervosismo, insônia, consciência de culpa e sentimentos de impotência, que se manifestam na agressividade de jovens envolvidos numa atmosfera de angústia e ódio⁴¹; o primado da segurança reduz contatos com a sociedade e transforma o trabalho interno em experiência despersonalizante, sem relação com a realidade externa⁴²; intenções pedagógicas ou terapêuticas naufragam pela simultaneidade das exigências da privação de liberdade e pelas próprias condições da *comunidade dos internos*, baseada nos princípios da força e da superioridade, onde predomina o jogo clandestino, o mercado negro, as intrigas e as lutas por poder, vantagens e privilégios⁴³; o comportamento institucional do adolescente é capturado pelo dilema “*se ficar o bicho come, se correr o bicho pega*”: conformidade às normas cria dificuldades com os outros internos; adesão aos valores da comunidade institucionalizada cria o risco de sanções disciplinares. Na FEBEM do Tatuapé, conforme relatos, tem mais: adolescentes seriam “*espancados*” e “*trancados nus*”; jovens líderes de unidades obrigariam os mais fracos a “*fazer faxina, lavar sua roupa e prestar favores sexuais*”, ocorrendo, também, “*linchamentos*” entre os meninos⁴⁴; os monitores seriam “*violentos e sacanas*”, acordariam os internos com “*gritos e murros*” e um deles, “*lutador de luta com chute na cara*”, treinaria “*chutando*” internos; e drogas, como maconha e cocaína, seriam “*moeda de suborno*”, introduzidas na unidade pelos próprios monitores.⁴⁵

Parece inevitável a conclusão de que quanto menor a intervenção do Estado, melhor para todos os interessados, e quanto maior essa intervenção, menor a distância entre as criminalizações⁴⁶: o isolamento não pode ser resposta da sociedade civilizada para adolescentes danificados social e biograficamente. Sanções privativas de liberdade têm eficácia invertida, não por falhas do sistema de tratamento, ou por insuficiência de técnicos qualificados ou de recursos financeiros, como se tem dito nestes 2 séculos de existência da instituição da prisão – e de vigência do chamado “*isomorfismo reformista*”, como diz FOUCAULT⁴⁷, de repositição reiterada do mesmo projeto fracassado –, mas porque, simplesmente, na prisão *nada funciona* (“*nothing works*”), como afirmam LIPTON⁴⁸ e GREENBERG.⁴⁹ Estratégias Segregacionistas perderam legitimação do ponto de vista da prevenção especial ou geral, e a ideologia do confinamento está em contradição com o conhecimento científico e com princípios jurídicos que sintetizam direitos humanos fundamentais.

Hoje, palavras-de-ordem de políticas criminais (ou *infracionais*) para a juventude são de outra natureza: descriminalização dos *delitos de bagatela* e de *conflito* e, enquanto o legislador não se decide, intenso uso de procedimentos de *diversão* (a remissão, por exemplo) e de *despenalização judicial*, como recuo geral das políticas penais (ou *socioeducativa*) para a juventude⁵⁰ – especialmente em relação ao *furto* em lojas de *self-service*, que representa 40% dos fatos puníveis atribuídos ao adolescente, segundo BRUSTEN/HOPPE⁵¹, porque, entre outras razões, o Estado não pode atuar como beleguim do controle de clientes de empresas comerciais que entulham bens de consumo desejáveis diante de adolescentes e crianças pobres e necessitados. Por outro lado, todas as pesquisas mostram que a prisão (ou *internação*) não reduz o crime (ou a *infração*), mas produz estigmatização, prisionalização e reincidência criminal⁵²: a execução de medidas privativas de liberdade, como indica BARATTA⁵³, produz dessocialização do ser humano (o fenômeno da *prisionalização*), como *desaprendizagem* dos valores da vida social (perda do sentido de responsabilidade, formação de imagens ilusórias da realidade e distanciamento progressivo dos valores comuns) e simultânea *aprendizagem* das regras do mundo artificial da instituição (atitudes de cinismo e culto à violência, por exemplo).

5. A Educação como Justificação de Maior Rigor contra o Adolescente

Medidas de privação de liberdade da juventude prevêm *atividades pedagógicas* obrigatórias (art. 123, parágrafo único), porque o crime (ou *ato infracional*) é encarado como *falha individual* no processo educativo e a educação obrigatória como compensação dessa falha.⁵⁴ A socialização do adolescente, como *incorporação de seres humanos no grupo social*⁵⁵, corresponde ao pensamento jurídico do modelo **consensual** de sociedade, no qual a socialização depende da vontade individual, sua falha é atribuível ao adolescente ou sua família, e agressões a normas e valores são conflitos entre indivíduo e sociedade; ao contrário, para o modelo **conflitual** a sociedade é uma *unidade contraditória* com pluralidade de valores e de normas, o crime é mero conflito entre autor e

vítima, cuja solução deve proteger a vítima sem precisar *lançar o autor às feras*, porque, afinal, socialização só pode existir como *livre* desenvolvimento da personalidade.⁵⁶

A distinção acadêmica entre educação e punição não existe ao nível da execução das sanções: para o adolescente internado não há diferença entre educação e punição e, de fato, a *educação obrigatória* é mais temida do que a própria punição.⁵⁷ É inacreditável, mas o princípio da educação parece ser responsável por maior severidade judicial contra o *adolescente* do que contra o *adulto*: na área internacional, o princípio da educação explicaria por que, em *delitos de bagatela*, a suspensão ou arquivamento do processo é mais freqüente para adultos do que para adolescentes; em igualdade de condições, é mais comum prisão provisória de adolescentes do que de adultos; em fatos idênticos, sanções penais contra adolescentes são maiores do que contra adultos; na execução penal, regalias como *saídas*, por exemplo, são mais freqüentes para adultos do que para adolescentes.⁵⁸ No Brasil, o princípio da educação explicaria, no nível legislativo, a idade de **12 anos** como marco de adolescência e, portanto, de capacidade subjetiva para sanções privativas de liberdade: um “adolescente” de **12 anos** pode receber uma sanção privativa de liberdade de **3 anos** de *internação*, pela prática de qualquer infração penal atribuível aos adultos (*crime ou contravenção penal*, art. 103); no nível judicial, o princípio da educação poderia explicar a freqüência “*tresloucada*” da medida de *internação*, para usar expressão de MARIO VOLPI, responsável por políticas públicas da Unicef.⁵⁹ E para quem acha que **3 anos** de *internação* não é muito, convém lembrar a diferente dimensão subjetiva do tempo para crianças/adolescentes em relação a adultos/idosos, que transforma o limite de **3 anos** em algo próximo da eternidade. Nos países desenvolvidos, onde o processo e socialização é *mais intenso*, o marco etário do início da adolescência é *maior*: na Alemanha, por exemplo, a adolescência começa aos **14 anos**, e projetos atuais de reforma do direito penal da juventude propõem a idade mínima de **16 anos** para aplicação de qualquer medida privativa de liberdade.⁶⁰

A diferença de rigor legal e judicial contra o adolescente em face do adulto está em contradição com o princípio da *igualdade* e, na medida em que o excesso de rigor existe como compulsória submissão a práticas *pseudo-pedagógicas*, também contradiz o princípio constitucional da *dignidade* da pessoa humana.

6. Conclusões

As questões discutidas neste estudo podem ser assim sumariadas:

1. O comportamento anti-social do adolescente é fenômeno *normal* que desaparece com o amadurecimento, cuja punição constitui reação *anormal* que infringe o direito de *liberdade*: as infrações de *bagatela* e de *conflito* exigem reações informais e não-estigmatizantes do sistema de controle social, definidas como procedimentos de *diversão*, para as quais os operadores jurídicos estão legitimados enquanto o legislador não se decide pela *descriminalização* desses delitos para o adolescente.

2. A *normalidade* das infrações de *bagatela* e de *conflito* inverte a relação de regra/exceção entre *conformidade* e *desvio*, indicando a desnecessidade de *medidas socioeducativas* contra adolescentes, inúteis como prevenção e danosas como retribuição: a prevenção do comportamento anti-social da juventude depende da execução do projeto *constitucional* de uma sociedade mais igualitária e mais justa.

3. A compreensão do ato infracional como expressão *normal* de situações de conflito e, no caso específico das condições sociais adversas da juventude brasileira, a possibilidade de compreensão do ato infracional como expressão *necessária* de situações de conflito, deve contribuir para reduzir a pressão sobre adolescentes deficitários punidos pela origem social.

4. A *produção e reprodução* social da criminalização pelo sistema de controle social, mediante processos seletivos de atribuição fundados em estereótipos, preconceitos e outras idiosincrasias pessoais, tem por base o *status* social inferior do adolescente e infringe o direito constitucional de *igualdade*.

5. Sanções privativas de liberdade do adolescente têm eficácia invertida, produzindo estigmatização, prisionalização e maior criminalidade, e estão em contradição com o conhecimento científico e com o princípio constitucional de *dignidade* da pessoa humana.

Notas

1. BARATTA, Alessandro. *Prefácio*. In MALAGUTI BATISTA, Vera, *Difíceis Ganhos Fáceis – Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro*: Freitas Bastos, 1998, p. 20.
2. FOLHA DE S. PAULO (28.07.1999). *Menores Infratores*, 3º Caderno, reportagem de Rogério Gentile e Marcelo Oliveira (p. 1) e *Governo de SP desrespeita Estatuto*, reportagem de André Lozano, p.3.
3. FOLHA DE S. PAULO (28.07.1999). *Governo de SP desrespeita Estatuto*, 3º Caderno, p. 3, reportagem de André Lozano.
4. Comparar DATTE, A/ DONNER, O.. *Aspekte der Thematisierung von Kinder und Jugenddelinquenz in der Tagespresse*, 1984, pp. 390 s.
5. Polzeiliche Kriminalstatistik (PKS). 1990, p. 52.
6. ALBRECHT, P.A./LAMNEK, S.. *Jugendkriminalität im Zerrbild der Statistik*, 1979, p. 165.
7. Ver SESSAR, K.. *Jugendstrafrechtliche Konsequenzen aus jugendkriminologischer Forschung: Zur Trias von Ubiquität, Nichtregistrierung und Spontanbewährung im Bereich der Jugendkriminalität*, 1984, p. 27.
8. EMPEY, L.T.. *American Delinquency – Its Meaning and Construction*, 1978, p. 137; OLSON, M.R., *A Longitudinal Analysis of Official Criminal Careers*, 1978; WOLFGANG, M.E./FIGLIO R.M./SELLIN, TH., *Delinquency in a Birth Cohort*, 1972.
9. Comparar ALBRECHT, Peter-Alexis. *Jugendstrafrecht*, 1992, p. 13.
10. Ver BARATTA, A.. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, 1997, pp. 165 s. (tradução de Juarez Cirino dos Santos); também, LUDWIG, W., *Selektion und Stigmatisierung*, in Schüler-Springorum, H., *Jugend und Kriminalität*, 1993, p. 50.
11. BARATTA, A.. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, 1997, pp. 102-3; também, LAMNEK, S., *Sozialisation und kriminelle Karriere. Befunde aus zwei Erhebungen*, in Schüler-Springorum, H., *Merfach auffällig. Untersuchungen zur Jugendkriminalität*, 1982, pp. 13 s.
12. Ver POPITZ, H.. *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, 1969, p. 19.
13. KIRCHHOFF, G.F.. *Selbstberichtete Delinquenz – Eine empirische Untersuchung*, 1975, p. 74.
14. FREHSEE, D.. *Strukturbedingungen urbaner Kriminalität*, 1978, p. 325.
15. SCHUMANN, K. F.. *Jugendkriminalität und die Grenzen der Generalprävention*, 1985, p. 120.
16. ALBRECHT, P. A.. *Jugendstrafrecht*, 1992, p. 18.
17. Ver ALBRECHT, P. A.. *Jugendstrafrecht*, 1992, p. 20.
18. Nesse sentido, QUENSEL, St.. *Kritische Kriminologie*, in Arbeitskreis Junger Kriminologen, 1974, p. 144.
19. BECKER, H.S.. *Outsiders: Studies in the Sociology of Deviance*, 1963, pp. 8-14 e 31-3; ver, também, ALBRECHT, P.A., *Jugendstrafrecht*, 1992, p. 19; BARATTA, A., *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, 1997, pp. 89-92; CIRINO DOS SANTOS, *As Raízes do Crime (um Estudo sobre as Estruturas e as Instituições da Violência)*, 1984, pp. 55-8.
20. SESSAR, K.. *Jugendstrafrechtliche Konsequenzen aus jugendkriminologischer Forschung: Zur Trias von Ubiquität, Nichtregistrierung und Spontanbewährung im Bereich der Jugendkriminalität*, 1984, p. 39.
21. LAMNEK, S.L.. *Die Soziale Produktion und Reproduktion von Kriminalisierung*, in Schüler-Springorum, H., *Jugend und Kriminalität*, 1983, pp. 32 s.

22. Ver CIRINO DOS SANTOS, J.. *As Raízes do Crime (um Estudo sobre as Estruturas e as Instituições da Violência)*, 1984, pp. 110 s.
23. SCHÜLER-SPRINGORUM H.. *Mehrfach auffällig. Untersuchungen zur Jugendkriminalität*, 1982; LUDWIG, W., *Mehrfachtäter im Kontext gesellschaftlicher Produktion von Jugendkriminalität. Eine Untersuchung anhand von Polizeiakten in* SCHÜLER-SPRINGORUM H., 1982, pp. 86 s.
24. Assim, LAMNEK, S.L.. *Die Soziale Produktion und Reproduktion von Kriminalisierung*, in Schüler-Springorum, H., *Jugend und Kriminalität*, 1983, p. 36.
25. Nesse sentido, KAISER, G.. *Jugendkriminalität*, 1982, p. 212.
26. Ver MALAGUTI BATISTA, V.. *Difíceis Ganhos Fáceis (Droga e Juventude Pobre no Rio de Janeiro)*, 1998.
27. ALBRECHT, P. A.. *Jugendstrafrecht*, 1992, p. 44.
28. SACK, F.. *Probleme der Kriminalsoziologie*, in KÖNIG, R., *Handbuch der empirischen Sozialforschung*, 1978, pp. 192 s.
29. Ver BARATTA, A.. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 184; também, LAMNEK, S.L., *Die Soziale Produktion und Reproduktion von Kriminalisierung*, in Schüler-Springorum, H., *Jugend und Kriminalität*, 1993, p. 36; SACK, F., *Neue Perspektiven in der Kriminologie*, in KÖNIG, R./SACK, F., *Kriminalsoziologie*, 1968, pp. 469-70.
30. ALBRECHT, P. A.. *Jugendstrafrecht*, 1992, pp. 47-8.
31. Ver LUDWIG, W.. *Mehrfachtäter im Kontext gesellschaftlicher Produktion von Jugendkriminalität. Eine Untersuchung anhand von Polizeiakten*, in Schüler-Springorum, H., 1982, p. 125.
32. CIRINO DOS SANTOS, J.. *Teoria do Crime*, 1993, p. 71.
33. Ver CIRINO DOS SANTOS, J.. *As Raízes do Crime (um Estudo sobre as Estruturas e as Instituições da Violência)*, 1984, pp. 94-96.
34. LEMERT, Edwin M.. *Human Deviance, Social Problems, and Social Control*, 1972, pp. 62 s.
35. WEST, D.J./FARRINGTON, D.P.. *The Delinquent Way of Life*, 1977, p. 138.
36. HAMPARIAN, D.M., et al.. *The Violent Few. A Study of Dangerous Juvenile Offenders*, 1978, p. 101.
37. PFEIFFER, Ch.. *Die Jugendstrafrechtliche Praxis gegenüber mehrfach Auffälligen*, in DVJJ 1990, p. 629, sobre a escalada de sanções judiciais contra jovens, na Alemanha.
38. GERKEN, J./BERLITZ, C.. *Sanktionseskalation*, in GERKEN, J./SCHUMANN, K.F., *Ein trojanisches Pferd im Rechtsstaat*, 1988, p. 22, sobre a elevação de penas em Bremen.
39. FOLHA DE S. PAULO (28.07.1999). *Roubo é Principal Infração*, 3º Caderno, p. 3, reportagem de André Lozano.
40. BARATTA, A.. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, 1997, pp. 101-6.
41. EISENHARDT, TH.. *Gutachten über die kriminalpolitische und kriminalpädagogische Zweckmässigkeit und Wirksamkeit des Jugendarrests*, 2 Bände, Bundesministerium der Justiz, 1974, p. 415.
42. KERSTEN, J./v.. WOLFFERSDORFF-EHLERT, Ch., *Jugendstrafe. Innenansichten aus dem Knast*, 1980, pp. 172 s.
43. KERSTEN, J.. *Zum Vollzug der Freiheitsstrafe an Jugendlichen*, in MÜLLER, S./OTTO, H.-U, *Damit Erziehung nicht zur Strafe wird*, 1986, pp. 167 s.
44. FOLHA DE S. PAULO (29.07.1999). *Entidades culpam Falência do Sistema e Sindicato nega Responsabilidade dos Funcionários*, 3º Caderno, p. 1, reportagens de Alessandra Branco, Rodrigo Vergara e André Lozano.

45. FOLHA DE S. PAULO (29.07.1999). *Pagode e Sexo foram Estopim da Rebelião*, 3º Caderno, p. 3, reportagem de Marcelo Oliveira e Otávio Cabral.
46. Ver BARATTA, A.. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, 1997, p. 184; também,
47. HAMPARIAN, D.M.. *et al.. The Violent Few. Study of Dangerous Juvenile Offenders*, 1978, p. 121.
48. FOUCAULT, M.. *Vigiar e Punir*, 1977, pp. 228 s.
49. LIPTON, D./MARTINSON, R./WILKS, J.. *The Effectiveness of Correctional Treatment: A Survey of Treatment Evaluation Studies*; 1975.
50. GREENBERG, D.F.. *Corrections and Punishment*, 1977.
51. Ver OSTENDORF, H.. *Ansatzpunkte für materiell-rechtliche Entkriminalisierungen von Verhaltensweisen junger Menschen*, in BMJ 1992, p. 194; também, a crítica de NAUCKE, E., *Über deklaratorische, scheinbare und wirkliche Entkriminalisierung*, GA 1984, p. 205.
52. Assim, BRUSTEN, J./HOPPE, R.. *Greifen unsere theorien noch? Entwicklung und Struktur der Kriminalität als Folge "betriebswirtschaftlicher Entscheidungen" am Beispiel von Ladendiebstahl und "Schwarzfahren"*, *KrimJ (1.Beiheft)*, 1986, p. 59.
53. Ver BERKHAUER, F./HASENPUSCH, B.. *Legalbewährung nach Strafvollzug*, in SCHWIND, H.D./STEINHILPER, G., *Modelle zur Kriminalitätsvorbeugung und Resozialisierung*, 1982, p. 285.
54. BARATTA, A.. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, 1997, pp. 186-7.
55. Assim, teóricos conservadores, como SCHAFFSTEIN, F./BEULKE, W.. *Jugendstrafrecht*, 1991, p. 17; HERZ, R., *Jugendstrafrecht*, 1987, p. 4.
56. KAISER, G.. *Gesellschaft, Jugend und Recht*, 1977, p. 19.
57. Ver ALBRECHT, P. A.. *Jugendstrafrecht*, 1992, p. 74.
58. BUSCH, M.. *Erziehung als Strafe*, *ZfStrVo* 1990, pp. 134 s.
59. Ver, entre outros, DÜNKEL, F.. *Freiheitsentzug für junge Rechtsbrecher*, 1990, pp. 124, 214 e 221 s.
60. FOLHA DE S. PAULO (28.07.1999). *Covas e Justiça têm Culpa, diz Especialista*, 3º Caderno, p. 3, reportagem de Daniela Falcão.
61. Assim, HEINZ, W.. *Das erste Gesetz zur Änderung des Jugendgerichtsgesetzes*, ZPR 1991, p. 188; ver, também, as propostas da DVJJ-KOMMISSION 1992, p. 35

VIII

EFICÁCIA E EFETIVIDADE DO DIREITO À LIBERDADE¹

.....

LUIS ROBERTO BARROSO

Advogado; Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

I. Breve Introdução Metajurídica

1. A Liberdade fora do Direito

Alguém pode sentir-se livre em um regime de tirania ou oprimido em um Estado democrático. A liberdade tem uma dimensão interior, personalíssima, na qual é apreendida de forma diferente por cada pessoa. O imaginário da liberdade e da opressão está fora do domínio da ciência jurídica e suas instituições. Para os que crêem, narcisicamente, na onipotência do Direito, vale o aviso: há no mundo espaços ocupados prioritariamente por outras ciências, dentre elas a psicologia e a psicanálise.

Mais: há países onde, apesar de a liberdade estar garantida, a sociedade é extremamente repressiva, perseguindo ou anulando os que não façam parte da vontade ou do sentimento predominante. Lugares onde a competição oprime e o fracasso eventual aniquila. Nesse universo de instituições livres e pessoas cativas do sistema, o saber jurídico pode limitadamente. Uma boa sociologia será mais útil.

Já na filosofia, duas concepções de liberdade se contrapõem historicamente. No sentido aristotélico, ela traduz o poder de autodeterminação, de deliberação sem interferências externas. Liberdade, assim, é decisão e escolha entre possíveis diversos. Na concepção oposta, a liberdade não se consubstancia num ato de escolha do indivíduo, mas no produto de um contexto externo a ele, seja a natureza (para os estóicos e para Espinosa), a

cultura (para Hegel) ou a infra-estrutura econômico-social (para Marx).

Uma terceira concepção, que o modismo terminológico ansiaria por denominar *pós-moderna*, reúne elementos das duas primeiras. Efetivamente, a liberdade tem um conteúdo nuclear no poder de escolha, de decisão entre várias possibilidades. Mas tais escolhas são condicionadas pelas circunstâncias naturais, psíquicas, culturais, econômicas e históricas. Portanto, trata-se de uma dimensão não apenas subjetiva, mas que envolve, também, a possibilidade objetiva de decidir.

Há uma tensão entre a liberdade pessoal e o mundo exterior. E se há circunstâncias inexoráveis e imodificáveis – e.g., frutos da fatalidade ou do determinismo científico –, muitas outras existem que podem sofrer a atuação criativa, construtiva ou revolucionária dos homens. Neste sentido amplo, a liberdade pressupõe *consciência*. Na síntese feliz de Marilena Chauí, “a liberdade é a consciência simultânea das circunstâncias existentes e das ações que, suscitadas por tais circunstâncias, nos permitem ultrapassá-las”.²

2. A Aventura da Liberdade

Um lance de olhos pela história dos últimos dez séculos revela que a liberdade nasce em berço aristocrático, cresce burguesa e, na virada do milênio, não chegou ainda à maturidade democrática. Quando, há dez anos, o pensamento conservador celebrou o *fim da história*, proclamando a vitória do modelo liberal, precisou fechar portas e janelas e trancar-se dentro do mundo acadêmico. Do contrário, teria escutado gritos pré-históricos vindo da África. Ou contemplado a agonia secular da América Latina.

Lugares onde a história apenas começou.

O Estado moderno surge, ao final da Idade Média, sobre as ruínas do feudalismo e associado ao absolutismo do poder real. A autoridade do monarca, tanto em face da Igreja como perante os senhores feudais, funda-se no direito divino e no conceito de soberania que então se delineava, elemento decisivo para a formação dos Estados nacionais. Três grandes revoluções abriram caminho para o Estado liberal, sucessor histórico do Estado absolutista: a inglesa (1688), a americana (1776) e a francesa (1789).

A *Revolução Inglesa* teve, como ponto culminante, a afirmação do Parlamento e a implantação de uma monarquia constitucional. Em 1689, quando William III e Mary II ascendem ao trono com poderes limitados pelo *Bill of Rights* (Declaração de Direitos, 1688), já estavam lançadas as bases do modelo de organização política que inspiraria o ocidente pelos séculos afora. E com uma singularidade: fruto de uma longa gestação, que remonta à *Magna Charta* (1215), as instituições inglesas tiveram base tão sólida que puderam até mesmo prescindir de uma Constituição escrita.

A *Revolução Americana* teve duplo significado: a emancipação das colônias inglesas na América, anunciada na célebre Declaração de Independência, de 1776; e sua reunião em um Estado independente, delineado na Carta de 1787. Primeira Constituição escrita e solenemente ratificada (após o acréscimo do *Bill of Rights* – Declaração de Direitos, 1791), foi ela o marco inicial do longo sucesso institucional dos Estados Unidos da América, baseado em um modelo de separação de Poderes, republicano e federativo.

A *Revolução Francesa*, cuja deflagração é simbolizada pela queda da Bastilha, em 1789, foi um processo mais profundo, radical e tormentoso de transformação política e social. E, na visão de superfície, menos bem sucedido, pela instabilidade, violência e circularidade dos acontecimentos. Contudo, foi a Revolução Francesa – não a Americana, nem a Inglesa – que se tornou o grande divisor histórico, o marco do advento do Estado liberal. Foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com seu caráter universal, que divulgou a nova ideologia, fundada na Constituição, na separação de Poderes e nos direitos individuais. Ao final de 1815, uma nova classe – a burguesia – instalara-se no poder, celebrando o casamento final e até aqui

indissolúvel entre o poder econômico e o político.

De forma sumária e inevitavelmente simplificadora, estes os três grandes antecedentes do constitucionalismo moderno e das instituições liberais. Eventos que ainda figuram em várias partes do mundo como mera inspiração, uma referência remota. Lugares onde a conquista da liberdade não é história, mas uma aventura em curso.

II. Eficácia e Efetividade dos Direitos Constitucionais

1. Constituição e Supremacia Constitucional

A Constituição é o primeiro documento na vida jurídica do Estado, assim do ponto de vista cronológico como hierárquico. Ela cria ou reconstrói o Estado, dando início à ordem jurídica. Cronologicamente, ela é o *marco zero* das instituições, embora essa afirmativa precise ser confrontada com a circunstância de que, normalmente, já há uma ordem jurídica infraconstitucional preexistente. Por assim ser, criaram-se duas regras pragmáticas para disciplinar as relações entre uma nova Constituição e o Direito que a antecedia: 1ª) todas as normas com ela incompatíveis ficam automaticamente revogadas; 2ª) todas as normas com ela compatíveis são recepcionadas, passando a vigor sob um novo fundamento de validade e, eventualmente, com nova interpretação.

Do ponto de vista hierárquico, a Constituição é um documento dotado de superlegalidade, de superioridade jurídica em relação às demais normas. Este atributo é identificado como *supremacia constitucional* e significa que, no âmbito do Estado, nenhuma lei ou ato normativo de qualquer nível pode subsistir validamente se for incompatível com a Constituição. Para assegurar esta supremacia, o ordenamento jurídico prevê e provê um conjunto de mecanismos conhecidos como *controle de constitucionalidade*, destinados a ensejar a pronúncia de invalidade e a paralisar a eficácia das normas que contravenham a Constituição. No Brasil, o controle pode ser: *incidental*, realizado difusamente pelos órgãos judiciais na apreciação de casos concretos, com efeitos limitados às partes do processo; ou *principal*,

realizado concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, mediante ação direta, com apreciação em tese da questão constitucional e efeitos *erga omnes* da decisão.

2. As Três Grandes Categorias de Normas Constitucionais

Uma constituição, ao instituir o Estado, (a) organiza o exercício do poder político; (b) define os direitos fundamentais do povo e (c) estabelece determinados princípios e traça fins públicos a serem alcançados. Por via de consequência, as normas materialmente constitucionais podem ser agrupadas nas seguintes categorias:

- A. Normas constitucionais de organização;
- B. Normas constitucionais definidoras de direitos;
- C. Normas constitucionais programáticas.

As *normas constitucionais* de organização traçam a estrutura do Estado, cuidando, essencialmente, da repartição do poder político e da definição da competência dos órgãos públicos. Na Carta em vigor, são exemplos de normas desta natureza as que instituem as competências do Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da União, Estados e Municípios. Embora não seja sua finalidade precípua, tais normas podem eventualmente gerar situações jurídicas individuais, sob a forma de direito subjetivo.

As *normas constitucionais definidoras de direitos* são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo o jurisdicionado no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados. Nesta categoria incluem-se todas as normas concernentes aos direitos individuais, políticos, sociais e difusos previstos na Constituição.

As *normas constitucionais programáticas* veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigirem comportamentos comissivos, mas investem-nos na faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes

traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos em sua feição negativa. São desta categoria as regras que preconizam a função social da propriedade (art. 170, III), a redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VII), o apoio à cultura (art. 215), o fomento às práticas desportivas (art. 217), o incentivo à pesquisa (art. 218), dentre outras.

3. Os Direitos Subjetivos Constitucionais

A Constituição prevê, em linhas gerais, quatro grandes categorias de direitos, como assinalado acima. Os direitos *políticos* abrangem o direito de nacionalidade e os direitos de cidadania. Pelo primeiro, o indivíduo é incorporado na comunhão nacional para uma série de efeitos, que compreendem prerrogativas e deveres. Pelos segundos, reconhecem-se ao indivíduo, qualificado por certos requisitos, a capacidade eleitoral (intervenção pelo voto na composição dos órgãos do Estado) e a capacidade eletiva (participação pessoal na composição dos órgãos do Estado).

Deixando para o final os direitos individuais, tem-se que os direitos *sociais*, assim designados os direitos econômicos, sociais e culturais, são direitos cujo desenvolvimento teórico e positivo se deu ao longo desse século, remontando à Constituição mexicana (1917) e à de Weimar (1919). Sua consagração marca a superação de uma perspectiva estritamente liberal, surgindo para o Estado e para a sociedade certos deveres de prestações positivas, visando à melhoria das condições de vida e à promoção da igualdade material. Incluem-se nesse domínio os direitos a salário mínimo, jornada máxima de trabalho, seguridade social, educação e acesso à cultura, dentre outros.

Os direitos *difusos*, cuja formação teórica e positivação se deram nas últimas décadas deste século, caracterizam-se, do ponto de vista subjetivo, por serem titularizados por uma pluralidade indeterminada de sujeitos; e, quanto ao seu objeto, por sua indivisibilidade, de forma tal que a satisfação de um dos seus titulares implica na satisfação de todos, do mesmo passo que a lesão a um só constitui lesão a toda a coletividade. Integram essa categoria de direitos a preservação do meio ambiente, a defesa da qualidade dos produtos e a garantia contra as

manipulações de mercado (proteção ao consumidor) e a salvaguarda de valores culturais e espirituais (proteção ao patrimônio histórico, artístico e estético).

A temática aqui desenvolvida, todavia, situa-se no âmbito dos direitos *individuais*, cuja origem se encontra ligada às revoluções liberais e às declarações delas resultantes. Os direitos individuais, freqüentemente referidos como *liberdades públicas*, são a afirmação da personalidade humana. Talhados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares. Na Constituição brasileira em vigor, eles se concentram na extensa enunciação dos setenta e sete incisos do art. 5º.

4. Efetividade da Constituição e Garantias Jurídicas dos Direitos Constitucionais

Embora resulte de um impulso político, que deflagra o poder constituinte originário, a Constituição, uma vez posta em vigência, é um documento jurídico, é um sistema de normas. As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento de conseqüências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais não apenas são normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que, por longo tempo, prevaleceu neste domínio, em que eram consideradas prescrições desprovidas de sanção, mero ideário sem eficácia jurídica.

Disto resulta que o direito constitucional – e o conjunto de valores, bens e direitos que ele

tutela –, tanto quanto os demais ramos da ciência jurídica, existe para realizar-se. Vale dizer: ele aspira à efetividade, que é eficácia social da norma. Efetividade, já averbamos em outro estudo, designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os interesses por ela tutelados. Ela expressa a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever ser* normativo e o *ser* da realidade social. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se prevê, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.

A teoria da efetivação, decisiva para a afirmação científica do direito constitucional nos últimos dez anos, serve-se de um conceito tradicionalmente explorado no campo do direito privado, mas que, na verdade, integra a teoria geral do direito: o de *direito subjetivo*. Por direito subjetivo, abreviando uma longa discussão, entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse. Mais relevante para os fins aqui visados é assinalar as características essenciais dos direitos subjetivos, a saber: a) a ele corresponde sempre um *dever jurídico* por parte de outrem; b) ele é *violável*, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tinha o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma *pretensão*, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial.

Em desenvolvimento do raciocínio, as normas constitucionais definidoras de direitos – isto é, de direitos subjetivos constitucionais – investem os seus beneficiários em situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Não cumprido espontaneamente o dever jurídico, o titular do direito lesado tem reconhecida constitucionalmente a possibilidade de exigir do Estado que intervenha para assegurar o cumprimento da norma, com a entrega da prestação. Trata-se do direito de ação, previsto no art. 5º, XXXV da Constituição, em dispositivo assim redigido: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

O direito de ação – ele próprio um direito subjetivo, consistente na faculdade de exigir do Estado que preste jurisdição – tem fundamento

constitucional. Mas as ações judiciais, em regra, são instituídas e disciplinadas pela legislação infraconstitucional. A Constituição brasileira, todavia, instituiu ela própria algumas ações. Tradicionalmente, desde a Carta de 1934, três eram as ações constitucionais: o *habeas corpus* (constitucionalizado desde 1891), o mandado de segurança e a ação popular. O Texto de 1988 ampliou este elenco, acrescentando o mandado de segurança coletivo, a ação civil pública, o mandado de injunção e o *habeas data*. O direito de ação e as ações em geral constituem garantias jurídicas dos direitos constitucionais e os principais institutos de efetivação das normas da Constituição quando não cumpridas espontaneamente.

III. Eficácia e Efetividade do Direito à Liberdade

1. A Caracterização Jurídica do Conceito de Liberdade

Na visão idealizada do art. 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a lei “é a expressão da vontade geral institucionalizada”. Não é. A rigor técnico, talvez não se possa afirmar que seja sequer a vontade da maioria. Mas o Estado de Direito, ao sobrepor o governo das leis ao dos homens, precisou desenvolver esta ficção, até porque, indiscutivelmente, ela representava um avanço. A lei, produto da razão e do debate político no Parlamento, representa a despersonalização do poder. Dela se originam direitos oponíveis ao próprio poder político, bem como se extrai maior segurança para as relações sociais.

A lei, conceitualmente, é o ato jurídico emanado do Estado, com caráter de norma geral, abstrata e obrigatória. Normalmente produzida no órgão de representação popular, somente ela pode inovar no ordenamento jurídico, impondo deveres ou criando obrigações. Com maior ou menor amplitude, é comum que os Estados, mesmo os organizados sob o modelo liberal, prevejam a edição pelo Executivo de atos excepcionais, com força de lei, de que são exemplos os decretos-leis e as medidas provisórias, uns e outras integrantes da fisiologia e da patologia das instituições nacionais.

O princípio da legalidade vem positivado no inciso II do art. 5º da Carta de 1988, na dicção de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Esta é a cláusula constitucional genérica da liberdade no direito brasileiro: se a lei não proíbe ou não impõe um dado comportamento, têm as pessoas a autodeterminação para adotá-lo ou não. A liberdade consiste em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade senão a da lei, e, mesmo assim, desde que ela seja formal e materialmente constitucional.

O regime constitucional brasileiro tem convivido, no âmbito do princípio da legalidade, com o uso abusivo das medidas provisórias pelo Poder Executivo, com a leniência do Congresso e a tolerância do Judiciário. Dotadas de força de lei, embora sem terem tal natureza, e reservadas pela Constituição para os casos de relevância e urgência (art. 62), as medidas provisórias integraram-se, melancolicamente, à rotina legislativa do país, provendo quer sobre temas prosaicos quer modificando Códigos e disposições longamente amadurecidas. Com grande atraso – dez anos de atraso – o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional têm esboçado reação à malversação do instituto.

Embora a lei e a legalidade sejam conceitos vitais ao Estado de Direito, é imperativo ter a percepção crítica destes instrumentos, sem sujeição ao fetiche do legalismo vazio de conteúdo e de legitimidade. Quem quer que tenha observado o modo pelo qual o fascismo se instalou na Itália, e o nazismo na Alemanha, saberá que foram entronizados no quadro da legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Como fizeram todas as ditaduras latino-americanas e seus generais caricatos. É indispensável, portanto, ter compromisso com a legitimidade das leis – legitimidade originária, corrente e finalística – e lembrar-se da advertência insuspeita de Rui Barbosa, dirigida aos bacharéis que paranimfava: “Pesai bem que vos ides consagrar à lei em um país onde a lei absolutamente não exprime o consentimento da maioria, onde são as minorias, as oligarquias mais acanhadas, mais impopulares e menos respeitáveis as que põem e dispõem, as que mandam e desmandam em tudo”.

2. As Liberdades Públicas

De fora parte a cláusula genérica de que só a lei pode restringir a liberdade individual, a Constituição prevê ainda, sob a estrutura formal de *direitos* (e dentro do gênero direitos individuais), um catálogo específico de liberdades, identificadas como liberdades públicas. Deu-lhes tamanha distinção a Carta Política que as dotou de um conjunto importante de garantias *materiais* e de garantias *processuais*. Estes dois temas serão tratados, sucessivamente, nos tópicos seguintes. Aqui se cuidará da liberdade como um direito substantivo.

As liberdades públicas delimitam espaços da esfera individual insuscetíveis – em princípio e por princípio –, de invasão pelo Estado. (O constitucionalismo moderno, não sem controvérsia, tem admitido nesse rol situações subjetivas exercitáveis em face de particulares. Não se fará aqui o desvio para debater o tema). São as conquistas da humanidade na luta contra a tirania e o poder irresponsável.

No direito positivo brasileiro, a declaração das liberdades públicas se concentra no art. 5º da Constituição, em cujo *caput* se garante “aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à *liberdade*, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Ao longo dos múltiplos incisos estão expressas liberdades como a de locomoção (“XV – é livre a locomoção no território nacional...”), de expressão (IV – manifestação do pensamento; I – atividade intelectual, artística, científica e de comunicação; XIV – acesso e divulgação da informação), de consciência, crença e culto (“VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos...”), de reunião (“XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização...”), de associação (“XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”) e de trabalho (“XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”).

É bem de ver que a própria Constituição estabelece limites ao exercício de determinadas liberdades públicas, além de admitir sua disciplina em lei, desde que respeitados os balizamentos constitucionais e a razoabilidade de qualquer medida limitativa. Assim, por exemplo, o direito de informação terá de ser ponderado, conforme as circunstâncias, com o direito de privacidade.

Algumas liberdades econômicas sofrem limitações decorrentes da proteção ao trabalho e à economia popular. Uma assembléia pública poderá sujeitar-se, quanto ao local de sua realização, à conveniência da circulação de pessoas e de veículos e à própria segurança pública.

Impõe-se destacar que os últimos dez anos da vida política brasileira representaram o mais longo período de estabilidade institucional desde a República. Neste quadro, as liberdades públicas foram amplamente preservadas, quer no domínio da liberdade de expressão sem censura, como no da liberdade de organização partidária, sindical e associativa. Há uma evidente mudança de patamar no exercício das liberdades políticas, fato que não é banal nem desimportante, e merece ser celebrado. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

Tal avanço, por certo, não encobre a circunstância de que a exclusão social amplíssima confina o exercício pleno das liberdades públicas ao número limitado de pessoas que têm acesso ao consumo, à informação e à civilização em geral. Os homens necessitados – proclama de longa data a sabedoria política – não são livres.

3. Algumas Garantias Materiais do Direito à Liberdade

Além de assegurar o direito à liberdade em gênero e em espécie, a Constituição cercou-o ainda de certas proteções contra a atuação tanto do legislador como dos agentes públicos de execução das leis. São as garantias *materiais*, rubrica genérica sob a qual se agrupam normas de objeto variado mas finalidade semelhante. Dentre elas estão as regras limitadoras das espécies normativas que podem definir crimes, as que impedem a criminalização de certas condutas e as que limitam o poder do Estado na privação da liberdade do indivíduo. A análise que se segue é puramente ilustrativa.

O princípio genérico da legalidade, quando aplicado ao direito penal, converte-se no princípio específico da *reserva legal*, expresso no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Trata-se, indiscutivelmente, de reserva de lei *formal*, isto é,

ato emanado do Poder Legislativo, pelo que não se há de admitir tipificação de crime ou cominação de pena por medida provisória. De parte isto, a dignidade constitucional do direito de liberdade é incompatível com a precariedade da eficácia temporal de tais atos normativos oriundos do Executivo.

A Constituição interdita, ademais, a *prisão por dívida* (art. 5º, XLVII), “salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. O Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese de que a adesão do Brasil, em 1992, à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, de 21.11.69, impediria a prisão do depositário infiel, por não haver esta previsão naquele documento internacional. A mais alta Corte tem, também, e em linha de divergência com o Superior Tribunal de Justiça, admitindo a equiparação legal feita pela lei entre o alienante fiduciário e o depositário infiel, para o fim de admitir-se a prisão civil excepcional.

O direito de não se auto-incriminar vem consagrado, em redação aparentemente restritiva, no inciso LXIII do art. 5º: “o preso será informado de seus direitos, **entre os quais o de permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”. A jurisprudência tem estendido o alcance da cláusula para abrigar qualquer acusado, e não apenas o preso, havendo o Supremo Tribunal Federal considerado legítima, por exemplo, a recusa do indiciado em fornecer padrões de escrita para perícia grafotécnica.

A Constituição contém, ademais, ainda no art. 5º, um conjunto de preceitos restritivos do poder do Estado de proceder à prisão de pessoas, estabelecendo a presunção de inocência (“LVII – Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”), os casos de prisão legal (“LXI – Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”), o dever de relaxamento da prisão ilegal (“LXV – A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”) e a proibição da decretação de prisão quando a lei admitir a liberdade provisória (“LXVI – Ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir liberdade provisória, com ou sem fiança”).

São também importantes garantias materiais a *inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos* (art. 5º, LVI) e o *devido processo legal* (art. 5º, LIV), em sua dimensão substantiva, que impõe que qualquer interferência com um direito individual, e, notadamente, com o direito de liberdade, terá de ser informada pelo princípio da razoabilidade-proporcionalidade. A imunidade material de Deputados e Senadores (“Art. 53: Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos”) constituiu, igualmente, garantia à sua liberdade de atuação contra a perseguição política. (Note-se que os abusos, nesta matéria, têm se verificado no campo das garantias *processuais*, previstas nos parágrafos do mesmo artigo, notadamente na previsão de licença prévia da casa legislativa para instauração de processo criminal).

4. Garantias Constitucionais Processuais ao Direito de Liberdade. *Habeas Corpus* e *Mandado de Segurança*

A Constituição brasileira de 1988 dedicou um conjunto importante de normas ao direito processual e, dentro dele, especificamente ao processo penal. Fundada na teoria dualista clássica, abrigou, de um lado, o evidente interesse público na repressão ao crime (há um capítulo dedicado à segurança pública e ao papel das diferentes polícias – art. 144) e, de outro, o interesse do indivíduo de provar sua inocência. O réu – e mesmo o condenado – tem um conjunto de direitos a serem respeitados e caberá normalmente ao juiz tutelá-los. A justiça, também no campo penal, é o produto dialético do confronto entre partes antagônicas: a pretensão punitiva do Estado contra a pretensão de liberdade do réu, numa disputa em que poderes e direitos são delimitados constitucionalmente.

No direito anglo-saxão, o princípio do *devido processo legal* figura, desde época remota, como garantia das partes no processo, especialmente quando por seu intermédio atue uma pretensão punitiva. Fiel às suas origens romano-germânicas, o direito brasileiro, tanto no plano constitucional como legal, tradicionalmente fazia a enunciação analítica de determinadas garantias processuais, previstas em espécie, e não em cláusula genérica.

A Constituição de 1988, influenciada por uma multiplicidade de concepções jurídicas e por documentos constitucionais diversos, terminou por acolher as duas fórmulas normalmente excludentes. Previu, assim, no inciso LIV do art. 5.º de maneira ampla: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Em seguida, especificou, em normas autônomas, alguns dos significados evidentes do princípio, como, *e.g.*, o contraditório, a ampla defesa e o direito de recorrer, inscritos no art. 5.º, LV. A este propósito, embora não haja consenso nem cláusula explícita, parece-me de melhor inspiração o entendimento de que, ao menos no processo penal, decorre do sistema constitucional a garantia do duplo grau de jurisdição – com pleno efeito devolutivo – implícita no princípio geral e na regra específica do direito de recorrer.

São expressos, igualmente, o princípio do juiz natural (art. 5.º, XXXVII e LIII), a indispensabilidade do advogado (art. 133), a assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 5.º, LXXIV), dentre outros. Por óbvio, têm importantes repercussões processuais as garantias anteriormente arroladas como materiais, em relação à reserva legal, provas ilícitas, prisão por dívida, privilégio contra a auto-incriminação e restrições à prisão, dentre outras.

Ensina a doutrina processual clássica que as liberdades seriam vãs se não pudessem ser defendidas em juízo. Por tal razão, todos os ordenamentos jurídicos prevêm mecanismos jurisdicionais para sua proteção. No caso brasileiro, há duas ações constitucionais que, sem prejuízo da existência de outros remédios infra-constitucionais, destinam-se ou prestam-se à tutela específica e expedita dos direitos individuais: o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

O Habeas Corpus

Originário do direito inglês, abrigado no Código Criminal do Império e constitucionalizado com a Carta republicana de 1891, o *habeas corpus* tem sido o mais expedito e eficaz instituto de defesa da liberdade individual de locomoção. Aliás, na vigência da Constituição de 1891, a chamada *doutrina brasileira do habeas corpus* deu-lhe o alcance de tutelar qualquer direito afetado por abuso de poder ou ilegalidade, até o advento da revisão constitucional restritiva de 1926. Na Constituição em vigor ele vem previsto no inciso LXVIII do art. 5.º: “conceder-se-á

habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”.

A finalidade do remédio constitucional é fazer cessar um constrangimento ilegal, ou sua ameaça, à liberdade de locomoção de alguém, pelo que o *habeas corpus* poderá ser liberatório ou preventivo. A proteção é ampla e inclui o direito de ir e vir, permanecer, não ser preso arbitrariamente etc.. Mas não inclui situações desvinculadas da liberdade de locomoção, tendo sido reconhecida como incabível nos casos de pena exclusiva de multa, assim como no processo de *impeachment*, cuja sanção não é de índole penal, mas político-administrativa.

O *habeas corpus* é uma verdadeira ação e pode ser impetrado por qualquer pessoa física ou jurídica, e pelo Ministério Público. Não se exige capacidade postulatória, isto é, não é obrigatória a atuação de advogado, podendo os juízes e tribunais competentes expedir, de ofício, ordem de *habeas corpus* se verificarem a coação ilegal. De regra, o impetrado será uma autoridade pública, havendo, todavia, decisões de tribunais admitindo, excepcionalmente, o constrangimento partido de particular. A decisão concessiva da ordem determina a cessação da coação, com a soltura do paciente (ou a expedição de salvo-conduto na hipótese de medida preventiva).

O Mandado de Segurança

O mandado de segurança é uma criação tipicamente brasileira, com inspiração no *juicio de amparo* do direito mexicano. Na redação do inciso LXIX do art. 5.º, tem a seguinte configuração: “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”. A Lei 1.533, de 31.12.1951 concentra a disciplina legal do instituto.

Trata-se de uma ação civil de rito sumário especial, destinada a tutelar *direito líquido e certo*, que é aquele cuja existência não seja passível de controvérsia séria e cuja extensão já esteja delimitada. Sua demonstração, assim, prescinde de prova ou esta já deverá estar pré-constituída. A medida é cabível contra qualquer ilegalidade ou

abuso de poder praticado por autoridade pública ou agente delegado, sendo valioso instrumento de tutela das liberdades constitucionais – salvo a de locomoção –, quando a violação seja inequívoca. O prazo legal de impetração é de cento e vinte dias a contar do ato impugnado e a sentença tem natureza mandamental, importando o descumprimento em crime de desobediência.

IV. Conclusão

Em 1980, o tema central da VIII Conferência Nacional da OAB, realizada em Manaus, era *Liberdade*, um bem jurídico ainda escasso no ocaso do regime militar. Naquela ocasião, ao tratar de matéria idêntica à que é objeto da apresentação que me foi solicitada, o advogado Sérgio Bermudes, em tese intitulada *A tutela jurisdicional da liberdade*, denunciava que a ilegitimidade da ordem jurídica então vigente e a falta de garantias da magistratura comprometiam a disciplina e a proteção judicial da liberdade. A *Declaração de Manaus*, divulgada ao final do evento, condenava (i) os artifícios para suprimir eleições; (ii) a insegurança coletiva trazida pela doutrina de segurança nacional e (iii) o repúdio pelo regime ao essencial princípio democrático da alternância no poder.

Só a cegueira do radicalismo absoluto poderia desmerecer a longa travessia dos últimos vinte anos, na passagem de uma duradoura ditadura militar para um Estado democrático de direito. Para um regime de liberdade. Assim como somente a cegueira da insensibilidade social poderia deixar de reconhecer que a falta de um projeto generoso e abrangente de país reduz as liberdades públicas a um privilégio de poucos, com o difuso despojamento das maiorias, oprimidas por suas circunstâncias de subsistência.

Assentadas estas premissas, é possível concluir o relato aqui empreendido com as seguintes proposições objetivas:

1. A ordem jurídica tutela aspectos objetivos da liberdade. Nada obstante, o desfrute pleno desse direito pressupõe tomada de consciência e acesso aos valores mínimos da civilização, da cidadania e do consumo.

2. O ordenamento jurídico brasileiro, constitucional e infraconstitucional, provê um conjunto de garantias materiais, processuais e de ações judiciais apto a tutelar eficazmente o direito à liberdade. Não obstante, persistem disfunções graves, como o abuso das medidas provisórias e a variedade de circunstâncias sociais e instrumentais que dificultam o acesso à justiça.

3. Os últimos onze anos, correspondentes à vigência da Constituição de 1988, testemunharam uma inegável elevação de patamar no tratamento das liberdades públicas no país, tendo como regra seu respeito espontâneo e existindo mecanismos eficazes de tutela, nos casos de violação. Em um país marcado pelo golpismo desde os primórdios da República, a Carta foi capaz de absorver, sem traumas na legalidade, conflitos eleitorais e políticos que, em outros termos, teriam trazido abalos e mesmo rupturas.

4. As liberdades públicas, duramente conquistadas ao longo de uma acidentada trajetória institucional, tornaram-se um conjunto de bens e valores que, embora disponíveis, não são amplamente acessíveis. As aterradoras estatísticas da desigualdade social não têm mudado, de forma substancial, quer as políticas quer a convivência da sociedade com a privação em geral. Em meio a tudo mais, também a liberdade é distribuída de forma injusta no país.

Notas

1. Trabalho apresentado na XVII Conferência Nacional dos Advogados, realizada no Rio de Janeiro, agosto-setembro de 1999, no painel *A Efetividade dos Direitos Fundamentais*.
2. Marilena Chauí, *Convite à filosofia*, 1999, pp. 357 e ss. A sistematização do tema feita pela autora serviu de fio condutor das idéias expostas neste parágrafo e no anterior.

IX

A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E OS BLOQUEIOS DA CLASSE DOMINANTE

.....

PAULO BONAVIDES

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Presidente Emérito do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional; Doutor Honoris Causa pela Universidade de Lisboa.

Um povo sem pão, sem terra e sem fraternidade; uma sociedade sem justiça, sem pátria e sem família, eis aí a extrema privação de valores, acompanhada da suprema negação de princípios, configurando o perfil silencioso de uma ditadura constitucional que desampara as instituições, posterga a tradição federativa e republicana, infelicita a Nação, flagela o universo social e corrompe, com o apoio das elites reacionárias e dos corpos privilegiados, um sistema de poder do qual a Nação se acha materialmente despossada.

O governo perdeu a consciência da nacionalidade, da soberania e da constituição.

Ao invés da república livre, justa e solidária do art. 3º da Carta Magna, instaurou-se, pois, a opressão do suserano que na presidência governa com medidas provisórias, leis injustas e atos inconstitucionais. O País está fadado a ser nesse regime uma organização de súditos e vassalos e não um povo de homens livres e cidadãos honrados. Mas o povo saberá resistir. Vós sois esta resistência e feris o bom combate. Sem a vossa determinação de luta, a república já teria perecido.

Disse Lincoln que democracia é o governo do povo, para o povo, pelo povo. Dessa máxima lapidar infere-se que o povo é sujeito ativo e passivo de todo esse processo mediante o qual se governam as sociedades livres.

Infere-se também que a participação ocupa aí um lugar decisivo na formulação do conceito de Democracia, em que avulta, por conseguinte, o povo; povo participante, povo na militância

partidária, povo no proselitismo, povo nas urnas, povo elemento ativo e passivo de todo o processo político, povo, enfim, no poder.

Eis descrita genericamente a essência da democracia abraçada com a dinâmica do movimento e da ação, ou materializada em aspectos que presumem já sua manifestação concreta ou objetiva posto que em dimensão fugaz de contornos ainda por definir na esfera conceitual.

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses.

Aqui se levanta questão de capital importância que gira ao redor da determinação do conceito de povo, sede da soberania e, ao mesmo passo, sujeito e objeto das determinações de poder; pessoa jurídica suprema, em cujo nome, nos sistemas de soberania popular, se rege uma nação.

Há algum tempo evidenciamos a conveniência de tratar a noção de povo por três vias dimensionais possíveis: os conceitos político, jurídico e sociológico; no primeiro, acentua-se a participação; no segundo, a cidadania vinculada a uma determinada ordem jurídica; no terceiro, os laços étnicos e culturais que formam a consciência nacional e consentem em equiparar o conceito de povo ao de nação. Em razão de seu teor mais

abrangente, genérico e específico, é de assinalar que a preferência recaia no conceito jurídico de povo.

Duas perguntas são cabíveis, todavia, para dar mais certeza, ênfase e precisão ao entendimento dessa dicção fundamental, tão atropelada de equívocos, atravessada de passionalismos, cortada de erros e abusos. A primeira – Que é o povo? – formulada desde Rousseau e Kelsen, e a segunda – Quem é o povo? – aperfeiçoada em concretude e levantada no Brasil por Friedrich Mueller, insigne filósofo do Direito, antigo catedrático na Universidade de Heidelberg, que a fez objeto de um ensaio primoroso, onde ele cuida haver suscitado a questão fundamental da Democracia.¹ As duas perguntas são quase idênticas, porém suscetíveis de sutil distinção, conforme adiante veremos.

A primeira – Que é o povo? vimos formulada no Brasil por Afonso Arinos, em artigo estampado no “Jornal do Brasil”, edição de 22 de agosto de 1963. Ali, o jurista invocava a Constituição por dizer esta que todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.

E escreveu o publicista mineiro: “Vejam os que isto quer dizer. *Em primeiro lugar, o que é o povo?* (grifo nosso). Os constitucionalistas não hesitam. Povo, no sentido jurídico, não é o mesmo que população no sentido demográfico. Povo é aquela parte da população capaz de participar, através de eleições, do processo democrático, dentro de um sistema variável de limitações, que depende de cada país e de cada época.”

As limitações são exclusões impostas por lei e, como em certos sistemas, os militares, as mulheres, os analfabetos, se acham privados de participação, teriam eles, por esse conceito, a nacionalidade, mas não fariam parte do povo, ao passo que o estrangeiro passaria eventualmente a fazê-lo se a lei acaso lhe desse o direito de acesso à urna! Demais disso, países que não adotassem o sistema democrático não teriam povo. Um absurdo!

A mesma pergunta Kelsen a fez, dando-lhe porém resposta bem superior. Em sua célebre monografia intitulada “Vom Wesen und Wert der Demokratie”, escrita nos tempos de Weimar, Kelsen, depois de aludir a uma distinção entre democracia como idéia e democracia como realidade, escreve:

“Democracia significa identidade de governantes e governados, de sujeito e objeto do poder, significa império do povo sobre o povo. Todavia, o que é este “povo”? (grifo nosso). Pressuposto fundamental da democracia é que uma pluralidade de seres humanos forme nela uma unidade. Para isso é o “povo”, como unidade, tão essencial que não é apenas objeto senão algo mais, a saber, sujeito do poder. Pelo menos na esfera abstrata deve ser isto. Contudo, não há nada mais problemático para uma consideração dirigida à realidade do fato do que precisamente aquela unidade que aparece sob a designação de povo.”²

Essa unidade, em que o povo, segundo a versão kelseniana, figura como sujeito e objeto, não compreende todavia as categorias ou grupos sociais porventura enfeixados ou caracterizados por seus contrastes de feição econômica, religiosa ou étnica, nem tampouco a solidariedade de interesses qual “concordância do pensamento, sentimento e vontade” (“als Uebereinstimmung des Denkens, Fuehlens und Wollens”).

Com efeito, formada por uma substância material e cultural, histórica e valorativa, ética e jurídica, o povo é a nação, a consciência de um destino, a força de uma solidariedade, o laço de uma comunhão fraterna, a manifestação de uma vontade aglutinadora. Mas este seria o povo dos sociólogos e não o povo dos juristas.

O povo, enquanto estado ou fato jurídico, Kelsen o reduz tão-somente àquela unidade da ordem jurídica estatal que regula o procedimento de entes humanos submetidos a normas”.³

Compreendendo assim o povo mediante visão estritamente formalista, molecular, fragmentária e mecanicista, Kelsen o reduz a “um sistema de atos humanos isolados” (“ein System von einzelmenschlichen Akten”) que a ordem jurídica do Estado estabelece.

O homem desse povo não é o homem social, o homem total, físico, espiritual, moral, mas o homem excluído do todo, o homem jurídico, portanto unidimensional, visto pelo ângulo de sua sujeição ao dever ser, à norma, à regra de comportamento, o homem da “volonté de tous”; esta, sim, a vontade de todos, e não a vontade geral, é que faz a unidade do povo, determinando-lhe, portanto, a organização.

Tudo, por conseguinte, em oposição frontal ao homem da “volonté générale”, aquela em que o

homem do degrau inferior, entrando em sociedade, só é livre como povo, ou seja, quando ascende ao patamar da vontade geral e se aliena naquele organismo de soberania que é a sobredita vontade.

Ali o poder popular instala a sede de sua legitimidade. No mecanicismo, ponto de partida da tese contratualista de Rousseau, não há povo; no organicismo, ponto de chegada, sim.

O povo em Kelsen, ao contrário, é junção ou agregado de vontades; em Rousseau, uma só vontade, vontade geral, derivada indubitavelmente de uma concepção mecanicista em estado rudimentar, suscetível de padecer, a seguir, transmutação organicista em seu ponto terminal, a saber, na ocasião mesma em que se constitui por vontade nova e superior, subsistente em si mesma, não importa o grau de abstração nem o teor de realidade inerente ao processo de mudança que a fez surgir.

Já um terceiro conceito de povo, desenvolvido nas reflexões de Mueller, guarda, ao revés daquele puramente formal de Kelsen, um teor de pluralidade e concretude, posto que o seu ponto de partida, perpassado de pessimismo, reside ainda no domínio da metáfora, do símbolo, da alegoria. Mas tão somente como crítica ao povo ícone, algo que não foi posto por ele; de conseguinte, já encontrado e deformado pelos desvios de sua manipulação política, obviamente executada pelos poderes estabelecidos em proveito da classe dominante.

Na seqüência de tão admirável análise, movida por inteiro de um senso crítico da realidade, desfilam outras acepções com que o consagrado Mestre busca caracterizar “povo”. Todavia, povo ativo, como instância global de atribuição de legitimidade, e destinatário de prestações civilizatórias do Estado até chegar ao que nos parece o termo de um profundo desdobramento conceitual: povo conceito de combate, já na região da positividade da democracia.

O povo conceito de combate deixa, porém, em nosso espírito algumas dúvidas. Vamos intentar elucidá-las nas subseqüentes cogitações.

Afigura-se-nos que esse conceito Mueller o concebe por artigo de luta com que neutralizar o mau uso, o freqüente abuso, em suma, a distorciva instrumentalização da imagem carismática do

povo-ícone pelos poderes instituídos e privilegiados que governam a sociedade.

No caso do Brasil, as “ditaduras constitucionais” e sua classe legislativa servil fazem do povo de Rousseau e da Revolução Francesa uma quimera semântica, uma coluna de sustentação conservadora.

A elite hegemônica desfruta o poder sempre em proveito próprio fazendo do povo-ícone a base moral do *statu quo* e da legitimação. É o que a história, o passado, a tradição de duzentos anos de continuísmo social da burguesia e das cartas constitucionais atraçoadas nos certificam.

Desvendada, porém, a hipocrisia da classe dominante, nem por isso se deve rejeitar o conceito de povo-ícone ou riscá-lo de nosso vocabulário; o povo-ícone é o povo do contrato social e da “*volonté générale*” de Rousseau, da Revolução Americana e da Revolução Francesa, sem dúvida a mais importante máquina de guerra do pensamento político; povo equiparado à nação ou desta desvinculado no derradeiro período da convulsão francesa, inspirando, legitimando e escrevendo nas constituintes as primeiras Declarações de Direitos incorporadas a textos constitucionais.

Fez ele essa folha de serviços à democracia, e os que defendem a causa progressista não se podem desfazer daquela imagem como uma impostura ou um engodo, apenas em razão de haver sido utilizada como tal, em determinados sistemas. Com efeito, o absolutismo, desde sua adesão à monarquia constitucional, adquiriu outra fachada, e sem abjurar por inteiro o passado, coroou a cabeça de seus reis com nova fórmula de dominação palatável aos antigos súditos, reprimidos na resistência e depois conciliados nas outorgas do trono, que os elevou ao patamar da cidadania e os fez “povo soberano”.

À verdade, era mais título de condecoração ou indulgência lingüística desse povo soberano, sem fiel correspondência de poder e sem tradução na realidade. Guarnecia tão somente os preâmbulos das Cartas outorgadas e suas declarações programáticas de direitos; direitos aliás civis e políticos da primeira geração, cautelosa e preventivamente rodeados de limitações e atribuídos a um círculo deveras apertado de cidadãos da monarquia. Ou seja, do povo já domesticado, refreado, contido e

neutralizado em seus ímpetus revolucionários e responsável da queda, derrubada e exílio de tantas dinastias do *ancién régime*.

A gramática do poder e a prosa dos publicistas fizeram a expressão povo tomar, pois, desde a sua introdução no vocabulário político, o sentido de ícone, ponto de exclamação, interjeição, efígie, mito, dogma, ficção; divindade invocada para sacralizar a força do braço revolucionário nas tormentas que açoitam instituições, varrem privilégios e alteram profundamente a fisionomia e organização da sociedade.

Esse povo tão difícil de definir e tão fácil de conjecturar na importância constituinte de sua titularidade soberana, marca de nosso tempo, pode todavia ser decifrado em seu teor mais significativo, se o ligarmos, como já se fez, ao âmbito daquelas duas interrogações, das quais uma foi detidamente examinada nas respostas de Afonso Arinos e Hans Kelsen, as quais de maneira direta ou indireta se vinculam de certo modo às reflexões filosóficas contidas no contrato social e na “*volonté générale*” de Rousseau.

Que é o povo? Quem é o povo?, tornamos a interrogar. São estas inquirições substanciais de formulação indispensável em todo ensaio acerca da democracia participativa, porque apontam, de necessidade, para a definição prévia do objeto e do sujeito incorporados naquela direção ou naquele substantivo.

A primeira indagação não se desata de um certo teor objetivo, como se nos interessasse primeiro o povo na sua passividade, na sua obediência, na sua qualidade de poder que se legítima por obra e graça de sua essência popular mesma.

A indagação se dirige mais ao objeto, um tanto estático, pensado na imobilidade, no repouso, na inércia e só assim nos levando a descobrir-lhe depois a unidade, a forma, a impressão, o perfil.

Tocante à segunda indagação formulada por F. Mueller, ela é mais direta, imediata, concreta, dinâmica, como se personificasse um ser vivo, palpável, inconfundível na ação e no movimento, portanto algo que nos põe em comunicação com um sujeito ativo, concretamente à vista, observável nas energias de sua vontade e mensurável na presença sensível de seu poder e

grandeza. A indagação surpreende porque tem a força de um ultimato à razão e à inteligência para que não troquem a realidade pelo ícone, o qual ontem alojava o pensamento da liberdade moderna nas comoções revolucionárias do terceiro estado e hoje, posto no altar da fé conservadora, serve de legitimar, nas invocações da hipocrisia, o *statu quo* das ditaduras constitucionais e os interesses da classe dominante.

A interrogação, muito feliz e determinativa, arreda, pois, o povo da abstração e do mito e o investiga já na dimensão de sua eficácia participativa: o povo conduzido à esfera da realidade e da concretude, reduzido ao denominador comum mínimo da veracidade de sua participação, tão pouca, tão minada, tão sabotada, tão pervertida no processo político contemporâneo.

A pergunta, conforme o entendimento que Mueller inculca na resposta, bateu diretamente na questão fundamental da democracia. Ao tratá-la, como ele o fez, é possível dissipar ao redor da noção de povo espessa nuvem de ambigüidades e equívocos que só favorecem os governantes e as elites reacionárias, perpetuadoras de privilégios e geradoras de ilusões participativas. Tocante à democracia mesma ela se atrasa porque não pode caminhar no lamaçal do egoísmo e da corrupção.

O povo é paradoxalmente nas leis, no discurso do poder, nos atos executivos, na política desnacionalizadora, nas privatizações irresponsáveis e nos canais da mídia, um dos bloqueios à democracia de liberação.

Bem demonstrou Mueller que este povo entre aspas valeu de espora legitimante à política dos interesses conservadores mais adversos à concretização democrática das instituições.

Nunca esquecer, todavia, que a reação e os conservadores mais obstinados do passado, ao pugnam pelas instituições do privilégio, escreveram também, antes da deposição das armas e da assinatura do armistício ideológico, uma vasta literatura política de profanação, resistência e combate ao povo como ícone, contemplando, nessa feroz crítica, um objetivo de todo oposto ao de Mueller. Mas, logo percebendo a inutilidade da objurgatória e os rumos contrários da revolução, se decidiram a perverter-lhe o uso, e imprimiram com os lucros auferidos nessa reversão crítica uma nota de grade suspeição em torno daquele

conceito, que ontem buscavam desacreditar, e hoje, encarando o prestígio e a sedução do mito, cortejam, por garantir posições hegemônicas, das quais não querem levantar mão. E aí, o que subjaz na crítica de Mueller é de todo o ponto procedente e irretorquível.

Visto, pois, por esse aspecto, principalmente pela averiguação feita no campo fático contemporâneo, é que o povo como ícone se condena à crítica e ao argumento daquele pensador, devendo seu emprego pelas elites conservadoras ser tenazmente desmascarado e combatido.

Com efeito, erguido o pressuposto fundamental de todo sistema democrático de poder que é o “povo”, tomado e considerado já por tantos ângulos, faz-se mister, contudo, assinalar que na última feição examinada – a do povo enquanto ícone – entra ele, conforme já se pode inferir, na categoria dos bloqueios que vamos relatar, e que solapam, no perímetro das resistências ocultas e dissimuladas, o advento do poder democrático, o poder real e efetivo do povo concreto, vivo e palpável. São bloqueios todos eles imperativos e confiscatórios do exercício legítimo da vontade popular, que é manipulada, escamoteada e ultrajada.

Ocorrem tais bloqueios significativamente dentro e fora das Constituições, dentro e fora dos Três Poderes tradicionais, encastelados também na sociedade e na organização do Estado e da economia.

Não importa tanto o lugar onde ocorrem; importa sim o dano que ocasionam ao povo e o embargo que opõem à democracia participativa, retardando-lhe o avanço, desmantelando-lhe a estratégia de expansão, diminuindo-lhe o grau de eficácia.

Tudo, em última análise, por obra de usufrutuários do poder, indiferentes ao bem comum, à ética no exercício das magistraturas executivas, à conservação dos valores superiores que fundamentam o sistema constitucional.

Democracia, ao nosso ver, é processo de participação dos governantes na formação da vontade governativa; participação que se alarga e dilata na direção certa de um fim todavia inatingível; a identificação de governantes e governados, meta utópica que traz à memória a

imagem amortecida de Rousseau configurada na hipótese da democracia como governo de deuses.

Contudo, há certa forma de democracia que se acerca bastante dessa identidade, da extrema perfeição, da legitimidade absoluta, da visão de um povo que se governa por si mesmo, coisa que Rousseau disse jamais se haveria de ver, e da restauração do modelo ateniense, sonho e utopia gravados no coração e na fé de todos os democratas. Hoje, todavia, já se começa a vislumbrar a possibilidade de fazê-la vingar nos anais do terceiro milênio, abraçada com os processos tecnológicos que impulsionam a libertação do pensamento político e a alforria de seus meios de expressão.

A democracia direta do voto no computador caracteriza o crepúsculo da intermediação, peculiar à democracia indireta do voto na urna. O futuro iminente revoga o passado abolindo a técnica de bloqueio mais difícil de afastar.

Descortina-se assim a idade nova da democracia direta, democracia do século XXI, democracia direta da quarta geração, coroando na linha histórica um processo que leva o povo das regiões metafísicas do contrato social à sede das constituintes investidas na soberania popular.

Isto aconteceu depois que os órgãos do privilégio caíram e as castas feudais se desagregaram e, ardendo nas chamas da revolução ou sendo decapitadas na guilhotina, desapareceram por obra do desforço das multidões oprimidas e sublevadas.

Chegou-se enfim à idade contemporânea com a democracia cumprindo assim lenta e dificultosa peregrinação de dois séculos, assinalada de avanços e recuos, de triunfos e reveses, eclipses e irradiações de luz, mortes e ressurreições.

A democracia aponta invariavelmente em todas as épocas para uma progressão participativa e emancipatória que avança com lentidão, mas em grau e qualidade que surpreende.

Vejamos, a seguir, assim na doutrina como na praxis, que bloqueios ou empecos retardam, dificultam ou paralisam a marcha democrática para o futuro.

Concretizar a democracia é, num certo sentido, em termos de fazê-la eficaz, remover esses bloqueios, desobstruir caminhos de participação, afastar obstáculos que lhe foram erguidos ou lhe são levantados com frequência para estancar-lhe a correnteza das idéias. Busca-se interromper um processo, tolhendo o curso à navegação popular rumo ao exercício do poder legítimo e democrático.

Basta deitarmos uma vista panorâmica sobre o curso da idéia democrática e sua institucionalização desde as regiões do poder estabelecido. E logo verificaremos a essência dessa verdade: não se chega a um grau razoável de governo consensual sem a consideração da verdade histórica – que é histórica e também contemporânea – dos inumeráveis óbices já afastados, a que outros porém sucederam em manifestações impressentidas singulares, abatendo até mesmo nas sociedades menos vulneráveis, a força e o ritmo de introdução do princípio democrático, exposto, de último, a fraturas mais e mais graves e frequentes.

O descompasso, a desproporção, o fosso porém, entre a idéia e a realidade da democracia, são tão grandes nos países em desenvolvimento que ali, por um paradoxo, os professores de ciência política e ciência constitucional já postulam, com suas fórmulas teóricas em sede objetiva, o advento dos direitos de quarta geração. Seriam estes entre outros o direito à democracia, cuja dimensão universalizadora nos faz atribuir sua respectiva titularidade ao gênero humano. Transcende-se assim a natureza legitimante do indivíduo, do grupo ou da coletividade nacional (um povo para colocá-la na razão concreta da humanidade). Esta compõe o pedestal supremo de um valor jurídico posto em quarta dimensão. A verdade fática nos ensina, todavia, que nos sobreditos países – e este é também o caso do Brasil – a democracia, enquanto forma participativa, quase naufragada, ainda permanece direito da primeira geração ou forma de governo em estado rudimentar, rodeada de escolhos, de transgressões, distante, muito distante, por conseguinte, de lograr na contextura social a concreção das expectativas políticas e jurídicas do regime.

A participação deu princípio à democracia na categoria tradicional e clássica dos chamados direitos fundamentais da primeira geração.

Percorreu a seguir lenta evolução pelo

caminho da subjetividade. Direito da primeira geração, a democracia se concretizava aí apenas no domínio individual e na dimensão subjetiva.

Seu titular, por conseguinte, é o indivíduo, o cidadão, o sujeito, enquanto membro ou partícipe de um processo onde a democracia não alcançava ainda a vertente principal da positividade, que aufere depois nas Constituições quando se reconhece que os princípios são mais direito do que idéia ou norma programática.

Do ponto de vista qualitativo, ao assumir, porém, a dimensão objetiva, o direito fundamental à democracia varia de titularidade axiológica e se traslada do cidadão para o gênero humano.

A politização da espécie assim personificada o fez eixo referencial de toda a dignidade participativa, convertida doravante em instrumento universal de libertação, mas instrumento que se deseja efetivo, concreto e não abstrato; a um tempo, ação e palavra, verdade e dogma, valor e fato, teoria e praxis, idéia e realidade, razão e concreção.

Afigura-se-nos que a verdadeira substância política da democracia participativa deve incorporar-se ao direito constitucional positivo sob a designação de democracia direta, mas esta expressão não corresponde com extremo rigor ao símile grego da antiguidade clássica, porquanto o modelo nela contido, extraído de fórmula mista consideravelmente atenuada, mantém no seu receituário político de organização e função, elementos representativos remanescentes e subsidiários, sem embargo de haver deslocado já o eixo da soberania, em bases funcionais, dos corpos intermediários do Estado – as casas legislativas e os órgãos executivos – para a sede da autoridade moral, centralizadora e suprema, que é o povo *desbloqueado* no exercício direito e vital de suas prerrogativas de soberania.

Tal modelo de democracia participativa direta conserva, ainda, a aparência de uma forma mista, típica das chamadas democracias semi-representativas ou semi-diretas, bastante conhecidas da nomenclatura política pós-Weimar, mas com esta diferença capital: seu centro de gravidade, sua mola chave em todas as ocasiões decisivas, é a vontade popular, é o povo soberano. A parte direta da democracia é máxima, ao passo que a parte representativa será mínima; uma primária ou de primeiro grau, a outra secundária ou de segundo grau. Poder-se-ia até dizer, em

termos matemáticos, num cálculo de aproximação, que a democracia participativa direta é noventa por cento mais direta que representativa.

Enquanto isto, a democracia do sistema constitucional brasileiro se mostra na essência o reverso, em virtude da execução que se lhe tem dado por obra do bloqueio representativo quase total, que obscurece, usurpa e invalida o teor de democracia direta constante dos arts. 1º e 14 da Carta Magna de 1988.

Esteve esse bloqueio prestes a converter-se numa inconstitucionalidade material no caso específico da reserva de lei do art. 14, até que, enfim, o Congresso Nacional sanou a omissão, legislando frouxa e brandamente sobre as técnicas plebiscitárias instituídas pelos constituintes.

Somos uma democracia bloqueada, uma democracia mutilada, uma democracia sem povo; o que, aliás, é singular contradição de forma e substância porquanto se suprime aí o passivo das liberdades e dos direitos humanos.

Nossa fragilidade tocante ao Estado democrático se faz tamanha que não logrou o País concretizar sequer, num razoável grau de abrangência social e positividade, os direitos fundamentais da primeira dimensão, do *status negativus*, posto que, noutra esfera, conforme dantes assinalamos, a publicística de nossos pensadores já teoriza direitos que sobem ao patamar da quarta geração.

Se houve copiosos e admiráveis adiantamentos no círculo dos direitos fundamentais da segunda geração – aqueles que compreendem os direitos sociais e as conquistas obtidas no campo da batalha social em três épocas constitucionais (1934, 1946 e 1988), o retrocesso neoliberal, em sua aventura reacionária de aniquilamento de tais direitos, os colocou debaixo da gravíssima ameaça de supressão com o bloqueio desnacionalizante levado a cabo pelas reformas governistas, que são designadamente artigo prioritário do pacto de vassalagem e recolonização firmado no Consenso de Washington.

O bloqueio executivo da democracia está em curso em todo o País conduzido numa velocidade sem paralelo nas ditaduras e com a força e o efeito aniquilador de um petardo que viesse espedaçar instituições e inaugurar a tenebrosa confusão, aliás já criada no

ordenamento jurídico por um governo que se veste das cores da Constituição, mas que, em verdade, é a anticonstituição, a antidemocracia, o antigoverno; enfim, a negação dos postulados e valores pelos quais em nossa história cimentamos cerca de dois séculos de constitucionalismo ao longo do I Império e da República.

Sendo de todos os bloqueios, o mais feio e o mais nefasto, o bloqueio executivo se faz palpável pela destruição do ordenamento constitucional e pelo desrespeito aos tribunais e descumprimento freqüente de medidas judiciais, bem como por uma hipertrofia de leis de exceção, via medidas provisórias, que ferem o princípio da legalidade, usurpam competência legislativa do Congresso, pospõem requisitos constitucionais de urgência e relevância na expedição das sobreditas medidas. De último, o bloqueio recrudescer com uma pleora de propostas de emendas constitucionais inspiradas nos bastidores do Planalto, em número de 5. Uma vez aprovadas, derrubariam frontalmente a Constituição, corrompendo o processo de emenda constitucional, liquidando com a rigidez do § 2º do art. 60, desfigurando e aniquilando o poder constituinte derivado, promovendo intervenções plebiscitárias, determinando e promulgando revisões constitucionais intempestivas.

As miniconstituintes, culminando o desastre, arrasariam a face já contraída da democracia direta, tropeadamente esboçada com a lei regulativa da aplicação dos institutos populares do art. 14 da Carta Magna.

A par do bloqueio executivo, concorre o bloqueio judiciário da democracia retratado na incapacidade e omissão que se observa de fazer o Supremo Tribunal Federal funcionar como Corte Constitucional e assim desempenhar em toda a latitude das expectativas sociais e judiciais o papel de guarda da Constituição. Por conseqüência, faz-se mister resgatar um múnus desatendido e imposto pelo constitucionalismo contemporâneo e sua hermenêutica de princípios, que é a hermenêutica da legitimidade e da constitucionalidade material, hermenêutica dos direitos fundamentais pluridimensionais, com prevalência normativa de valores, do quilate daqueles estampados na dignidade da pessoa humana, e na inviolabilidade da soberania, em face de políticas de governo lesivas aos interesses da nação.

Sem embeber-se em tais fontes, sem fazer

uso da hermenêutica de princípios, não há como retirar aquela Corte do olimpo de sua indiferença à crise constituinte, por onde a democracia, o Estado de Direito e a separação de poderes se oxidam na essência e na base de suas instituições.

Dando seqüência às reflexões antecedentes, verifica-se que outro bloqueio judiciário precisa também de ser removido: aquele das resistências oficiais à criação de um tribunal constitucional propriamente dito; um tribunal específico que fizesse o povo sentir de perto quanto lhe seria valiosa uma judicatura suscetível de arrostar, sem cautelas excessivamente inibitórias, o problema constitucional já hoje incontornável da politicidade do Direto.

Abrir-se-ia por essa via um espaço efetivo de controle de constitucionalidade das ações governamentais que transgridem o princípio da soberania, os arts. 1º e 3º da Lei Maior, solapando o interesse público do País e atentando contra a moral, a honra e a dignidade de um povo. Tal aconteceu no caso dos Acordos sigilosos do Fundo Monetário Internacional e das privatizações de 1998, que desnacionalizaram a economia brasileira e não deram ao povo ocasião de plebiscitá-las a fim de fazê-las senão legítimas ao menos admissíveis. Faz-se mister, por conseguinte, desbloquear os arts. 1º e 3º da Lei Maior, sem os quais não há democracia nem república nem federação.

Ao lado do povo-ícone na sua forma de efígie da vontade popular manipulada e que serve apenas para manter o sistema de dominação, a estrutura representativa do regime se converteu, também, por mais paradoxal e singular que pareça essa assertiva, num dos mais poderosos bloqueios à instalação de uma democracia direta.

Desde muito o argumento da perfeição e legitimidade dos institutos de representação fora impugnado e combatido por Rousseau, o autor mais festejado das teses do contrato social.

Radical propugnador da democracia direta, teorizou ele a superioridade desse modelo nas páginas brilhantes, ricas e inspiradas de sua monumental obra de pensador político.

Mas Rousseau, tão extremado que era, recuou de sua posição de rigidez e, ao escrever as “Considerações sobre o Governo da Polônia”, contemporizou com as formas representativas do Estado moderno.

A realidade havia derrotado o filósofo. Mas a sua objeção era indestrutível e imortal. Seu triunfo ficou adiado. Não importa que ele houvesse feito ressalva à democracia direta nos grandes Estados. O progresso, indo além dessa ressalva, acabou, de último, por removê-la fazendo exequível o sonho que fora utopia. Já o dissemos, em outro lugar, com o elogio da informática.

Mas havia algo, em termos de bloqueio, que Rousseau não tinha previsto.

Se a representação consistira numa alienação, muito mais grave ela se tornou quando, segundo a praxis do regime, as oligarquias representativas fizeram do povo-ícone, do povo-objeto, a justificação, a licitude, a escusa e o endosso de seus egoísmos contra o povo real, o povo legítimo, o povo titular efetivos da soberania usurpada pelas elites.

Nessa cadeia de reflexões, a visão pessimista e cética dos publicistas de nosso século acerca da impossibilidade de introdução da democracia direta por forma de governo do Estado moderno, aparece também nítida em juristas do quilate de Kelsen, que não atinavam com outra saída para a crise do sistema representativo senão na democracia parlamentar.

A outra modalidade de democracia, ou seja – a direta – afigurava-se-lhe impossível por duas razões fundamentais: a primeira residia na extensão do Estado moderno e a segunda na multiplicidade de tarefas atribuídas ao Estado.⁴

Quer louvassem, quer condenassem a fórmula representativa, os juristas da velha escola liberal tinham por parecer comum a sua inevitabilidade. Nisso todos estavam acordes. Era a cononização de um bloqueio definitivo.

Mas, se o autor da Teoria Pura do Direito vivesse ainda neste século, com certeza teria reformado já seu juízo, doravante insubsistente, em razão dos incomensuráveis progressos tecnológicos alcançados na idade da informática. Com efeito, a utilização das máquinas eletrônicas de sufrágio invalidam *tecnicamente* o argumento daquele jurista e doutros que pensavam igual a ele e faziam idêntico reparo. De tal sorte a objeção se desvanece, que o bloqueio à democracia direta, pela suposta natureza das coisas, no caso, a natureza mesma do estado de democracia

representativa, já desapareceu de todo; é um anacronismo no transcurso do milênio.

Resta examinar, perfunctoriamente, outra forma de bloqueio à democracia direta, de muito mais gravidade impeditiva e profundidade que o que acabamos de avaliar.

Com efeito, trata-se aqui da *mídia*, esta, sim, a caixa preta da democracia, que precisa de ser aberta e examinada para percebermos quantos instrumentos ocultos, sob o pálio legitimante e intangível da liberdade de expressão, lá se colocam e utilizam para degradar a vontade popular, subtrair-lhe a eficácia de seu título de soberania, coagir a sociedade e o povo, inocular venenos sutis na consciência do cidadão, construir falsas lideranças com propaganda enganosa e ambígua, reprimir e sabotar com a indiferença e o silêncio dos meios de divulgação, tornados inacessíveis, a voz dos dissidentes e seu diálogo com a sociedade, manipular, sem limites e sem escrúpulos, a informação, numa aliança com o poder que transcende as raias da ética e tolher, enfim, a criação de uma opinião pública, livre e legítima, consciente e oxigenada pelos valores da justiça e da liberdade.

Se o bloqueio já é perverso, executado por brasileiros, breve se fará insuportável, comandado por agentes estrangeiros de recolonização.

Os legisladores do governo vassalo introduziram no Congresso projeto de lei que consente a participação da fazenda externa nas empresas da mídia brasileira, derradeiro capítulo no livro de traição nacional que o neoliberalismo escreve debaixo das vistas curtas e resignadas de um povo silencioso. Quando os invasores consumarem o domínio ou monopólio da mídia, restarão tão-somente ruínas daquilo que foi a identidade nacional, perdida na voragem da recolonização.

A democracia é palavra. E a palavra, associada à verdade, é veículo de pensamento que tem vida, poder e expressão.

Associada, porém, ao embuste e à mentira, passa a ser um bloqueio. Assim tem acontecido com a palavra democracia, enquanto narcótico da classe dominante.

Tomada por imagem da cidadania, e propugnada com virtude e lealdade, a democracia de participação guardará sempre a pureza de suas linhas mestras e conceituais, e pela correção de seus traços, não há de pertencer nunca àquele fascículo de palavras vãs que não formam idéias nem conceitos, por serem de todo estéreis e vazias.

Mas formam ícones da elite exploradora que tolhe a restituição da democracia à verdade original da fórmula grega em que o “*demos*” é a vocação do povo para lograr a autodeterminação de seus destinos.

Eis aí, por conseguinte, em grossas pinceladas, o retrato dos bloqueios de uma democracia que vai a pique nas águas turvas do projeto globalizador e neoliberal da recolonização.

Conjurando contra a Constituição e o regime, o governo do neoliberalismo cria um Estado vassalo, uma feitoria colonial, uma sociedade de servos do capital, sem memória de seu passado de lutas pela cidadania, quando foi povo e nação e hoje é tão somente esse cadáver que a ideologia dos globalizadores embalsamou, depois de inocular-lhes a peçonha da morte e da destruição.

Mas o cadáver há de ressuscitar!

Notas

1. Friedrich Mueller, “Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia”, Prefácio de Fábio Comparato, Tradução de Peter Naumann, Edição original em português, São Paulo: Max Limonad, 1998.
2. “Demokratie bedeutet Identität von Führer und geführten, von Subjekt und Objekt der Herrschaft, bedeutet Herrschaft des Volkes. Allein was ist dieses Volk? Dass eine Vielheit von Menschen in ihm zu einer Einheit sich gestalte, scheint eine Grundvoraussetzung der Demokratie zu sein. Für diese ist das Volk als Einheit um so wesentlicher, als es hier nicht nur, ja nicht so sehr Objekt als vielmehr Subjekt der Herrschaft ist oder doch der Idee nach sein soll. Und doch ist für eine auf die Wirklichkeit des Geschehens gerichtete Betrachtung nichts problematischer als gerade jene Einheit, die unter dem Namen des Volkes auftritt”. (Hans Kelsen, “Vom Wesen und Wert der Demokratie”, Zweite Auflage, Tübingen, 1929, pp. 14/15).
3. (“Die Einheit der das Verhalten der normenunterworfenen Menschen regelnden staatlichen Rechtsordnung”. (Kelsen, op. cit, p. 15).
4. (“Denn nur in der unmittelbare Demokratie, die mit Rücksicht auf die Größe des modernen Staates und die Vielfältigkeit seiner Aufgaben keine möglich politische Form mehr darstellt (...)”, in Kelsen, op. cit. p. 24).

PARTE II

X

ÉTICA, DERECHO Y DERECHO INTERNACIONAL

.....

HÉCTOR GROS ESPIELL

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad del Uruguay; Ex Secretario General del Organismo para la Proscripción de las Armas Nucleares en la América Latina y el Caribe (OPANAL); Ex Juez del Tribunal Administrativo de la OIT; Ex Director del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Ex Ministro de las Relaciones Exteriores del Uruguay.

1) La cuestión de la relación entre la Ética y el Derecho constituye uno de los temas tradicionales de la Filosofía del Derecho, de la Teoría Jurídica y de la Ciencia Política.

Es un asunto que hunde sus raíces en el origen mismo del pensamiento sobre los grandes problemas de la convivencia y de la relación entre el individuo y la comunidad política, entre el ser humano y el Estado y sobre el orden en el seno del cual se ha de desarrollar la vida individual y colectiva.

La presencia constante de este tema en la reflexión filosófica, política y jurídica, a través de toda la historia del pensamiento, en todos los momentos, muestra su carácter ineludible y determinante.

Naturalmente, el planteamiento de la cuestión sufrió un cambio fundamental a partir del momento en que la cultura occidental se impuso a la secularización del Derecho, en especial luego del siglo XVI. Pero la reflexión sobre el tema, con un enfoque distinto se encontraba, en cierta forma, tanto en los juristas romanos, como en los pensadores medioevales y en sus continuadores hasta el momento en que el Derecho perdió su esencia y su naturaleza religiosa, aunque sin que esto significara su autonomía total y absoluta frente a las pautas religiosas.

El tema de la relación, la compenetración, la autonomía y el condicionamiento recíproco entre la Ética y el Derecho es fundamental en la historia del pensamiento occidental. Pero no puede pretenderse que sus enfoques hayan sido ni sean universales. La secularización del Derecho, por ejemplo, no se produjo simultáneamente o de igual forma en todas las culturas – con situaciones políticas y religiosas

diferentes – ni es hoy un extremo absolutamente universal y mundialmente aceptado.

Pese a esto, el tema de la relación de la relación entre la Ética y el Derecho, en un mundo en el que se asiste a un acentuado proceso de globalización, está presente hoy, con creciente generalidad y con renovada fuerza, en toda la Humanidad. Y debe estarlo, y es ineludible volver a reflexionar sobre él, ante las situaciones que vivimos, frente a lo que la Ética es hoy y ante lo que el Derecho es en nuestros días, aún teniendo plena conciencia de la relatividad de afirmaciones, que no pueden ser válidas necesariamente para todas las épocas, en todos los tiempos y en la generalidad de las culturas que coexisten en el mundo actual.

2) Esta reflexión tiene particular interés hoy en lo que respecta al Derecho Internacional y a la Política Internacional.

En efecto, las características especiales del Derecho Internacional, – el hecho de ser un Derecho que, a pesar de su carácter indudablemente jurídico, no posee aún un verdadero sistema centralizado de sanción –, pese a que el principio de la sanción ya ha aparecido y comienza a desarrollarse y que la opinión pública internacional empieza a jugar un papel crítico que presenta algunos aspectos análogos a los de la sanción *strictu sensu*, – que no nace del mandato de una autoridad gubernamental, como es el caso del Derecho Interno, y que la que es todavía su principal fuente, la convencional, es la consecuencia de la concordancia de voluntades estatales –, hacen que el papel que la Ética tiene que jugar en el Derecho de Gentes deba ser de primordial importancia.

Sin la Ética el Derecho Internacional podría caer en el amoralismo voluntarista nacido del poder de los Estados.

Y sin Ética, la Política Internacional se transformaría en el juego y en el choque, parcialmente condicionado, sin embargo por el Derecho de Gentes, de los intereses contrapuestos de los Estados miembros de la Comunidad Internacional.

De tal modo la Ética ha de ser hoy un elemento indispensable para que el Derecho Internacional tenga un contenido adecuado a las exigencias actuales y para que la Política Internacional pueda ser un instrumento de paz, de desarrollo y de solidaridad universal y no sólo un elemento de la acción externa de cada Estado, nutrido únicamente de los intereses específicos y propios de esos Estados.

3) Hablar hoy de la Ética y el Derecho no es un mero ejercicio retórico. No constituye, no puede constituir, la repetición actualizada de lo que al respecto se ha dicho en el pasado.

Es, por el contrario, una exigencia, una necesidad especialmente derivada de la realidad actual. Es un presupuesto a todo intento de respuesta a las incertidumbres e inseguridades de hoy. Incertidumbres e inseguridades, pese a sus caracteres individualizantes, análogas a los que en tantas otras ocasiones han atormentado y esperanzado a la humanidad y que han generado siempre la reflexión sobre el fundamento, las formas y los medios que el orden social ha de adoptar y utilizar para ser justo y eficaz.

4) ¿Por qué la persistencia de la reflexión sobre el tema de la Ética y el Derecho? ¿Dónde está la razón de la búsqueda constante de un fundamento del orden jurídico que más allá de su legitimidad formal, más allá del reconocimiento del carácter ineludible de su existencia, en toda sociedad nacional o transnacional, trate de hallar el basamento y la razón final del Derecho en otro orden normativo, el moral o ético? ¿Por qué los momentos en que se ha afirmado la autonomía total del orden jurídico y su origen exclusivamente voluntarista, sin límites ni condicionamientos metajurídicos, han sido breves y han estado seguidos siempre por un retorno a la afirmación del ineludible fundamento ético del Derecho y de la relación entrañable y necesaria, entre el orden jurídico y el orden moral? ¿Por qué la autonomía y la separación de la Política y el Derecho de la Moral y de la Ética, nunca se han

podido sostener en forma definitiva?

Son estas preguntas que hay que responder hoy en función de la realidad actual, de la realidad de este fin del siglo XX, coincidente con el fin del segundo milenio de nuestra era.

Las respuestas a ellas darían materia para un tratado.

Pero, en la impuesta brevedad de este artículo, es preciso señalar que más allá de contestaciones fundadas en concepciones religiosas ideológicas o teóricas, es indudable que esa búsqueda de un fundamento metajurídico al Derecho responde a la conciencia profunda, individual y colectiva, que el Derecho – en su ineludible existencia – es insuficiente, sin embargo, para regular toda la vida humana, que el hombre no es sólo un *homo juridicus*, y que la persona tiene necesidad de la Ética para buscar en ella un fundamento al Universo jurídico y para reglar acciones, abstenciones y pensamientos no cubiertos por la normativa fundada en el Derecho.

El ámbito cubierto por la Moral y el Derecho no es invariable y estático. Cambia con las épocas y las regiones, según las distintas civilizaciones, tradiciones y religiones. Estos cambios se traducen, mirados desde la óptica jurídica, en diferentes espacios cubiertos por la normativa jurídica, distintos histórica y geográficamente.

Hoy, en nuestro mundo, quizás como consecuencia del cuestionamiento de muchos valores, del debilitamiento de la seguridad jurídica y de la crisis del Estado – perforado por los fenómenos de la interdependencia y de la integración, minado por la acción de factores internos y la concurrencia de poderosísimas fuerzas económicas financieras transnacionales – se ha acentuado la angustia vital que obliga a recurrir a la Ética para tratar de encontrar un fundamento, un sentido y un objetivo al Derecho.

5) Es imposible entrar ahora al análisis detallado de como la cuestión de la relación de la Ética con el Derecho ha sido encarada en la historia del pensamiento jurídico y político. La cuestión no está ausente del pensamiento de todas las grandes figuras que han marcado, a través de la historia, la reflexión sobre el

Derecho. Puede decirse que, siempre, en el pensamiento político y jurídico, de una manera expresa o implícita, se encuentra el tema de la relación entre estos dos órdenes normativos: el moral y el jurídico, de sus caracteres respectivos, de sus límites y de sus fundamentos.

6) La distinción y la enumeración de las diferencias entre la Moral y Derecho han sido objeto de interminables disquisiciones teóricas. No tiene sentido enunciar todos los criterios expuestos al respecto en el decurso de los siglos.

En realidad, en una infinita variedad de matices, la mayoría de los criterios encaran dos elementos distintivos: la exterioridad de la norma jurídica, destinada a regular conductas o abstenciones humanas, frente a la interioridad subjetiva de la norma moral y el carácter coactivo de la norma jurídica, con el elemento tipificante de la sanción emanada del poder político y la ausencia de coacción y de sanción externa, de naturaleza jurídica, en la norma moral.

Pero estos criterios diferenciales requieren, para evitar errores y confusiones, de necesarias precisiones y explicaciones.

En cuanto a la exterioridad del Derecho y la interioridad de la Moral.

Este criterio diferencial reposa en una idea cierta, pero no presenta ni resuelve de manera adecuada y completa la cuestión. No es verdad que el Derecho no tome en cuenta la interioridad subjetiva, los motivos o los fines. Es cierto que el Derecho regula actos, que, por propia definición, son acciones o abstenciones, es decir, que tienen un carácter externo. Pero no se desentiende, ni puede desentenderse, porque sería un Derecho incompleto e injusto, de las motivaciones, de las intenciones, de las razones y de los fines de los actos o de las abstenciones exteriorizadas en un comportamiento positivo (acto) o negativo (abstención). Esto es así no sólo en el Derecho Penal, sino también en el Derecho Civil y en el Procesal, tanto como en el Constitucional y como en el Administrativo. Esta necesaria consideración del elemento subjetivo del acto o de la abstención existe también en el Derecho Internacional.

La Moral no se refiere sólo a los pensamientos. No es únicamente interior al ser humano. La subjetividad es esencial en la Moral, pero la Moral califica también, éticamente, actos y abstenciones.

La existencia de juicios jurídicos y éticos sobre conductas – acciones o abstenciones – humanas, – aunque sean distintos el peso y la consideración del elemento subjetivo o interior en la Moral y en el Derecho –, es la mejor prueba de que hay una zona común, regulada tanto por la Ética como por el Derecho, referida a actos y abstenciones del ser humano.

Naturalmente, un acto o una abstención puede ser antijurídico pero moralmente aceptable y es posible que un acto inmoral, a la inversa, no sea jurídicamente ilícito. Esto demuestra que no coincide necesariamente el ámbito cubierto por las dos órdenes normativas. Pero, en cambio, y esto es lo que nos interesa destacar, hay actos simultáneamente ilícitos e inmorales y actos que no son ni inmorales para la Ética ni ilícitos para el Derecho, es decir, indiferentes para la Ética y para el Derecho. Otra prueba de la existencia de un espacio común y coincidente de la Moral y el Derecho y de un ámbito no cubierto ni por la Moral ni por el Derecho.

Por su materia, el ámbito del Derecho es más reducido que el de la Moral, que cubre un espacio que, en parte, se superpone al regulado por el Derecho, pero que, al ser más amplio, lo desborda.

En cuanto a la sanción. La sanción en el Derecho se ejerce por la coerción, es decir, como consecuencia del poder sancionador del Estado – o de otra comunidad política estatal o no – que lo posea. Es, en principio, el Estado el que ha tenido en el mundo moderno occidental el monopolio del uso legítimo de la fuerza. Pero se asiste hoy a un proceso que conduce a que otras formas políticas – como la Comunidad Internacional – pueden poseer esa legitimidad sancionadora para el uso de la fuerza.

La norma jurídica es así coercitiva, en el sentido que el poder del Estado castiga su violación y pone su fuerza al servicio del acatamiento y respeto de la norma emanada del Derecho.

La sanción moral es distinta. En el moderno Estado, democrático y laico, el poder estatal no sanciona la violación de la norma moral, salvo que el precepto moral esté recogido en la norma jurídica. La sanción moral es de carácter social difuso y eventualmente se dobla con la sanción religiosa.

La sanción jurídica puede ser objeto de un juicio moral. Por ejemplo, la pena de muerte, la tortura, los tratamientos inhumanos o degradantes, – sanciones jurídicas que aún existen en diversos países – son hoy, en general, pero no necesariamente, objeto de reprobación ética.

Pero, a la inversa, la sanción moral, puede ser objeto de un juicio crítico por el Derecho Positivo, como lo han sido en muchos momentos históricos, en diversos lugares, en especial en situaciones de acentuación del proceso de laicización del Estado y de conflicto entre ideas morales tradicionales aceptadas socialmente en un momento y nuevos criterios éticos en surgimiento o en vías de aceptación social.

7) La Moral se refiere sólo a seres humanos, a personas físicas, únicas dotadas de conciencia y voluntad.

El Derecho, en cambio, regula, juzga y sanciona actos o abstenciones de personas físicas y también jurídicas o morales, incluso del Estado y de otros sujetos de Derecho que lo son ante el Derecho Internacional.

Pero eso, pese a que el ámbito del Derecho, con respecto a la materia, es más reducido que el de la Moral, en cuanto a la extensión personal, es decir, en relación a los sujetos a los que se aplica, es más amplio que la Moral.

8) Otros criterios de distinción entre la norma jurídica y la norma moral se han expuesto por la doctrina. Tal es el caso de la bilateralidad de la norma jurídica, fuente de derechos con su contrapartida de obligaciones, frente a la pretendida unilateralidad de la norma moral. Pero este criterio, que tuvo su momento, es hoy muy discutible, ya que la norma moral genera – aunque de una manera distinta, también derechos y correlativos deberes.

9) La Moral puede tener un juicio crítico y negativo sobre el Derecho.

Muchos ejemplos podrían darse de casos en que la Moral, o mejor dicho, una moral determinada, conceptúa que una norma jurídica contraría un precepto moral.

Tal es la situación hoy, entre muchas que podrían citarse, de las normas jurídicas que en muchos países autorizan la interrupción voluntaria del embarazo, calificadas como violatorias de la moral por la jerarquía católica. Esta situación, de

evidente actualidad y que se refiere a casos citados reiteradamente, plantea asimismo el problema de si el creyente debe aceptar la norma moral-religiosa y dejar de lado el acatamiento de la norma jurídica, o viceversa, y cuales son las consecuencias jurídicas y éticas de la actitud que adopte. Fue también el caso, superado hoy en casi todo el mundo, de la oposición de la norma jurídica que, también en muchos países, autorizaba la disolución del matrimonio civil por el divorcio y el precepto religioso-moral que, basado en la afirmación de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, excluía toda posibilidad de divorcio, en su proyección sobre el matrimonio religioso y negaba toda validez al divorcio en cuanto al matrimonio civil.

10) A la inversa, el Derecho positivo del Estado puede no sólo contrariar la moral tradicional o predominante, sino, incluso, condenarla jurídicamente, sancionando su acatamiento.

Esta oposición puede ser – y lo ha sido en ocasiones – global, como ha ocurrido contemporáneamente en muchos Estados totalitarios, como, por ejemplo, en la Alemania nazi, en la China maoísta o en la Unión Soviética. Pero otros muchos casos análogos, históricamente acaecidos, podrían recordarse. Son casos de confrontación global del Derecho con criterios morales, generalmente fundados en ideas religiosas, que formaban parte del sentimiento colectivo tradicional. Pero, sin llegar a este tipo de oposición y confrontación, hoy es posible individualizar casos, en muchos Estados democráticos, de oposiciones puntuales y precisas. Una vez más el ejemplo de la interrupción voluntaria del embarazo puede traerse a colación.

11) Naturalmente, el Derecho, nacido y expresado en las diversas formas que resultan de sus diferentes fuentes, se manifiesta en una normativa precisa – especialmente clara cuando resulta de la fuente legislativa en el Derecho Interno o de la fuente convencional en el Derecho Internacional –, que varía según los distintos momentos históricos y los diversos Estados.

La Moral, en cambio, no tiene esta clara precisión en cuanto a su contenido y sus límites.

12) No es del caso de entrar, ahora y

aquí, a la debatida cuestión de si hay una Moral universal, invariable y, absoluta o si, en cambio, sólo existe una Ética relativa y en cierta forma cambiante y evolutiva que puede variar según los sucesivos momentos históricos y las diferentes culturas y civilizaciones. Confieso la tendencia historicista que predomina en mi pensamiento. Pero lo que importa es destacar que, cualquiera que sea la opinión que se tenga a este respecto, es evidente que el Derecho posee una certeza y una precisión que la Moral, – como consecuencia de la inexistencia en nuestra cultura, liberada de la confusión entre la Religión y el Derecho, de un legislador que codifique los preceptos éticos – no puede tener.

13) El juicio moral – y el contenido mismo de la Moral – por ser de carácter social, depende en definitiva de la apreciación de la conciencia humana individual y del que, para censurarlo o aprobarlo, tenga la conciencia colectiva.

El Derecho se impone desde fuera al ser humano. Emanada de un poder extremo que sanciona su violación. La Moral resulta de la conciencia del hombre. La imposición coactiva de un precepto moral le quitaría toda significación, porque el valor de la moral radica en que no es impuesta por ninguna autoridad, sino que su acatamiento nace de una decisión humana, emanada de la propia conciencia. Naturalmente esto no significa desconocer la presión social, la sanción difusa y la fuerza que el entorno puede ejercer sobre los individuos, en cuanto ese entorno puede ser la expresión de una moral social tradicional existente y viva en un determinado momento histórico y un lugar concreto.

14) Estas ideas sobre las diferencias, concordancias y oposiciones entre estos dos órdenes normativos: el moral o ético y el jurídico – y sin entrar a la cuestión de la distinción entre la Moral y la Ética –, muestra que la relación, la entrañable vinculación, entre el Derecho y la Ética es ineludible.

Lo ha sido siempre, en todos los momentos históricos y en todas las culturas, aunque con formas muy diversas y partiendo de criterios muy disímiles.

La constante y siempre presente necesidad que el hombre ha tenido que dar un fundamento metajurídico al Derecho – fundamento metajurídico que ha de ser ético – se manifiesta hoy, en nuestro mundo crítico de fines del segundo milenio, con fuerza evidente y con angustiosa presencia.

15) No hay que olvidar que múltiples conceptos utilizados en el Derecho positivo son conceptos morales, cuya acepción sólo puede ser dada por la Ética.

Esto es lo que ha llamado el reenvío por parte del Derecho a conceptos morales, que, en virtud de este recurso, pasan a integrar la normativa jurídica.

Algunos de estos reenvíos tienen carácter genérico y se refieren a instituciones del Derecho que se encuentran recogidas tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Interno.

La idea misma de Justicia – que impregna, da sentido, legitimidad y validez a todo el Derecho – es “una noción moral”.

16) Las reflexiones que anteceden están referidas casi en su totalidad a la relación entre la Ética y el Derecho Interno, a la relación entre el Estado y el ser humano y entre los individuos.

Pero los mismos principios –aplicables a una situación distinta - pueden aplicarse, con necesarios ajustes, a la Moral Internacional en su relación con el Derecho Internacional, situación en la que la cuestión radica en la conducta ética del Estado en su vinculación con otros Estados, con las organizaciones internacionales universales o regionales y con la Comunidad Internacional en su conjunto, que es una forma de denominar a la Humanidad en su más moderna y actual acepción.

El problema de la interioridad de la moral y la exterioridad del Derecho, se plantea en términos distintos, pero no antagónicos, cuando el sujeto es el ser humano y cuando lo es el Estado. Pero siempre la Ética, instrumento necesario del Derecho todo, juzgará, valorizándolas, las conductas estatales y sus motivaciones.

De igual modo, la cuestión de la sanción, en el Derecho Interno y en el Derecho Internacional, se plantea en términos diversos. Pero siempre habrá en la Ética Internacional una sanción moral cuando ello corresponda y esta sanción podrá tener efectos jurídicos y políticos, aunque no exista una sanción jurídica *strictu sensu*.

Por lo demás, el fenómeno cada día más acentuado del desdibujamiento de los límites entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional, la existencia de materias comunes y superpuestas (por ej., entre otros muchos: la cuestión de los derechos humanos, del medio ambiente etc.) y la presencia creciente del ser humano como sujeto de Derecho Internacional, muestran que las cuestiones sobre la relación entre la Ética y el Derecho no son ya – y cada vez lo serán menos – patrimonio exclusivo del Derecho Interno.

17) No hemos de enumerar, naturalmente, todos los conceptos morales de tipo general que han pasado a integrar la normativa jurídica. Pero puede ser útil dar algunos ejemplos de casos de particular importancia en el Derecho Internacional. Señalaremos tres: *pacta sunt servanda*, abuso del derecho y buena fe.

El principio fundamental del Derecho Internacional, *pacta sunt servanda*, es, en el fondo, una idea moral.

La idea de abuso del derecho sólo puede comprenderse recurriendo a criterios éticos.

Y en cuanto a la buena fe, ha tenido una recepción jurídica expresa en la Carta de las Naciones Unidas (art. 2º.2) y en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (art. 3º.c.).

18) Naturalmente, otros muchos ejemplos podrían citarse, de reenvío a conceptos morales en el Derecho Interno, no sólo en el Derecho Constitucional y Administrativo, sino también el Civil y el Penal y asimismo en el Derecho Procesal, ya que el proceso debe estar concebido por el deber de las partes de actuar éticamente.

19) En Derecho Internacional, además de estos reenvíos genéricos por la utilización en textos jurídicos de conceptos que sólo pueden ser entendidos con relación a la Moral, hay también otros muchos casos en que hay un reenvío expreso y específico a la moral en cuanto tal.

Daremos algunos muy pocos ejemplos.

La Carta de la Organización de Estados Americanos, en su Preámbulo, expresa que “la seguridad y la paz” han de estar fundadas “en el orden moral y en la justicia”.

De tal modo se afirma no sólo la necesaria convergencia “del Derecho y la Moral, la impuesta

coherencia de ambos órdenes normativos, sino que se da a la organización jurídica de la paz y la seguridad un fundamento moral, extremo imprescindible para que la paz no sea un concepto meramente negativo y para que, por el contrario, se sustente en una voluntad de justicia, condición para que aspire a ser permanente y adquiera su verdadero sentido.

Esta referencia al “orden moral”, en el Preámbulo de la Carta de la O.E.A., es especialmente significativa.

El art. 16 de la Carta de la O.E.A. dispone: “Cada Estado tiene el derecho de desenvolverse libre y espontáneamente su vida cultural y política. En este libre desenvolvimiento, debe respetar los derechos de la persona humana y los principios de la Moral universal.”

De tal modo el derecho soberano de cada Estado a organizarse libremente está limitado por los derechos de la persona humana, que deben siempre respetarse, – en base al principio de que el Estado está a servicio del hombre – y de la Moral universal, que impregna, da sentido y fundamento a todo el orden jurídico.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su Preámbulo, al referirse a los “deberes de orden jurídico”, dice que éstos “presuponen otros de orden moral que los apoyan conceptualmente y los fundamentan” (§ 3º), llegando a sostener que “el deber del hombre es acatar siempre la Moral y las buenas costumbres”(§ 5º).

Y el artículo XII contiene una expresa referencia a la Moral cuando expresa: “toda persona tiene derecho a la educación, la que debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas”.

En la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969), aunque de forma no explícita, se encuentra también este recurso a conceptos de naturaleza moral. No sólo por la referencia a la Declaración Americana (art. 29.a), sino por la utilización de fórmulas que implican conceptos morales.

La Declaración Universal no se refiere a la moral en su Preámbulo, pero sí a la Justicia – noción eminentemente moral – que está en la base de todo orden jurídico.

El art. 1º, al hacer del comportamiento “fraternal” una de las bases de la convivencia entre seres dotados de razón y conciencia, invoca una idea que, como la fraternidad, sólo puede comprenderse en el marco de la moral.

Y el art. 29, relativo a los límites posibles de los Derechos Humanos, afirma que estos límites sólo pueden ser establecidos “por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y bienestar general en una sociedad democrática”. De tal modo, en la Declaración Universal, el respeto de la moral es una de las “justas exigencias” que la ley puede tener en cuenta para limitar los Derechos Humanos de cada hombre, con la finalidad de asegurar el respeto de los derechos y libertades de los demás.

20) Hay una institución, – reconocida convencionalmente en el Derecho Internacional luego de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, con efectos de importancia determinante –, que es de raíz ética.

En efecto, el *jus cogens* reposa en la idea de la existencia de principios aceptados por la comunidad Internacional en su conjunto, que no pueden ser violados por el Derecho Internacional positivo so pena de nulidad.

Esta institución del *jus cogens* – radicalmente opuesta al voluntarismo positivista que caracterizó en el siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX al Derecho Internacional –, es, en esencia, una idea ética. Estos principios constitutivos del *jus cogens* – que evoluciona con la historia – nace de criterios morales y en sus diversas manifestaciones resultan esencialmente de la conciencia de la necesaria aceptación de la justicia como elemento fundamental de la convivencia interna e internacional.

El *jus cogens* es la proyección jurídica de los valores aceptados por la Humanidad. La comprensión de la importancia de la introducción de los valores en el Derecho, – elemento necesario para que el Derecho repose y se aplique en función de la justicia – tiene especial significación, por sus características propias y distintivas en el Derecho Internacional.

En la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho Internacional, realizada para conmemorar los 50 años de la Carta de San

Francisco, tuve el honor de ser relator del tema “La enseñanza del Derecho Internacional”. Durante el debate sobre esta cuestión, expresé:

“The question of the relationship between law and values was one he considered fundamental: values, including universal values such as justice or dignity, were the nucleus of law. Without them, law had no ethical content. The inclusion of the idea of *jus cogens* in the Vienna Convention on the Law of Treaties constituted precisely an input into law of the ethical and moral idea, which had just begun to be developed, but had, he believed, a great future in international law. He felt it was indispensable to include the question of values in the early stages of teaching, within the concept of international law. It was important to go beyond presenting a voluntarist, formalistic international law: hence the need to unite values with law”.

21) Se asiste hoy a una revalorización de la Ética. Todos los problemas son hoy estudiados y analizados teniendo en cuenta un enfoque ético.

Pero este cambio no ha significado un mejoramiento de las conductas éticas individuales o colectivas.

La valoración y la conciencia de la necesidad de la vigencia de la Ética no han impedido ni disminuido su violación reiterada y generalizada. Es ésta una de las trágicas y grandes contradicciones del mundo actual

El divorcio entre el deber ético y el ser ético, – paralelo y análogo, aunque no igual al divorcio entre el deber y el ser en el ámbito jurídico –, constituye una de las características del mundo actual.

22) La generalidad, la globalidad del ámbito de aplicación de la Ética, es consustancial con la idea, con el concepto mismo de la Moral.

La Ética puede ser considerada hoy como una necesaria emanación de la dignidad humana, de la dignidad de todos los seres humanos, sin ninguna discriminación ni exclusión.

Cubre la conducta individual, en cuanto ética personal, pero, también, en cuanto ética

colectiva, las conductas plurales y sociales. Por eso, por ejemplo, la política no es ajena a la Ética y no puede concebirse la acción política, interna e internacional, sin su ajuste a los dictados de la Ética, a los valores que incluye, a las conductas que impone y a los objetivos que preconiza.

23) La generalidad necesaria de la Ética obliga a no excluir de la misma ningún ámbito del hacer humano.

Es cierto que la Ética colectiva, la Ética política, es esencialmente una Ética de la responsabilidad, que obliga además a considerar otros valores, en función de objetivos ligados a la convivencia pacífica y armónica, a la reconciliación y al bien común general en la sociedad que hoy debe ser necesariamente democrática y pluralista.

Esta Ética de la responsabilidad no es contradictoria con la Ética de la convicción, que ha de predominar en la Ética individual.

Ética de la convicción y Ética de la responsabilidad no son términos opuestos. No constituyen una opción excluyente. Son dos formas armonizables y utilizables conjuntamente en la búsqueda de la aplicación de la Ética en la vida del mundo en el que vivimos.

Esta proyección general de la Ética, ineludible hoy, refuerza y reafirma su relación con el Derecho y vigoriza la necesaria convicción de que un Derecho inmoral es un sistema normativo que carece de legitimidad.

24) Pero, además, en lo que se refiere particularmente al Derecho, han surgido nuevas materias y nuevas actividades que necesariamente han de ser cubiertas hoy por el Derecho, tanto del Interno como del Internacional, que acentúan el necesario enfoque ético.

Tales son los casos, entre otros, de la Biodiversidad y de la Biología Genética.

Los progresos de las ciencias biológicas, de la tecnología y los espectaculares descubrimientos y adelantos en la genética, han cambiado elementos esenciales en la materia y abierto perspectivas impensables ayer, en sus aspectos negativos, aunque hay otros altamente positivos, que pueden conducir a resultados aberrantes para el ser humano, su individualidad, su dignidad y sus derechos.

La Bioética es una respuesta actual a este nuevo horizonte de la Biología. Y la perspectiva ética con la que hoy se encara la genética humana y en especial lo referente a la protección y defensa del genoma humano, en relación con la dignidad y los derechos de la persona, es la mejor demostración de esto.

Hoy, – tanto la regulación jurídica interna de la cuestión, como la aún embrionaria consideración del tema por el Derecho Internacional –, está imbuida de un necesario contenido ético.

25) No es posible referirse en los días que vivimos a la Ética y el Derecho, sin destacar el papel que juega hoy la Unesco, Organismo especializado de las Naciones Unidas, en la revalorización del valor ético de la vida, en todas sus manifestaciones individuales y colectivas.

Al basar la Paz en la “solidaridad intelectual y moral de la humanidad” y al afirmar que “puesto que las guerras nacen en la mente de los hombres es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz”, la Constitución de la Unesco ha centrado su competencia, – que cubre el ámbito extensísimo y abierto de la educación, la ciencia y la cultura, con sus proyecciones ilimitadas –, en el actuar humano, que debe fundarse en la Moral.

Este papel central que en la Unesco tiene la Ética, atribuido en forma expresa por su Constitución – lo que constituye un caso único en el sistema de Las Naciones Unidas – no ha quedado sólo como una referencia jurídica.

Ha nutrido y nutre su acción. Especialmente el actual Director General, don Federico Mayor Zaragoza, con sentido de la realidad, pero también con idealismo creador, le ha atribuido a la Ética un papel fundamental en los trabajos y actividades de la Unesco. La creación del Comité Internacional de Bioética, la forma de encarar la diplomacia preventiva y las acciones humanitarias – expresión del Derecho a la Asistencia humanitaria, que la Organización ha definido y precisado –, la consolidación de la paz para evitar que el frágil cese de la lucha sea sólo el prólogo de un nuevo conflicto bélico y la creación ya encarada de un Comité Internacional de Ética, son algunos

ejemplos de esta tan plausible actividad internacional.

26) En un mundo en crisis, corroído por las incertidumbres y los temores que se ciernen en este fin de milenio, dominado por un adelanto científico y tecnológico, que no ha podido traducirse en una vida mejor para toda la especie humana, – y es por ello que ésta cuestiona hoy la idea misma del

progreso –, cuando subsisten la violencia, el hambre, la ignorancia y el odio, en un marco de vida muchas veces discriminatorio e injusto, sólo la Ética, – fundamento necesario del orden jurídico –, puede dar a cada persona y a toda la humanidad sin perjuicio de la diversidad de culturas, de religiones y de tradiciones –, la fuerza necesaria para confiar en el futuro, atravesando las sombras que nos entornan.

Bibliografía

- ARENDDT, Hannah. *Considérations Morales*. Paris, 1996.
- ARIAS BARBE, Oscar. *Introducción al Derecho*. Montevideo, 1949.
- BADIOU, Alain. *L'Éthique, Essai sur la Conscience du Mal*. Paris, 1993.
- BATIFFOL, Henry. *La Philosophie du Droit*. Paris: PUF, 1993.
- BATIFFOL, Henry. *Aspects Philosophiques du Droit International Privé*. Paris: Dalloz, 1956.
- BERGSON, Henry. *Les Deux Sources de la Morale et de la Religion*. París: Oeuvres, 1970.
- CARNELUTTI, G.. *Teoría General del Derecho*. Madrid, 1941.
- CASTILLO, del Luis. *Ética y Política*. Prisma, Revista de la Universidad Católica. Montevideo, 1996.
- CHANGEUX, Jean Pierre (sous la direction de). *Fondements Naturels de L'Éthique*. Paris, 1993.
- COUTURE, Eduardo J.. Oralidad y Regla Moral en el Proceso Civil; en *Estudios*, tomo 3. Montevideo.
- COVIELLO, N.. *Doctrina General del Derecho Civil*. México, 1935.
- DABIN, Jean. *Droit. Théorie et Philosophie: Comparaison entre le Droit et la Morale*, Encyclopédie Universalis. Vol. 7. Paris, 1993, p. 692.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lezioni di Filosofia del Diritto*. Milano, 1976.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *El homo y la Insuficiencia del Derecho como Norma de Vida*. México: Editorial Jus.
- DEL VECCHIO, Giorgio. Unitá fondamentale dell'Etica nelle forme della Morale e del Diritto, en *Nueva Silloge de Temi Giuridice e Filosofici*. Torino, 1963.
- DU PASQUIER, Claude. *Introduction a la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit*. Neuchatel, 1948.
- DROIT, Morale, Moeurs. *Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de la Sociologie Juridique*. Paris, 1936.
- FERNÁNDEZ MORA, José y COHEN, Priscilla. *Ética Aplicada*. Madrid: Alianza Editorial, 1994.
- FULLER. *The Morality of Law*. 1964.
- GARZÓN VALDEZ, Ernesto. *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Introducción al Derecho*. México, 1949.
- GARCÍA MAYNES, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. México, 1983.
- GELSI BIDART, Adolfo. *Moral para Abogados*. Cuadernos de la Facultad de Derecho. Montevideo.
- GROMPONE, Romeo. *Introducción al Derecho*. Montevideo, 1952.
- GROS ESPIELL, Héctor. Biodiversidad: Ética y Derecho, en *Un Homenaje a Don César Sepúlveda*. Escritos Jurídicos, México: UNAM, 1995.
- GROS ESPIELL, Héctor. Derecho, Vida y Realidad, en *Dos Lecciones Inaugurales*. Montevideo: Ministerio de Relaciones Exteriores, 1990 y Montevideo: Universidad Católica, Facultad de Derecho, 1995.
- GROS ESPIELL, Héctor. *Democracia y Reconciliación*, conferencia en la Universidad de Salamanca, en *Diplomacia en Acción*. Montevideo, 1992.

- GROS ESPIELL, Héctor. La Enseñanza del Derecho Internacional y los Recientes Cambios en las Relaciones Internacionales, en *El Derecho Internacional como Lenguaje de las Relaciones Internacionales*. Naciones Unidas, 1996.
- JEAN PAUL II. *Lettre Encyclique "Veritatis Splendor" sur quelques questions fondamentales de l'enseignement moral de l'Eglise*. 6 aout 1993.
- JIMÉNEZ DE ARECHAGA, Eduardo. *Introducción al Derecho*. Montevideo, 1983.
- KRAUSS, H.. *La Morale Internationale*, Académie de Droit International, Recueil des Cours, Vol. 16. La Haye, 1927.
- LLAMBIAS DE AZEVEDO, Juan. *Estética y Aporética del Derecho, Prolegómenos a la Filosofía del Derecho*. Montevideo.
- LLAMBIAS DE AZEVEDO, Juan. *El Sentido del Derecho para la Vida Humana*. Montevideo.
- PAPAUX, Alain et Wyler, Eric. *L'Éthique du Droit International*, Que sais-je? Paris, 1997.
- PERELMAN, CH.. *Droit, Morale et Philosophie*. 1969.
- PESCATORE, P.. *Introduction a la Science du Droit*. Luxembourg, 1960.
- POLITIS, N.. *La Morale Internationale*. Neuchatel, 1943.
- RALDRUCH, G.. *Filosofía del Derecho*. Madrid, 1944.
- REALE, M.. *Filosofia do Direito*. São Paulo, 1962.
- RECASENS SICHES, Luis. *Vida Humana, Sociedad y Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- RIPERT, G.. *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*. Paris, 1949.
- SANTI ROMANO. Diritto e Morale, en *Frammenti di un Dizionario Giurídico*. Milano 1947.
- VAZ FERREIRA, Eduardo. *Introducción al Derecho*. Montevideo, 1948.
- VAZ FERREIRA, Carlos. Moral para Intelectuales, en *Obras Completas*, Tomo III. Montevideo: Edición Cámara de Representantes, 1957.
- VILLEY, M.. *Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1984-1986.
- VIRALLY, M.. *La Pensée Juridique*. Paris, 1960.
- VESCOVI, Enrique. *Introducción al Derecho*. Montevideo, 1995.
- VESCOVI, Enrique. *La Regla Moral en el Proceso Civil*. Montevideo, 1959.
- WEBER, Max. *La Política como Vocación*.

XI

CUESTIONES DE “TIPICIDAD Y EXIGIBILIDAD” EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: SOBRE LOS PARÁMETROS PARA LA DEFINICIÓN DEL UMBRAL DE CIUDADANÍA

.....

JAIME ORDÓÑEZ

Director de la Cátedra de Teoría del Estado y Profesor Titular de la Universidad de Costa Rica; Profesor del Doctorado en Derechos Humanos y Derecho Público de la Universidad Carlos III de Madrid y la Universidad Autónoma de Centroamérica; Profesor Invitado de Tulane University y el Center for Latin American Studies, University of Maryland; Consultor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo).

Nota del Autor

La presente comunicación sintetiza dos esfuerzos conceptuales y técnicos. Por un lado, desarrolla algunos extremos de los resultados del Proyecto denominado “La igualdad de los modernos”, en el cual el autor tuvo el honor de participar, bajo la Dirección del Dr. Antonio A. Cançado Trindade, como parte del grupo de especialistas designado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) para el desarrollo de un estudio sobre el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Asimismo, retoma algunas investigaciones realizadas dentro del CES (Centro de Estudios Estratégicos) durante 1997 y 1998 en relación al eje temático tipicidad-exigibilidad desarrollado con motivo de la investigación conjunta de A. Torrealba Navas y el suscrito, dentro del marco del Proyecto sobre reforma del estado y descentralización. Esta comunicación retoma algunos de los hallazgos y desarrollos teóricos producidos por ambas investigaciones, de lo cual se deja constancia en las citas y créditos respectivos. Adicionalmente, busca hacer una propuesta integradora de los distintos elementos teóricos y prácticos para iluminar las relaciones entre indicadores fácticos y tipicidad y justiciabilidad jurídica, como un eje

obligatorio para avanzar en la vigencia de los derechos humanos económicos, sociales y culturales, así como en la construcción del llamado “paradigma de ciudadanía” en la región.

1. Premisas Fácticas y Teóricas

La reevaluación del llamado gasto o *inversión social* y de su impacto en el ámbito del desarrollo económico y del crecimiento ha vuelto a ocupar una parte central de la agenda de trabajo no sólo de los bancos multilaterales, agencias de cooperación y organismos regionales sino, además, de los propios países y sus gobiernos desde inicios de 1990 hasta la fecha.¹ Después de los grandes esfuerzos de los proyectos de ajuste estructural (PAE) en los que se vieron implicados la mayoría de las economías nacionales latinoamericanas durante la década de los 80 con el objeto de sanear sus déficits fiscales, detener la escala inflacionaria, racionalizar su gasto público, redimensionar el tamaño del Estado y reestructurar sus economías, el fin de ese complejo período arrojó resultados dispares. Por un lado, ciertamente se logró una mayor racionalidad del tamaño y eficacia de la función estatal en la mayoría de los países, lo cual se ha visto reflejado en los indicadores de gestión pública de la última década. Este hecho estuvo

acompañado, además (y por razones más generales y amplias a ese específico fenómeno), de una fuerte ola de democratización política que ayudó a afianzar las instituciones de la democracia representativa en la mayoría del Continente.

La cara negativa de ese proceso fue, sin embargo, una fuerte recesión económica, marcada por una violenta disminución de la calidad de vida y del ingreso de los ciudadanos y un aumento generalizado de la pobreza, hechos que generaron aún mayor exclusión social en la región. La década de los ochenta – como se ha dicho tantas veces – fue gananciosa en lo político pero de un enorme retroceso en el campo social. Podría decirse que la llamada **frontera de ciudadanía** se vio reducida, toda vez del empobrecimiento de las clases medias y del ensanchamiento de los llamados grupos de exclusión social.^{2/3}

Por su parte, la década del 90 demostró – y como respuesta a ese período – que la vía para reactivar el crecimiento (no únicamente macro-económico sino, también, el llamado crecimiento o desarrollo social) implicaba además un necesario reposicionamiento del rol del Estado como socio – y no como antagonista – de la sociedad civil y del propio mercado.⁴ La experiencia de varios países del Primer Mundo con experiencias económicas y sociales exitosas demostró que el crecimiento del mercado estaba ligado a una suerte de racionalidad política y económica – a una fijación de las reglas del juego – que sólo el Estado es capaz de asegurar. Por lo demás, la recurrencia exitosa en varias experiencias de los últimos 40 o 50 años de la aplicación del axioma keynesiano, según el cual el fortalecimiento de las clases medias garantiza el crecimiento del mercado (en virtud de la relación entre demanda o capacidad de compra y oferta) arrojó luces sobre la importancia de la función reguladora y propulsora del Estado para el lanzamiento económico. Los casos de Uruguay, Costa Rica, Chile y Argentina – y de sus modelos de desarrollo no sólo desde el punto de vista de la sostenibilidad económica sino, además, de la sostenibilidad y el desarrollo social tal y como demuestran los últimos informes de Desarrollo Humano del PNUD – sirven como ejemplo para sustentar esta hipótesis.

Este argumento central da lugar para que en los últimos años renazca en América Latina la consideración de la función estatal (y de la prestación de sus servicios básicos en materia de seguridad social, así como de entidad reguladora y propulsora del libre juego del mercado) como un AGENTE básico para el fortalecimiento democrático de la región y su desarrollo económico y social.

En ese contexto, la presente comunicación busca parte de un nuevo paradigma sustantivo y metodológico para medir la integración social y la participación democrática: el llamado UMBRAL DE CIUDADANÍA, esto es, un indicador que permita medir los **niveles de inclusión social**, mediante la evaluación del disfrute de una serie de valores y derechos por parte los habitantes de la sociedad.

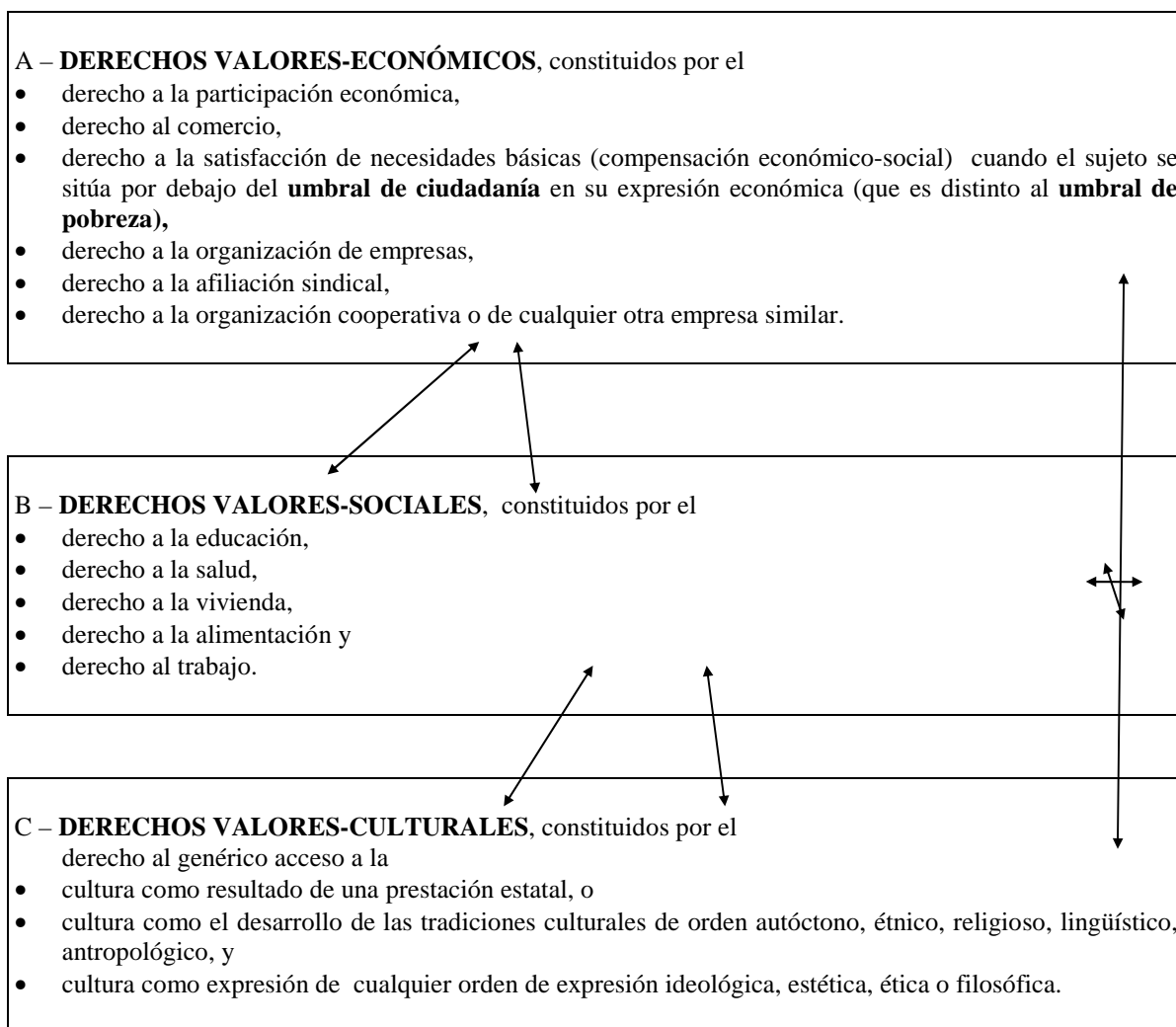
2. El Umbral de Ciudadanía como Indicador Mínimo de “Inclusión Social”

El umbral de ciudadanía puede ser considerado como el desarrollo de un modelo de indicadores para definir el **patrón mínimo de inclusión social**, esto es, como aquella frontera de disfrute fáctico de una serie de derechos económicos, sociales y culturales que permiten el desarrollo de los llamados derechos y valores ciudadanos. El proceso de construcción de esos derechos ha sido resultado de un amplio proceso de consolidación histórica de exigencias ético-jurídicas de carácter universal, el cual tiene medio siglo de desarrollo.⁵

Como ha sido desarrollado en los últimos años⁶, se trata de un conjunto de valores de realización interactiva y sistémica, lo cual significa que la satisfacción de sus objetivos sólo resulta posible a partir de la simultánea realización de los valores y objetivos de los otros derechos que forman parte del sistema. En la correlación siguiente, los valores A, B y C expresan áreas de derechos-valores económicos, sociales y culturales, constituyéndose un hipotético D como el ámbito donde se desarrolla el **umbral de ciudadanía** (en el tanto de zona de confluencia e interacción sistémica de las tres variables). Para los efectos de clasificación, los expondremos de la siguiente manera:

Gráfico 1

MODELO TRADICIONAL DE INTERACCIÓN SISTÉMICA



La correlación de los elementos que conforman cada grupo de derechos valores, tiene también un carácter **múltiple e interactivo**⁷, según el cual los elementos de cada universo encuentran relación con los otros en todas las relaciones posibles y funcionan como **CONSTANTES DE REALIZACIÓN DE DERECHO-VALOR**, en el tanto intersectan los tres ámbitos (económicos, sociales y culturales), generando dinámicas de realización compartida.^{8/9} Esta característica es importante, porque desde el punto de vista de la **construcción o la reconstrucción del umbral de ciudadanía** no existen aquí derechos o valores con prioridad jerárquica, lo cual tiene implicaciones prácticas y

directas en las políticas de desarrollo social. Esta misma correlación ha sido detallada en lo que se ha llamado propuesta de indicadores sintéticos, el cual propone un desarrollo de valores integrados e interactivos a partir de un indicador que integra la **realización de consumos esenciales y la participación de intercambios**.¹⁰

Gráfico 2

MODELO DE INDICADORES SINTÉTICOS

| | |
|--|--|
| Realización de consumos esenciales o seguridades (<i>Satisfacción de necesidades mínimas biológicas</i>) | Participación de intercambios o creación de capacidades. (<i>Satisfacción del umbral de ciudadanía a partir del intercambio social-específico</i>) |
| Alimentación | Ingresos |
| Seguridad Social | Educación |
| Vivienda | Trabajo |
| Salud (medicina curativa) | Nutrición y salud preventiva Posibilidades de expresar el potencial genético Información Poder político |

Inversión asistencialista

Como se deduce de aquí, existen dos factores operantes. Por un lado, están los bienes que permiten participar en las redes sociales de intercambio, las cuales pueden expresarse en distintos niveles o capacidades. Por otra parte, están los bienes que realizan consumos esenciales, los cuales podemos denominar también como seguridades.

3. Las Seguridades o Consumos Esenciales. Un Ejemplo de *Indicador de Seguridad*

Por un lado, las **seguridades o consumos esenciales** son categorizados individual o familiarmente, para efectos prácticos y estadísticos. Las seguridades o consumos esenciales se refieren a aquellos **satisfactores de necesidad mínimas biológicas**. En términos generales, esos satisfactores (y los indicadores de satisfacción de necesidades mínimas) tienen que ver con aquellos mínimos de pobreza internacional universalmente reconocidos, y cuya satisfacción es (o debería ser) imperiosa independientemente del contexto social o histórico en que se presenten. Por ejemplo, dentro

Inversión potencial (CREACIÓN DE CAPACIDADES SOCIALES)

de este ámbito se comprenden aquellos mínimos biológicos en materias como salud, alimentación, vestuario, vivienda, mínimos que se han generalizado en los indicadores internacionales de pobreza.

En este campo, se plantean “fronteras de bienestar mínimo” tales como las que se plantean – por ejemplo – para el tema de alimentación. Como han planteado Carlson y Wardlaw¹¹, el desarrollo de indicadores internacionales en materia de nutrición infantil (alimentación mínima) ha sido desarrollado sobre la base de un modelo de indicadores objetivos (cuantificables individualmente) y referidos a:

- a) edad;
- b) sexo;
- c) peso; y
- d) altura y tamaño del infante.

El objeto ha sido desarrollar la noción de *indicadores de condición nutricional (nutritional status indicators)* que afectan la infancia, considerada uno de los sectores más vulnerables de la población. Sobre la base de las variables propuestas es posible establecer un indicador comparativo (sobre la base de criterios de desarrollo antrométrico) que permite comparar los casos determinados de exclusión social con

aquellos que representan la *media* o *media alta* de nutrición social. Peso y altura constituyen los criterios de medición antropométrico más comunes en las investigaciones nutricionales. Esos referentes, comparados a su vez con el sexo y la edad, dan lugar para el desarrollo de tres indicadores específicos: 1. – Bajo peso para la altura; 2. – Baja altura para la edad y 3. – Bajo peso para la edad (infra-peso). Cada uno de estos indicadores generan información distinta y particular que, al ser considerada en su conjunto, arroja una visión global sobre el tema de alimentación infantil en una sociedad.

En el ejemplo anterior, los referentes antropométricos pueden ser considerados en función de un referente social específico, es decir una sociedad con sus propios patrones de normalidad antropométrica (es decir, criterio de normalidad en México, en Australia, en Somalia, o en Noruega, con perfiles antropométricos ciertamente distintos para cada caso nacional). Sin embargo, este criterio de particularidad ha sido discutido como parcial o temporal y es de preveer que paulatinamente tenderá a buscar patrones antropométricos más generales e internacionales. La frontera de las 2.700-3.000 calorías diarias ha sido considerada como un referente internacional, independientemente de algunas especificidades en la valoración antropométrica según las circunstancias nacionales o regionales.

4. La Creación de Capacidades o la Participación en Intercambio-social. Un Ejemplo de Construcción de un *Indicador de Intercambio*

Las **capacidades** son valorizadas socialmente y suponen los factores instrumentales para poder satisfacer en forma adecuada y sostenida los consumos esenciales o seguridades.

Dentro de este modelo de análisis, el llamado umbral de ciudadanía tiene que ver con el establecimiento de mínimos competitivos que permitan en lo fundamental la creación de **capacidades sostenidas** en el largo plazo, a la par de las **seguridades o consumos esenciales**. Desde luego, las consideraciones de políticas

públicas – en relación al énfasis histórico en uno u otro ámbito – deberán estar atemperadas por las circunstancias transicionales de cada país y contexto determinado, lo cual puede obligar a grandes inversiones coyunturales en materia de seguridades o consumos esenciales. Sin embargo, la sostenibilidad del modelo únicamente se garantiza por la inversión estructural en el ámbito de las capacidades.

5. El Problema de la Tipicidad y la Exigibilidad. Un Ejemplo en el Ámbito de la Reforma Institucional

Como ha sido planteado por parte de la comunidad científica en esta materia en los últimos años, el desarrollo de los derechos económicos sociales y culturales no será posible hasta que – a la par del desarrollo de un modelo de indicadores sintéticos – se definan claramente los niveles tipicidad y exigibilidad de las normas. (Por tipicidad refiero lo que en idioma inglés se ha llamado *legal rights* y por exigibilidad lo que se ha denominado como *justiciability*). En este sentido, pueden verse los textos de Phillip Alston, K. Tomaszewski, Asbjorn Eide, Martin Scheinen entre otros, referidos al debate sobre tipicidad, exigibilidad o justiciabilidad, en el plano nacional e internacional.¹²

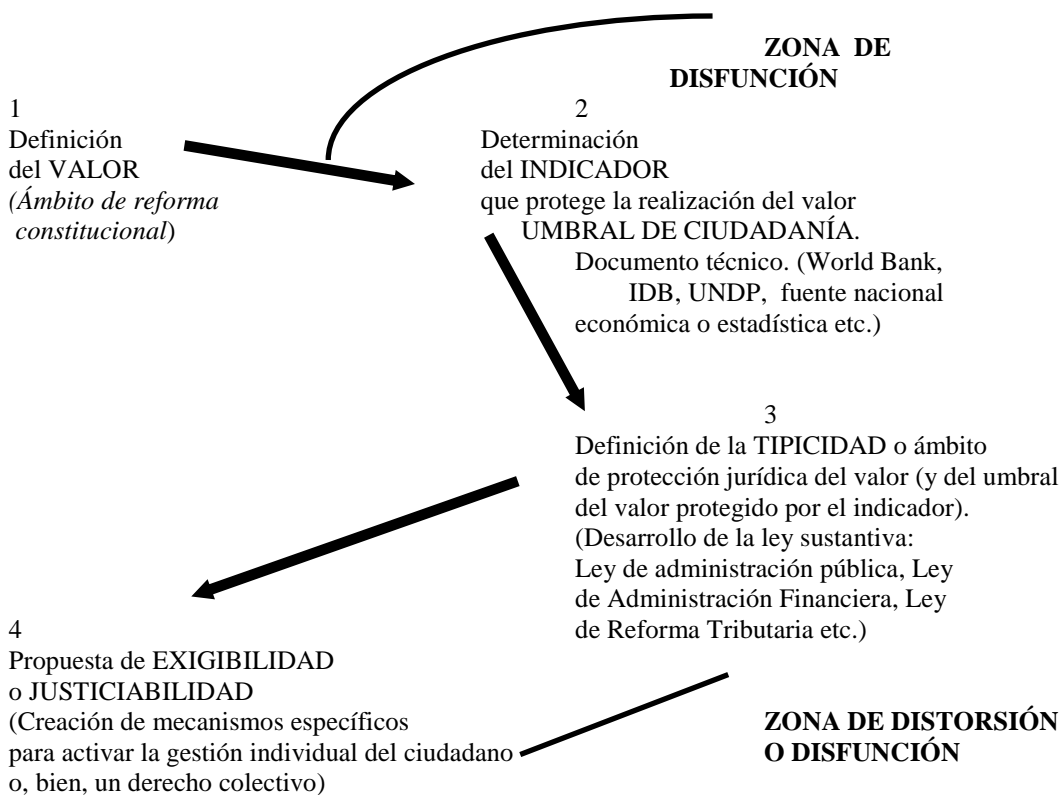
En términos generales, tal y como hemos expuesto en un trabajo previo¹³, la relación de construcción normativa se puede describir de la siguiente manera: una vez determinado el umbral fáctico al cual se refiere el valor protegido (determinado por un indicador dado), inmediatamente procede realizar una suerte “protección jurídica” del umbral definido por el indicador. Esta protección será posible únicamente a partir del desarrollo de la definición de un umbral de protección legal (zona normativa) consistente en la tipicidad, o creación del tipo jurídico. Posteriormente, una vez cumplido este segundo paso de configuración de la **tipicidad**, el proceso de construcción jurídica se completa mediante la creación de mecanismo efectivo que – sustancial y procesalmente – permita la reclamación del derecho, es decir, la activación de los mecanismos jurisdiccionales para obligar a su vigencia o reparación cuando así se considere oportuno. Este último o tercer paso es lo que llamamos tipicidad o exigibilidad.

El desarrollo de estos tres pasos suponen una secuencialidad de orden causal conceptual y, además, temporal. La definición de la tipicidad (es decir de la característica legal del derecho) no es posible sin la definición previa de un indicador y el análisis concreto de una especie fáctica en examen que permita “activar el indicador”. De la

misma manera, la definición de los mecanismos y los instrumentos de la exigibilidad o la justiciabilidad no son posible sin la definición previa, a su vez, de la tipicidad o fijamiento de la frontera jurídica del valor (legal right). La secuencialidad, pues, se presenta así:

Gráfico 3

DETERMINACIÓN DEL INDICADOR FUNCIONAL COMO PRESUPUESTO DE LA TIPICIDAD Y LA EXIGIBILIDAD-JUSTICIABILIDAD



Las zonas donde se indican DISFUNCIONES O DISTORSIONES ocurren por no atender correctamente las correlaciones entre **valores u objetivos** (de carácter técnico, político o económico) y los **indicadores** que puedan funcionar como parámetros para la medición de resultados o definición de exigencias. Asimismo, existen disfunciones también en aquellos casos donde, aún el evento de que se pueda haber establecido aceptablemente las

formas de **tipicidad** (definición del ámbito jurídico que definen el derecho), no existe una adecuada solución al problema de las normas instrumentos (procedimentales) que garanticen la **exigibilidad o la justiciabilidad** del derecho.

Estas disfunciones – en lo referido a las primeras disfunciones, es decir, las que van del valor a la definición del indicador – pueden ser explicadas también a partir de tablas analíticas

referidas a la correlación entre objetivos, categorías, concepto e indicadores. Un propuesta teórica de ello sería la siguiente:

Gráfico 4

CATEGORÍAS SOBRE FINALIDADES E INDICADORES

(Con un ejemplo específico de distorsión: transferencia de competencias tributarias a gobiernos locales en Costa Rica)

| FINALIDAD | CATEGORÍA | CONCEPTO | INDICADOR |
|---|-----------------------------------|--------------------------------------|-------------------------------|
| Fortalecimiento de gob. Locales y transferencia de competencias | <i>in-put</i> normativo y técnico | Empowerment social accountability | → |
| Tributarias | | | Capacidad impositiva y fiscal |
| Financieras | | | Eficacia de gestión |
| Administrativas | | | Eficacia de gestión |
| Electorales | | | Autonomía y eficacia |

ZONAS DE DISTORSIÓN O DISFUNCIÓN

-----social accountability-----

| DEFINICIÓN DE TIPICIDAD | EXIGIBILIDAD O JUSTICIABILIDAD |
|--|--|
| Tipificación en Ley General de Administración Pública, Ley de Administración Financiera, Códigos Municipales y leyes electorales | Recursos administrativos, leyes de amparo, Juicios contencioso-administrativos, remedios constitucionales, gestión ante el ombudsman etc. (Puede ser sustantiva o procesal). |

Fuente: *Análisis para una ley marco de transferencia de competencias a los gobiernos locales de Costa Rica.*

J. Ordóñez y A. Torrealba (CES-Costa Rica) Inédito.

Un caso típico de esta secuencialidad se presenta por ejemplo en muchos de los proyectos de reforma institucional y normativa desarrollados en América Latina, tanto en aquellos que tienen una inspiración interna o doméstica o, bien en aquellos que, desarrollados desde afuera por una agencia de cooperación, un banco multilateral o alguna otra agencia.

Por ejemplo, un caso estudiado reiteradamente en la región corresponde a los procesos de reforma institucional

6. El Umbral de Ciudadanía y el Cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Una Valoración Crítica.

El hecho de no poseer todavía indicadores específicos e internacionalmente reconocidos para la medición de derechos económicos, sociales y culturales hace que la realización de un diagnóstico respecto de su cumplimiento en la

región deba asimilarse, en general, a los temas de la equidad en relación con los derechos económicos y sociales, y a los de la integración social en el ámbito de los derechos culturales. En consecuencia, los indicadores socio-económicos tradicionales pueden entregarnos sólo una visión parcial, concentrándose en aquellos aspectos fuertemente relacionados con lo que podría denominarse derecho a la subsistencia: derecho al trabajo, a la seguridad social, a la salud, a la alimentación, a la educación, al mantenimiento de un nivel de vida adecuado y una vivienda adecuada.

1) Derechos del Trabajo

En el ámbito de los derechos relativos al trabajo se puede apreciar de manera clara cómo las tendencias socio-económicas que han prevalecido en los últimos años han incidido en la realización de los derechos económicos y sociales, resultando en una complejización de la esencia de los mismos, sobre todo el derecho a trabajar, a la libre elección del trabajo, a la limitación razonable de la jornada de trabajo y, finalmente, a la protección contra el desempleo.

2) El Derecho a Trabajar

De 1990 a 1994, se produjo un mejoramiento de la situación del empleo en la región en su conjunto. Sin embargo, la súbita interrupción del crecimiento en algunos países en 1994, notoriamente México, Argentina y Uruguay, rompió con esa tendencia. En una muestra de 1996 de once países en los que se cuenta con información sobre desempleo urbano, se pudo establecer que la tasa para desempleo abierto mejoró tan solo en tres de ellos con respecto al inicio de la década. Al mismo tiempo, la situación empeoró significativamente en los tres países afectados por la crisis del peso mexicano a fines de 1994 y fue también moderadamente peor en otros tres, manteniéndose a su vez estable en los otros dos. Como resultado de lo anterior, en cuatro de los once países se observaban tasas de desempleo abierto urbano moderadas o bajas (entre un 4% y un 7%), mientras que los otros siete países presentaban tasas altas (entre un 10% y un 18%).¹⁴

La evolución del desempleo en esta década deja en evidencia la fuerte inelasticidad con respecto a la generación de empleo que caracteriza al tipo de crecimiento económico experimentado

en la región. La relación entre actividad económica y niveles de ocupación es asimétrica dependiendo de la dirección de las fluctuaciones del producto. Así, al experimentarse una reducción de los ritmos de crecimiento (o una caída súbita de la actividad como en 1994), el efecto en la tasa de empleo es casi inmediato y proporcional. Sin embargo, al recuperarse los niveles de actividad, la recuperación del empleo es gradual al inicio y más lenta después, aún cuando se recuperen y persistan las altas tasas de crecimiento.

El desempleo en la región tiene una incidencia desigual según los estratos de ingresos. Se estima que los niveles de desempleo del 20% más pobre de la población duplican fácilmente los niveles del promedio general, situación que se agrava para el 10% más pobre, entre quienes existe un 400% por ciento más de desocupación que para el promedio general. Además del desempleo abierto, se tienen cifras sobre la situación de otras dos formas en que se sub-realiza el derecho al trabajo en América Latina: los empleos que generan insuficientes ingresos, así como el sub-empleo visible (insuficientes horas de trabajo).

3) Derecho a una Remuneración Satisfactoria y Salario Mínimo

De acuerdo a las estadísticas, en la América Latina contemporánea el poseer un empleo de jornada completa no garantiza acceder a las condiciones de existencia mínimas para las familias de los trabajadores, tal y como demanda el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU, del año 1966. Para el año 1994, la mayoría de los países de la región contaban entre un 20% y un 40% de los empleados de tiempo completo que no lograban obtener un ingreso superior al umbral de bienestar de 2.5 líneas de pobreza.¹⁵ Solamente en Argentina, Costa Rica y Uruguay, dicho porcentaje resultó bastante inferior, fluctuando entre el 10% y el 15%, mientras que en Honduras – en el caso extremo del espectro – dicho porcentaje se sitúa en el 60%. El ingreso promedio urbano para la región en su conjunto correspondiente para el año de 1994 fue de 4.3 líneas de pobreza.¹⁶

Por otra parte, la evolución de los términos reales del salario mínimo ha sido realmente negativa. No sólo existe una creciente desproporción entre los llamados *salarios mínimos legales*, su efectividad real y las exigencias indexadas del mercado sino, además, en diez de los dieciocho países de los que se cuenta información los salarios mínimos reales de 1995 eran inferiores a los de 1990 y – adicionalmente – en doce de esos países eran claramente inferiores a los de 1980, justo al inicio de la llamada década perdida.¹⁷

Para combatir las insuficientes remuneraciones, millones de latinoamericanos recurren, pues, a la sobre-ocupación. Cerca del 30% de los ocupados en la región tienen empleos en los que trabajan, por lo general, 50 horas por semana, es decir, un 15% más de lo normal. Como resultado de estos esfuerzos extraordinarios, un 20% de ellos es capaz de superar el **umbral de bienestar**, y el resto generó un promedio de ingreso que tan sólo supera un 20% de dicho umbral.¹⁸

4) Derecho a un Nivel de Vida Adecuado

Dentro del presente marco de análisis, los niveles de pobreza de una sociedad tienen una fuerte relación con el grado de integración social de la misma y con el grado de realización de los derechos económicos, sociales y culturales en general, aunque es importante destacar que no deben entenderse como sinónimos de los niveles de equidad social. En ese sentido, la situación en nuestra región es bastante insatisfactoria dado los elevados niveles de pobreza e indigencia. Según la información correspondiente a 12 países que representa un 85% de la población de la región, en 1994 más de la mitad de ellos representaba niveles de pobreza muy altos (entre el 31% y el 50% de los hogares). La misma fuente señala que se calcula que casi la totalidad del resto de países de la región se encontraría en algunas de estas dos categorías, mientras que tres países presentaban niveles medios (15% a 30%) y tan sólo dos países tenían bajos niveles de pobreza (menos del 15%).¹⁹

5) Derecho a la Seguridad Social

Aunque en América Latina coexisten sistemas de seguridad social muy diversos, la mayoría de ellos se caracteriza por la falta de equidad resultante de una cobertura parcial de la población, fundamentalmente urbana y activa en el sector formal de la economía, y por presentar – además – marcadas diferencias entre grupos y regiones geográficas. Asimismo, muchos de los sistemas nacionales adolecen de fuertes deficiencias institucionales que se traducen en costos excesivos, crecientes déficits, alta evasión y morosidad.

6) Derecho a la Salud y a la Asistencia Médica

América Latina ha generado importantes logros en la reducción de la mortalidad de sus lactantes e infantes, aumento de la expectativa de vida al nacer e incrementos en la cobertura de los servicios de salud. Sin embargo, aún presenta importantes déficits en la realización de los derechos a la salud y a la asistencia médica. Los segmentos más pobres de la población encuentran mayores dificultades en esta materia, como lo evidencia el hecho de que una proporción importante de la mortalidad siga teniendo causa en los índices de pobreza. En materia de cobertura, tres cuartas partes de los países de la región han alcanzado niveles de acceso de la población a servicios de salud por encima del 60%

Sin embargo, al igual que en otros aspectos, la situación varía de un país a otro, habiendo tres (Bolivia, Honduras y Perú) en los cuales menos del 50% de la población tiene acceso a los servicios de salud estatales. (La estadística en relación a Guatemala, Haití y otros países estudiados no resulta confiable). En total se estima que aproximadamente 105 millones de personas en la región no acceden regularmente a los servicios de atención en salud.²⁰

7) Derecho a la Vivienda

Fuertemente vinculado al derecho a la salud se encuentra, asimismo, el derecho a la vivienda. La OMS (Organización Mundial para la Salud) ha señalado que la vivienda es el factor ambiental que más influencia tiene sobre las

condiciones de enfermedad y el aumento de las tasas de mortalidad infantil. En América Latina y el Caribe existe un parque habitacional aproximado de 43 millones de viviendas, con un déficit cuantitativo aproximado de 18 millones, incrementándose anualmente en razón de 2.7 millones como resultado de dos variables: el aumento de la pobreza y la formación de nuevos hogares como resultado del aumento poblacional.²¹

8) El Derecho a la Educación

Durante las últimas décadas, inclusive durante los años ochenta, la región mejoró continuamente su desempeño en términos tradicionales, particularmente en la cobertura de la educación primaria, que pasó del 60% al 95% a mediados de la presente década y – en materia de analfabetismo – que se redujo del 20.2% en 1980 al 15.2% en 1990.²² Gracias a la tendencia positiva de la educación básica experimentada en la mayoría de los países, las principales diferencias entre la región se centran en los niveles de analfabetismo, por un lado y, por otro, en los niveles reales de la educación regional y su competitividad dentro y fuera de la sociedades de estos países.

De tal suerte, los resultados sugeridos por estos indicadores no son suficientes para que los educandos se inserten adecuadamente en el mundo laboral, ni siquiera en el caso de los países con un alto nivel de alfabetismo y de educación media y superior. En algunos casos, porque los alumnos no permanecen en los países el tiempo suficiente, ya que – como promedio regional – sólo la mitad de los países que ingresan al sistema educativo primario terminan realmente sus estudios. En segundo término, porque de acuerdo a estudios recientes aún aquellos que logran terminar la educación media no adquieren las destrezas necesarias para el sistema productivo. De hecho, sólo el 50% de los niños y jóvenes que salen del sistema educativo son capaces de comunicarse por escrito como lo requiere la sociedad contemporánea a través de los denominados “**códigos de la modernidad**” que incluye el manejo de las operaciones aritméticas básicas, la lectura y comprensión de un texto escrito, la comunicación escrita, la observación, descripción e interpretación de mensajes de los medios de comuninación modernos y la participación en el diseño y ejecución de trabajos en grupos.

FASES ESTRATÉGICAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN PROYECTO SOBRE UMBRAL DE CIUDADANÍA

| | |
|------------------------------|---|
| OBJETIVO | <ul style="list-style-type: none"> • Desarrollar una evaluación en 6 países de la región acerca de los niveles del umbral de ciudadanía (sobre la base de los presupuestos e indicadores de medición indicados en este Proyecto) con el objeto de determinar las bases fáctico-sociales para el desarrollo de proyectos de fortalecimiento de cultura democrática. • Producir un protocolo de recomendaciones técnicas y de desarrollo de políticas públicas para las entidades estatales de los países concernidos y de la cooperación internacional dirigidas a fortalecer la relación específica entre la ampliación del umbral de ciudadanía y el desarrollo de una cultura democrática. |
| OBJETIVOS ESPECÍFICOS | <ul style="list-style-type: none"> • Determinar el desarrollo del llamado núcleo básico de derechos económicos y sociales (educación, salud, vivienda, alimentación y trabajo) y las políticas públicas existentes para su desarrollo específico en cada sociedad nacional. • Realizar un análisis de los presupuestos mínimos en cada uno de los 6 casos de estudio para determinar los mínimos de inclusión social en cada uno de los derechos económicos y sociales del núcleo básico, así como en su relación de conjunto, lo cual permitirá determinar el umbral de ciudadanía específico en cada sociedad nacional. • Evaluar las políticas públicas existentes en los gobiernos de los 6 casos de estudio, y los cambios que deberán experimentar para la promoción y la profundización de los derechos económicos y sociales y la ampliación del respectivo umbral de ciudadanía. • Determinar la relación entre la ampliación del umbral de ciudadanía en cada uno de los 6 casos de estudio y la creación de un escenario fáctico económico y social para el desarrollo de programas y proyectos de fortalecimiento democrático, tomando en cuenta las particularidades de orden socio-económico, étnico, cultural, religioso, geográfico y de inserción regional de cada uno de los países concernidos por el Proyecto. • Reedefinición de la agenda del Programa Una cultura para la democracia sobre la base de los productos y resultados del presente Proyecto. |

RESULTADOS

- Desarrollo de un estudio de campo y documental-analítico sobre el **ámbito particular del umbral de ciudadanía** en cada uno de los países concernidos, así como del rol particular del Estado en sus funciones de inversión social, de promoción productiva, de crecimiento económico y de desarrollo humano.
- Proposición de un **modelo tentativo de INDICADORES** correspondientes a la **franja de ciudadanía** según relación *consumos esenciales – participación de intercambios* como PROPUESTA GENERAL REGIONAL en los ámbitos de:
 - a) Ingresos
 - b) Educación
 - c) Trabajo
 - d) Nutrición y salud preventiva
 - e) Posibilidad de expresar el potencial genético
 - f) Información
 - g) Poder Político
 - h) Salud (medicina curativa)
 - i) Vivienda
 - j) Alimentación
 - k) Participación cultural y social
- Desarrollo de un **PROTOCOLO DE RECOMENDACIONES EN POLÍTICAS PÚBLICAS** para cada uno de los seis países concernidos como resultado de la aplicación **del índice básico de umbral de ciudadanía.**

Notas

1. Así STIGLITZ, Joseph, *Towards a New Paradigm for Development: Strategies, Policies and Processes*. Prebish Lecture. UNCTAD, 1998. Del mismo autor, *Más Instrumentos y Metas más Amplias*: desde Washington hasta Santiago. Banco Mundial, 1998. También, WOLFENSOHN, James D. *El Gasto Social es Clave*. Clarín, Buenos Aires, febrero de 1996. Asimismo, SERAGELDIN, Ismail, *The Initiative on Defining, Monitoring and Measuring Social Capital: Overview and Program Description*. Social Capital Initiative. Working Paper No. 1. Washington: World Bank, 1998.
2. Ver, entre otros, MORLEY, S. *Poverty and Distribution during Latin America Adjustment in the 1980's*, mimeo, Washington D.C: BANCO MUNDIAL, 1992. BANCO MUNDIAL, Informe sobre el Desarrollo Mundial. *La Pobreza*, Washington D.C., USA. 1994. También el trabajo comprensivo de RACZYNSKI Dagmar, *Estrategias para Combatir la Pobreza en América Latina*: Diagnóstico y Lecciones de Política. Informe Comparativo Regional Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Agosto de 1994. Serie de Documentos de Trabajo, 193.
3. Asimismo, sobre el agravamiento de los términos de inclusión ver durante todo el desarrollo de la década del 90, ver Inter-American Development Bank (IDB), *Facing up to Inequality in Latin America, Economic and Social Progress in Latin America*, 1998-1999 Report, Washington: D.C. BID - 1999. Sobre la totalidad del período, ver LONDOÑO, J.L. and M. SZEKELY, *Persistent Poverty and Excess Inequality: Latin America 1970-1995*. Office of the Chief Economist Working Papers No. 357, Inter-American Development Bank
4. Ver KLIGSBURG, B. *¿Cómo Reformar el Estado para la Lucha contra la Pobreza?* *Comercio Exterior*, Vol. 42, No. 5, Mayo, México, 1992. PSACHAROPOULUS, George, *Return to Investment in Education, A Global Update*. World Development 22 (9): 1325-1344, 1994. Asimismo, MILLER DEL ROSO, J. and T. MAREK, *Class Action: Improving School Performance in the Developing World through Better Health and Nutrition*. Directions in Development. World Bank. Washington D.C.
5. El proceso de desarrollo de los llamados derechos económicos, sociales y culturales se inicia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la ONU, resolución No. 217-A (III) del 10 de diciembre de 1948. En particular, se desarrollan los valores de protección de familia (Art. 16), a la seguridad social (art. 22), derecho al trabajo y los derechos derivados del trabajo (Art. 23); derecho al descanso, vacaciones pagadas, disfrute del tiempo libre (art. 24); derecho a un nivel de vida adecuado (art. 25), a la educación (art. 26), a la cultura (art. 27).
6. Ver CEPAL-IIDH, La Igualdad de los Modernos (Reflexiones acerca de la Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina) San José-Santiago, 1998. Para un trabajo integrativo, véase CANÇADO TRINDADE, Antônio, *La Relación entre el Desarrollo Sustentable y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*: Tendencias Recientes. Estudios Básicos de Derechos Humanos, San José: IIDH, Costa Rica. 1995.
7. Sobre el carácter sistémico e interactivo de estos derechos puede verse CANÇADO TRINDADE, Antônio, *La Cuestión de la Protección Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*: Evolución y Tendencias Recientes (Serie para ONG, Vol. 6) San José, IIDH, 1992, pp. 19-24. Asimismo, puede verse ORDONEZ, Jaime y VASQUEZ, Enrique (Ed.) *Derecho al Desarrollo en América Latina*, San José: IIDH, 1991.
8. En tal sentido, debe verse la Resolución No. 41-128 de la Asamblea General de la ONU, especialmente el Art. 6º, § 2º. "Todos los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación,

- promoción y protección de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”.
9. Sobre la interacción de los factores culturales y sociales dentro de una perspectiva de desarrollo humano integral, véase SOSNOWSKI, Saúl, *Apuestas Culturales al Desarrollo Integral de América Latina*, Foro BID-París. 11-12 de marzo, 1999.
 10. La noción técnica y conceptual entre el modelo de satisfacción de necesidades mínimas y consumos esenciales y la participación de intercambios (como bases de potenciación de ciudadanía) están expuestas en el texto clásico de Amartya SEN, *Poverty and Famines. An Essay on Entitlement and Deprivation*. Oxford: OIT, Clarendon Press, 1981, p.15.
 11. CARLSON, Beverley & WARDLAW, Tessa M. A.. *Global, Regional and Country Assesment of Child Malnutrition*, New York: United Nations Children´s Fund (UNICEF), 1990, p. 15
 12. Así, VIERDAG, E.G. *The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covennat on Economic, Social and Cultural Rights*. Netherland Yearbook of International Law, Vol. 9 (1978). VAN HOOF, G.J.H, *The Legal Nature of Economic, Social & Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views*, in P. ALSTON y K. TOMASEWSKI (eds.) *The Right to Food*. También SCHEININ, Martin, *Economic and Social Rights as Legal Rights*, 1992.
 13. ORDÓNEZ, Jaime y VÁSQUEZ, Enrique (Ed.), *Derecho al Desarrollo en América Latina*, IIDH, op. cit.
 14. CEPAL, *Panorama Social de América Latina*. 1996.
 15. Según CEPAL (*Panorama Social de América Latina*, 1996), el umbral de 2.5 líneas de pobreza resulta una base aceptable para acceder al bienestar, ya que con ese nivel un perceptor de ingresos puede mantener fuera de la pobreza a una familia de dos miembros. Cuando ambos, el jefe del hogar y el cónyuge, perciben cada uno ese nivel de ingresos, pueden mantener a una familia de hasta cuatro miembros que incluya dos menores sin trabajar fuera de la pobreza, pero un tercer hijo dependiente ubicaría a la familia en el límite de ésta. En la mayoría de los países de la región, un ingreso de 2.5 líneas de pobreza representa un ingreso mensual de entre 170 y 200 dólares al mes.
 16. Ibid.
 17. CEPAL. *Estudio Económico de América Latina y el Caribe*. 1996-1997.
 18. Ibid.
 19. CEPAL. *Panorama Social de América Latina*. 1996.
 20. Ibid.
 21. Ibid.
 22. UNESCO-OREALC, *Situación Educativa de América Latina y el Caribe*. 1980-1999.

XII

EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS: DESARROLLOS EN AMÉRICA LATINA Y SUS PERSPECTIVAS EN EL NUEVO MILENIO

.....

JAIME RUIZ DE SANTIAGO

Profesor de la Universidad Iberoamericana de México; Ex Encargado de la Misión del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en Brasil; Delegado del ACNUR en San José, Costa Rica.

1. Al aproximarse el año que representará el término del Siglo XX, debe uno detenerse para contemplar en perspectiva algunos hechos que han sido especialmente significativos en este lapso de tiempo. Al correr veloces al fin de un siglo y al prepararnos para iniciar una nueva centuria, es conveniente marcar algunos eventos que serán datos fundamentales para aquello que el hombre decida libremente construir en un período que comienza ya a delinearse. Es bueno recordar que el pasado es un importante educador para el hombre del futuro.

En sus relaciones con el mundo puramente material, el siglo en el que aún vivimos aparece marcado por el gran dominio que el hombre ha podido realizar sobre él. Por una parte las llamadas ciencias positivas han permitido una mejor comprensión del universo macrocósmico al igual que de ese otro representado por el universo microcósmico; por otra, esta ciencia ha posibilitado el desarrollo de una técnica que ha producido resultados admirables. Cohetes y naves espaciales gracias a los cuales el hombre ha podido recorrer regiones a las que antes sólo se llegaba gracias a la imaginación y la fantasía; la energía nuclear descubierta y aplicada a los más variados objetos; el mundo de las computadoras que producen resultados inimaginables; la aparición y el desarrollo de la radio, el cine, la televisión y de otros medios masivos de información; la ingeniería genética que permite adentrarse en senderos profundos de la vida... estos son unos cuantos ejemplos de este dominio que el hombre ha logrado en unas breves décadas.

Si pasamos a las relaciones del

hombre con sus semejantes, el panorama nos aparece más sombrío, pues el Siglo XX aparece marcado, entre otras realidades, por dos conflictos mundiales que produjeron numerosas víctimas durante la primera mitad de la centuria y por muy numerosas escenas de violencia que estallan en todos los continentes a lo largo de la segunda mitad de la misma. Estos focos de tensión han causado muchos miles de muertos, perseguidos, víctimas y refugiados. Este panorama se vuelve más angustiante cuando vemos que el término del siglo que ya se aproxima está caracterizado por la guerra en todos los puntos de nuestro planeta. En no pocas ocasiones los escenarios bélicos han durado tantos años que han dejado de interesar a los medios de comunicación: al tener que hablar de los nuevos escenarios de violencia hay que dejar atrás otros muy numerosos que se perpetúan...

Esta dolorosa experiencia, resultado de la falta de entendimiento entre los pueblos, agudizó entre los Estados la percepción de un necesario foro de naciones que permitiera dialogar y resolver los conflictos pacíficamente. Ello hizo posible que en el Siglo XX apareciera el fenómeno de una sociedad internacional organizada. La primera, consecuencia directa de la Primera Guerra Mundial, fue la "Sociedad de Naciones", creada en 1919. Esta comunidad de Estados fue quien en 1921 nombró al Dr. Fridtjof Nansen, representante noruego, como Alto Comisionado para los Refugiados Rusos, tarea que muy pronto se habría de extender a refugiados de otras nacionalidades.¹

Mas esta sociedad de Estados pronto reveló sus grandes limitaciones: ausencia de

participación de Estados de vital importancia, limitados recursos económicos y, sobre todo, la falta de una voluntad real entre las partes para darle efectividad. La “Sociedad de Naciones” fue incapaz de resolver conflictos tan graves como la Guerra Civil que había estallado en España y sobre todo la invasión que realizó Alemania de Estados vecinos en nombre del espacio vital necesario para su desarrollo.

Fue así como ese anémico organismo pronto entró en crisis y en paulatina agonía. Al estallar la Segunda Guerra Mundial estaba prácticamente muerto.

Las atrocidades cometidas durante el nuevo conflicto mundial reavivaron la urgencia de la creación de una sociedad de naciones más eficaz y capaz de ayudar a resolver de manera pacífica los conflictos que pudiesen aparecer entre los miembros. Fue así como en 1945 nació la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en cuya Carta constitutiva “los pueblos de las Naciones Unidas” expresan su decisión de “preservar a las generaciones futuras del azote de la guerra”, “proclamar de nuevo nuestra fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana”, “crear las condiciones necesarias para el mantenimiento de la justicia y del respeto de las obligaciones nacidas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional” y “favorecer el progreso social e instaurar mejores condiciones de vida en una libertad más grande”.

Ya en su primera sesión realizada en 1946, la ONU tuvo que hacer frente al fenómeno de los refugiados los cuales constituyen un problema, se dijo, que tiene un carácter internacional en razón de su naturaleza y extensión. Para tratar de remediar este problema se creó en 1947 la Organización Internacional para los Refugiados (OIR), pero pronto se vio la necesidad de una agencia internacional que, de manera más estable y actuando con un mandato específico de la comunidad internacional representada en la Asamblea General de la ONU, hiciese frente al problema. Fue así como en 1949, a través de la Resolución 319 A (IV), se decidió la creación del Alto Comisionado para los Refugiados, a quien se le dio un Estatuto propio al año siguiente (1950) gracias a la Resolución 428(V).

2. El Derecho Internacional de los Refugiados, por cuya aplicación debe velar el

ACNUR por mandato expreso de la ONU, encuentra su justificación última en aquello que representa el origen mismo del Derecho Internacional.

En efecto, como se sabe, el Derecho Internacional es una realidad del mundo moderno, que nació en el Siglo XVI. Entre los fundadores de esta rama del Derecho, “el indiscutible cabeza de fila es Francisco de Vitoria”² (1483-1546). Fue el ilustre dominico, profesor en la Universidad de Salamanca, quien planta firmes las bases del Derecho Internacional en sus “relecciones”, lecciones extraordinarias que los profesores se veían necesitados a impartir anualmente en las jornadas de festividad académica, en un marco más solemne que aquel de los cursos ordinarios, y en especial en la “relectio de potestate civili”, en la “relectio de Indis” y en la “relectio de temperantia”.

En estas obras, Vitoria hizo una doble aportación de trascendental importancia:

a) Ante todo la concepción de la humanidad como persona moral que agrupa a todos los Estados sobre la base del derecho natural, lo que es “la concepción más grandiosa e innovadora de Francisco de Vitoria”.³ Es la idea del *totus orbis* que aparece en el clásico texto: “De todo lo cual se infiere un corolario, a saber: Que el derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierto modo es una república, tiene el poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes. De donde se desprende que pecan mortalmente los que violan los derechos de gentes, sea de paz, sea de guerra, y particularmente en asuntos tan graves como la inviolabilidad de los embajadores. A ninguna nación, en efecto, le es lícito eximirse del derecho de gentes, porque está promulgado por la autoridad de todo el orbe”.⁴

Aparecen así esas normas jurídico-internacionales, que tienen fuerza para obligar a la comunidad toda de Estados y no tan sólo a aquellos que intervinieron para su creación o simplemente su reconocimiento. Es lo que Francisco Suárez (1548-1617) denominó *ius perceptivum* y que hoy se conoce con el nombre de *ius cogens* o derecho imperativo: conjunto de normas obligatorias por todos los Estados que expresan “el bien-común” de la sociedad

internacional y que constituyen lo que se puede denominar “el orden público internacional”. A estas normas, que se fundan en las *auctoritas totius orbis*, le dedicó una sesión de estudio la Corte Internacional de Justicia de La Haya hace algunos años. Su realidad es central en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en especial el art. 53).

b) Si lo anterior hace ver el papel decisivo que tiene Vitoria en la fundación y concepción del Derecho Internacional, existe otra aportación que lo relaciona directamente con el Derecho de los Refugiados.

Lo que nos interesa actualmente aparece en la “Relectio de Indis”, cuando el autor pasa revista crítica a los motivos o títulos que pueden legitimar la conquista hecha por los españoles de las nuevas tierras americanas.

El punto de partida de esta “Relectio” es el texto de San Mateo en el que Jesús ordena a su Apóstoles: “Id y enseñad a todas las naciones bautizándolas en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo”, y el texto de la cuestión de la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino en el que analiza el problema de “Si es lícito bautizar a los infieles contra la voluntad de los padres”.

La postura de Santo Tomás de Aquino es tajantemente negativa, tanto en lo que se refiere a los niños como a los adultos infieles, y sirve de punto de partida para determinar la cuestión del derecho que los españoles hayan podido tener a la posesión de las tierras del nuevo mundo. Al determinar el problema de la legitimidad de la conquista, el ilustre dominico sienta las bases del Derecho Internacional con afirmaciones de gran relevancia en nuestros días.

Francisco de Vitoria es consciente de la originalidad de su investigación: “Porque debe advertirse – asienta –, que yo no he visto ningún escrito de esta cuestión, ni he asistido nunca a ninguna disputa o consejo acerca de esta materia”.

Al analizar los títulos legítimos que pueden justificar la presencia española en las nuevas tierras – tras haber apreciado aquellos títulos del todo ilegítimos –, Vitoria estudia siete de ellos, entre los que nos interesa especialmente el primero: el derecho de sociedad natural y

comunicación (*Ius naturalis societatis et communicationes*), que posee especial fuerza. Esta se apoya en catorce argumentos que se sintetizan en el derecho que tenían los españoles para llegar libremente a estas tierras, vivir en ellas y comerciar con los naturales (*Ius peregrinandi, degendi et negotiandi*), a condición de que nada de esto fuere en daño alguno de los nativos (*sine aliquo tamen nocumento barbarorum*).

Se plantean las bases de la libertad de los mares y la libertad de comercio, al igual, y es esto lo que nos interesa, la libertad que el hombre tiene “para dirigirse y recorrer las regiones que quisiere.” Y añade que “no sé que haya sido esto abolido por la división de las tierras, pues nunca fue la intención de las gentes evitar la mutua comunicación de los hombres por esta repartición”.⁵

Derecho de la persona a permanecer en un lugar, a salir de su país e ir a otro, de modo que “la amistad entre los hombres parece ser de derecho natural, y contra la naturaleza el impedir la comunicación y consorcio de los hombres que ningún daño causan”.⁶ Esta libertad de residencia y comunicación permite comprender cuán injusto e inhumano es que no se permita a una persona vivir en su propia patria y que sean las autoridades de ésta quienes, en vez de protegerlas, la persiguen y obliguen a abandonar el propio territorio, con fundados temores de permanecer en él y perder así su vida o libertad.

Es así como el Derecho de los Refugiados guarda vital relación con la libertad de circulación y residencia que aparece en los artículos 13 y 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“Art. 13: 1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

“2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Art. 14: 1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país”.

Este *ius peregrinandi*, que es piedra preciosa de mil caras, es una concreción de la idea más general del *totius orbis* ya

mencionada y que constituye “la primera intuición y el acto formalmente fundatorio del derecho internacional moderno”.⁷ Esta idea postula la igualdad radical de hombres, pueblos y razas.

De esto se sigue una conclusión importante: si el *ius peregrinandi* no es sino una concreción del *totius orbis*, se debe decir que las normas que de ese “derecho” se desprenden (por ejemplo las mencionadas en los arts. 13 y 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), poseen el rango de normas de *ius cogens*, carácter que naturalmente comprende el principio de *non-refoulement*, “piedra angular de la protección de refugiados”.

De aquí dos observaciones importantes: la primera se refiere a la Resolución aprobada por el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional en su IX Congreso⁸, según la cual “el carácter positivo de las referidas normas” las de *ius cogens*, p. ej. el principio de *non-refoulement* contenido en el art. 33 de la Convención de 1951], según intuyó Francisco de Vitoria, se funda en la “auctoritas totius orbis...”.⁹

La segunda hace ver la fuerza que posee la quinta conclusión de la “Declaración de Cartagena de 1984” (recuérdese que éste es el instrumento regional latinoamericano que permitió – tal es la conclusión tercera del documento – la ampliación del concepto de “refugiado”), la que “reitera la importancia y significación del principio de no devolución (*non-refoulement*) (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras), como piedra angular de la protección internacional de los refugiados. Este principio imperativo en cuanto a los refugiados, debe reconocerse y respetarse en el estado actual del derecho internacional, como un principio de *ius cogens*.”

3. Es interesante recordar que ya Aristóteles se preguntaba en la “Política” cuál era el criterio de medida de los requisitos humanos de una ciudad y sobre aquello que le permite asegurar su solidez, su firmeza, su capacidad para resistir a los factores de degradación y destrucción. Desde este punto de vista señala Aristóteles que se requieren en los ciudadanos dos virtudes: la justicia y esa amistad (*philia*) que él llama

“amistad política”, gracias a la cual, en vista del bien común de la ciudad que les preocupa, los miembros de la ciudad desean el bien entre ellos y contribuyen o colaboran en la búsqueda de los mismos fines.

Con la “amistad política” nos encontramos en el orden natural de la ciudad temporal, que posee su propia finalidad y por ello su consistencia y su relativa autonomía. Su fin es un auténtico bien humano. Se trata del “bien común” que abarca o comprende el conjunto de bienes que la ciudad debe perseguir o realizar. La *communicatio* de los miembros de la ciudad hacia este bien común actúa la “amistad política” o “amistad cívica” que es requisito necesario para la vida de la ciudad.

Francisco de Vitoria asume esto, y como pensador cristiano, añade que la “amistad política” se encuentra perfeccionada por el amor fraterno y el amor evangélico, los cuales contribuyen activamente a realizar “el bien común de la ciudad” al igual que “el bien de todo el orbe”.¹⁰ Dos dimensiones nuevas que abren horizontes insospechados para el filósofo griego: ante todo la virtud de la caridad que perfecciona la “amistad política” y, en segundo lugar, el “bien de todo el orbe” que dice referencia al orden internacional.

Con todo ello puede uno preguntarse cuál pueda ser el fundamento último del “*ius peregrinandi, degendi et negotiandi*” que permite explicar la posibilidad de la libre circulación de personas, de los bienes y de las cosas.¹¹ La respuesta sólo puede hallarse en el originario destino universal de los bienes, realidad que suscita la doctrina de la función eminentemente social de la propiedad (con relación a los bienes), pero que también sustenta aquella otra enseñanza sobre la función “humanitaria” del territorio de los Estados.¹²

En el uso y distribución de los bienes el criterio que debe siempre primar es el de su función social y sentido humanista, del mismo modo que en la constitución de países y Estados, el criterio que debe siempre primar es el de su función solidaria y al servicio de la persona humana.

En razón del destino universal de los bienes “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su territorio en un Estado... toda persona tiene derecho a salir de cualquier

país, incluso del propio, y a regresar a su país... toda persona, en caso de persecución, tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país”.¹³

Tales son exigencias que emanan del “bien de todo el orbe”, al igual que aquella otra de no devolver a una persona a un territorio o Estado donde su vida, libertad o seguridad se encuentre amenazada.¹⁴ El “bien de todo el orbe” implica el reconocimiento de la dignidad inalienable de la persona humana y su eficaz protección.

Por ello se ha dicho, con razón, que “la protección no es una simple concesión que se hace al refugiado. Este no es un objeto de asistencia, sino más bien un sujeto de derechos y deberes”.¹⁵

En las relaciones sociales la justicia y la “amistad política” se manifiestan a través de las exigencias de la solidaridad, la cual, como categoría “moral” es una virtud que consiste en “la determinación firme y perseverante de empeñarse por el bien común, es decir, por el bien de todos y cada uno, para que todos seamos verdaderamente responsables de todos”.¹⁶

La justicia, “el bien de todo el orbe”, la solidaridad humana hacen inaceptable que los países, actuando de manera arbitraria y abusiva, cierren sus puertas a las personas necesitadas de protección, al igual que “el espíritu de solidaridad revela con toda claridad el hecho inaceptable de que millones de refugiados vivan en condiciones inhumanas. En particular, los ciudadanos y las instituciones de los Estados democráticos y económicamente desarrollados no pueden permanecer indiferentes ante una situación tan dramática. La inacción, o el escaso empeño por parte de esos Estados, implicaría una fuerte contradicción con los principios que ellos, con todo derecho, consideran fundamentales en su cultura, basada en el reconocimiento de la igual dignidad de toda persona humana. La universalización efectiva de los derechos humanos depende hoy, en gran parte, de la capacidad de los países desarrollados de dar un vuelco moral que permita cambiar las estructuras que mantienen a tantas personas en una situación de marginalidad extrema. No se trata, pues, sólo de vendar heridas, sino de intervenir en las causas que producen refugiados”.¹⁷

4. De este espíritu de solidaridad brotó la acción del Dr Fridtjof Nansen, nombrado en 1921 Alto Comisario para los Refugiados por parte de la

Sociedad de Naciones. De la misma raíz brotó la Resolución 428 de 1950 de la Asamblea General de la ONU y la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados.

Tal espíritu se percibe en el esfuerzo por superar la protección que a refugiados de diferentes grupos nacionales se había dado antes de 1949: refugiados rusos (1922), griegos y turcos (1923), armenios (1926), israelitas provenientes de Alemania (1933), del Saar (1935), provenientes de Alemania (1938) etc..

Tanto el Estatuto de la Oficina del ACNUR de 1950 como la Convención de Ginebra de 1951 superan estas limitaciones que restringen la protección a determinados grupos nacionales, a determinadas procedencias, para fijar una situación “objetiva” como aquella que realiza la calificación de “refugiado”. De este modo el término “refugiado” se aplica “a toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país”.¹⁸

Esta definición marca ya un progreso con relación a aquella contenida en el Estatuto de 1950, pues agrega un elemento que no aparece en este último documento: la “pertenencia a determinado grupo social”. Esta posibilidad que ofrece la Convención de 1951 ha tenido muy importantes aplicaciones prácticas en América Latina y permite desarrollos jurisprudenciales de gran trascendencia.

Mas la definición del Estatuto y aquella de la Convención de 1951 posee una doble limitación que pone en evidencia la dificultad con la cual la solidaridad va imperando en el mundo internacional.

Ante todo la limitación “temporal”, pues la definición del Estatuto (1950) tanto como aquella de la Convención (1951) establecen en la primera línea de la definición del término “refugiado”, que éste es una persona que, “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores...”

Es así como el 1º de enero de 1951 es una fecha que marca el inicio de las actividades del

Alto Comisionado para los Refugiados (según Resolución 319 (IV) del 3 de diciembre de 1949) y a la vez marca el fin del período de acontecimientos “productores” de refugiados. Según el Estatuto de 1950 y la Convención de 1951 todos los refugiados a proteger por el ACNUR lo son como consecuencia de acontecimientos ocurridos antes del 10 de enero de 1951.

La segunda limitación, la llamada “limitación geográfica”, aparece en la Convención de 1951.

Para comprender esta limitación es necesario referirse a la génesis de la Convención (y del Estatuto).

En agosto de 1949, y gracias a un estudio realizado por el Secretario General, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) adoptó la Resolución 248 (IX) (B) por la cual constituía un Comité *Ad Hoc* compuesto por 13 gobiernos con el fin de que preparara el texto de una convención relativa a la condición de los refugiados (y otro relativo a apátridas). El Comité *Ad Hoc* se reunió cerca del Lago Success el 16 de enero de 1950 y el 16 de febrero terminó su trabajo con la adopción del proyecto de un texto de Convención relativo al estatuto de los refugiados (y de otro proyecto de un Protocolo relativo a apátridas). El informe del Comité *Ad Hoc* fue discutido por el plenario del ECOSOC durante su onceava sesión. El ECOSOC decidió reenviar los comentarios al Comité *Ad Hoc* para que éste incorporara comentarios y decisiones. El texto revisado debería ser enviado a la Asamblea General durante su quinta sesión. El ECOSOC recomendó a la Asamblea General aprobar el proyecto del texto preparado por el Comité *Ad Hoc* con las sugerencias y comentarios. Por ello el Comité *Ad Hoc* se reunió en Ginebra del 14 al 25 de agosto de 1950 y preparó una edición revisada del proyecto original.

La quinta sesión de la Asamblea General no trató la substancia del proyecto presentado. Decidió, en cambio, convocar una Conferencia de Plenipotenciarios en Ginebra para completar el texto preparatorio de la Convención y del Protocolo sobre apátridas: ello permitía la participación en las discusiones de Estados no miembros de la ONU. La Asamblea General recomendó que se tomase en cuenta el texto preparatorio y la definición de refugiado que

aparecía en el Estatuto del ACNUR de 1950 (Resolución 428).

La Conferencia de Plenipotenciarios se reunió en Ginebra del 2 al 25 de julio de 1951. Estuvieron presentes delegados de 26 Estados y 2 observadores. La Conferencia adoptó por 24 votos contra ninguno la Convención relativa al estatuto de los refugiados (y refirió el texto preparatorio sobre apátridas a otros órganos de las Naciones Unidas). Luego vino tan sólo el período necesario para la entrada en vigor de la Convención.

Pues bien, el Comité *Ad Hoc* propuso en el proyecto de Convención sobre Refugiados que el término “refugiado” se limitase a acontecimientos ocurridos en Europa: el ECOSOC apoyó tal sugerencia. La Asamblea General borró la referencia a Europa (tanto en el Estatuto del ACNUR como en el proyecto de Convención sobre la condición de refugiados), lo que hacía aplicable el término de refugiado a cualquier acontecimiento ocurrido en el mundo y no sólo en Europa. Debido a una sugerencia del representante de Francia y a otra proveniente del observador de la Santa Sede, la Conferencia tomó un camino intermedio y dejó que la limitación a Europa quedase como optativa para los países signatarios de la Convención.

Esta limitación es hecha por diversos Estados, que la mantienen incluso con la adopción del Protocolo de 1967.

El Protocolo de 1967 estuvo hecho fundamentalmente para suprimir la “limitación temporal” establecida por la Convención de 1951: sin el Protocolo, las disposiciones de la Convención el día de hoy sólo tendrían importancia para los estudiosos. El Protocolo dispone igualmente que “será aplicable por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica”, pero aquellos países que habían firmado la Convención de 1951 con “limitación geográfica” podían válidamente mantenerla al adherirse al Protocolo de 1967. Tal es la situación en la actualidad de Malta, Turquía y Hungría.

La limitación temporal y la limitación geográfica revelan con toda claridad que la Convención está “datada”: fue hecha en Europa tras la Segunda Guerra Mundial y para resolver el problema de refugiados que ahí se presentaba.

El Protocolo de 1967 intenta superar tal “datación”. Lo que es más importante: la

Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 tienen carácter obligatorio para los Estados Partes de tales instrumentos y que hoy suman más de 130.

5. Con la libertad de circulación se relacionan diversos artículos de la Convención de 1951. De manera explícita el art. 26 trata de la libertad de circulación: “Todo Estado contratante concederá a los refugiados que se encuentren en su territorio el derecho de escoger en él su sitio de residencia y de circular en él libremente bajo las reservas instituidas por la reglamentación aplicable a los extranjeros en las mismas circunstancias”.

En lo que dice relación a la libertad de movimiento, los refugiados son asimilados a los extranjeros.

El art. 31 trata de los refugiados que se encuentren en situación irregular (entrada ilegal, falta de pasaporte o de visa) en el país de asilo. En este caso “los Estados contratantes no aplicarán sanciones penales, por el hecho de su entrada o de su permanencia irregular, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o su libertad se encontrase amenazada en el sentido previsto por el artículo primero, entren o se encuentren en su territorio sin autorización”. Una reserva, pues tales refugiados deben presentarse “de inmediato a las autoridades y deben manifestar las razones reconocidas válidas para su entrada o presencia irregulares”.

Es evidente que esta previsión se viola cuando los Estados contratantes colocan sistemáticamente a los demandantes de asilo en prisiones preventivas y, peor aún, cuando los colocan junto a prisioneros convictos.

El art. 32 trata de la expulsión. La disposición general es que “los Estados contratantes no expulsarán a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público”.

En este último caso “la expulsión del refugiado únicamente se efectuará en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes”.

La expulsión de un refugiado “por razones de seguridad nacional o de orden público” no puede ser arbitraria, infundada, sino que debe ajustarse “al debido procedimiento legal” (*due*

process of law), lo que requiere ciertas garantías procesales que permitan al acusado someter pruebas de lo infundado de la acusación, que existe un error de identidad u otra evidencia que lo exculpen de la acusación. El refugiado debe gozar del derecho de apelación e igualmente del derecho de ser representado ante la autoridad nacional correspondiente.

Si se llega a una decisión final de expulsión, “los Estados contratantes concederán a tal refugiado un plazo razonable y todas las facilidades necesarias para obtener su admisión en otro país”.¹⁹

Las disposiciones del art. 32 deben verse siempre en consonancia con aquellas del art. 33, pues éste se refiere al principio mismo de la protección a los refugiados: la “prohibición de expulsión y de devolución (*refoulement*)”. La disposición general dice: “Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas”.

Un comentarista de la Convención de 1951, Nehemiah Robinson, precisa que “El ‘‘Estudio sobre la Apátrida’’ define la ‘‘expulsión’’ como la ‘‘decisión jurídica tomada por autoridades judiciales o administrativas que ordenan a un individuo abandonar el territorio del país’’ y la ‘‘reconducción’’ (*reconduction*) (que es el equivalente del *refoulement*) y que fue cambiada por el Comité *Ad Hoc* por la palabra ‘‘devolución’’(*return*) como ‘‘el acto puramente físico de arrojar (*ejecting*) a una persona del territorio nacional donde residía, persona que había entrado o estaba residiendo de manera regular o irregular’’. Por otra parte, hubo acuerdo en el Comité *Ad Hoc* que la ‘‘devolución’’ (*refoulement*) que existía en Francia y en Bélgica, significa o bien la deportación como una medida de policía o bien la no-admisión en la frontera, porque la presencia de una particular persona en el país es considerada indeseable, en tanto que la ‘‘expulsión’’ hace referencia más bien a ‘‘refugiados que han cometido alguna especie de delito’’.²⁰

A este respecto la Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) de 1967 que regula los aspectos propios de los refugiados en África establece que ‘‘Nadie puede

ser sometido por un Estado miembro a medidas tales como el rechazo en la admisión en la frontera, la devolución (*refoulement*) o la expulsión que lo obligarían a volver o a permanecer en un territorio en el cual su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas”.²¹

Por su parte, la Declaración de Cartagena de 1984 reitera “la importancia y significación del principio de no devolución (incluyendo la prohibición del rechazo en las fronteras) como piedra angular de la protección internacional de los refugiados”.²² Debe decirse que, con relación al art. 33 de la Convención de 1951, el proyecto del Comité *Ad Hoc* contenía sólo la disposición citada, pero más tarde la Conferencia de plenipotenciarios decidió añadir un segundo párrafo, el que limita el alcance de la “Prohibición de expulsión y de devolución” (*refoulement*) al decir: “Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituye una amenaza para la comunidad del tal país”.²³

Valen las precisiones hechas ya en relación al art. 32. De todos modos la vaguedad que posee el término “devolución” (*refoulement*) en el texto de la Convención de 1951 es superada y aclarada tanto por la Convención de la OUA (para la cual el rechazo en la frontera no aparece incluido en el término (*refoulement*) como por la Declaración de Cartagena de 1984 (para la cual el principio de no devolución – (*non refoulement*) – sí incluye la prohibición del rechazo en las fronteras).

Como precisa muy bien N. Robinson. “la Conferencia puso expresamente en las actas (*on the record*) que la posibilidad de una migración masiva no está cubierta por el art. 33”.²⁴ Tanto la Convención de la OUA como la Declaración de Cartagena son precisamente una respuesta a esta situación de flujos masivos de refugiados.

6. En el sistema interamericano el punto de partida con relación a la libertad de circulación o de movimiento se encuentra en los arts. 8º y 27 de la Declaración Americana de abril de 1948, en algunos meses anterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos.²⁵

El Art. 8º dice: “Toda persona tiene el derecho de fijar su residencia en el territorio del Estado de que es nacional, de transitar por él libremente y no abandonarlo sino por su voluntad”.

El Art. 27 dispone: “Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en el territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales”.

Tales disposiciones influyen en los artículos relativos (13 y 14) de la Declaración Universal.

En 1959, comenzó el proceso de elaboración de la futura Convención Americana de Derechos Humanos, más tarde el proyecto fue discutido y enriquecido en la II Conferencia Interamericana Extraordinaria de Rio de Janeiro (1965), la cual encargó a la Comisión interamericana de Derechos Humanos un texto de proyecto que incluyera las sugerencias propuestas. Así se elaboró el proyecto final de 1968, mismo que fue analizado por la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica (1969).

En el proyecto se trataba de la “libertad de locomoción” (art. 20), el cual fue discutido en la Comisión I de la Conferencia de San José. La discusión en la Comisión I y las modificaciones aprobadas están presentadas en el Informe del Relator de la Comisión, que dijo:

“Art. 22 (Art. 20 del Proyecto)-Libertad de Locomoción

“Al comenzar a debatirse este artículo, que consagra el derecho a la libre circulación de las personas en su propio territorio o en el de otro país, la Comisión escuchó las manifestaciones del señor Secretario Técnico de la Conferencia, quien transmitió a los delegados la solicitud de la Oficina del Alto Comisionado para Refugiados de las Naciones Unidas, en el sentido de incorporar al texto del artículo el derecho del refugiado a no ser, en ningún caso, expulsado o devuelto a otro país donde su derecho a la vida o a la libertad personal peligran a causa de su raza, nacionalidad, pertenencia a

determinado grupo social o por razón de su situación política”.

“El hecho de que este principio está consagrado en la Convención Interamericana sobre Asilo Territorial y que haya sido reconocido como un derecho humano en la Conferencia de Teherán sobre Derechos Humanos, pesó en el ánimo de la Comisión para incorporarlo al texto del artículo, bajo el patrocinio de las delegaciones del Uruguay, Ecuador, Venezuela, Nicaragua, Brasil y El Salvador, delegaciones que presentaron un texto mejorado y ampliado, que se incorporó como inciso séptimo del artículo”.

“Asimismo se incorporó a este artículo un nuevo epígrafe, bajo el número 6, a propuesta de la delegación colombiana, que consagra el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos y de acuerdo con la legislación de cada país y los convenios internacionales”.

“A propuesta de la delegación de El Salvador se incorporó a este artículo un párrafo adicional, el número 8, que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros”.²⁶

En la sesión plenaria fue aprobado, con leves modificaciones de forma, el proyecto de la Comisión I que de este modo se convertiría en el art. 22 del texto vigente de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

Este texto aprobado dice así:

“Art. 22. Derecho de Circulación y de Residencia.

“1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país inclusive del propio.

3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido, sino en virtud de

una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 pueden asimismo ser restringidos por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.

5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho de ingresar en el mismo.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.

7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada Estado a los convenios internacionales.

8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.

9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”.

7. El texto del art. 22 es una norma compleja y múltiple que se inscribe en la mejor tradición del derecho internacional, iniciada, como ya vimos, por Francisco de Vitoria.

Los §§ 1 a 5 tienen validez general y se refieren a derechos humanos fundamentales: derecho de una persona a salir de cualquier país inclusive del propio (y, en consecuencia, derecho a no salir), a circular libremente, a no ser expulsado del Estado del cual es nacional. Esto vale para cualquier ser humano.

Los §§ 6 a 9 regulan una materia que es propia del Derecho de los Refugiados: estos

derechos – de los refugiados – se inscriben en el horizonte de ese derecho humano fundamental que es el derecho de movimiento, el derecho de libre circulación.²⁷

El § 6º, “texto restrictivo y peligroso” (Héctor Gros Espiell), trata de la expulsión de extranjeros, que no se prohíbe siempre que se haga “en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley”. El art. 32 de la Convención de 1951 contiene más garantías para el refugiado, pero los representantes de Chile y México no permitieron la adopción del texto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1968. El proyecto decía así en la parte relativa:

“Art. 20.5b: El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención sólo podrá ser expulsado de él en el cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley, y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero recurrir a la orden de expulsión ante la autoridad jurisdiccional competente”.

Este proyecto se inscribe en el tenor del art. 32 de la Convención de 1951. Pero las objeciones de Chile y de México, apoyadas por Guatemala, Argentina, Venezuela y Honduras, hicieron que el texto final aceptado no establezca garantías, salvo que la decisión debe ser “adoptada conforme a la ley”, contra la expulsión de extranjeros (posibles refugiados).

Por ello el delegado de los Estados Unidos, al discutirse el texto del art. 22, criticó la supresión de la cláusula contenida en el proyecto de 1968, eliminada en la Conferencia de San José, señalando que se tomaba “una posición que dejaba a los refugiados sin una protección contra su expulsión arbitraria”. La crítica, apoyada por Uruguay, El Salvador, Colombia y Costa Rica, no fue aceptada.

En la actualidad el problema no se plantea para los países que, además de la Convención Americana, son signatarios de la Convención de 1951, pero México continúa sin aceptar esta última.

El § 7º recoge la gran tradición latinoamericana sobre el asilo y permite su integración con el refugio. De este modo los

institutos – análogos, paralelos e interdependientes – se integran y armonizan.

El § 8º representa la consagración regional del principio de no-devolución (*non-refoulement*), que posteriormente habría de ser enriquecida en la Declaración de Cartagena. Pero la Convención Americana se refiere a Derechos Humanos! El principio de *non-refoulement*, incluido en la Convención Americana gracias a una solicitud del ACNUR, posee, como lo asegura la Declaración de Cartagena y la mayoría de la doctrina, el carácter de *ius cogens*: es una expresión del *totius orbis*, una exigencia del bien común internacional.

Quedan por aclarar las relaciones entre la prohibición de *refoulement* y el instituto de la extradición, tema que ha sido objeto de diversas conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR en materia de protección de refugiados, al igual que el tema de doctrina sobre la materia. Pero este importante tema no lo tratamos en el presente estudio.

El § 9º del art. 22, por último, prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros. Esta disposición, pedida por El Salvador, fue seguramente motivada por la expulsión masiva de salvadoreños que se encontraban en Honduras y que dio origen a un conflicto bélico y a una interesante acción de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Estas disposiciones son un magnífico ejemplo de cómo la normativa sobre derechos humanos se conjuga con aquella de protección a refugiados: esta interacción marca el principio de un camino que debe ser profundizado en el futuro.

8. El desarrollo del Derecho de los Refugiados – tras la adopción a nivel universal de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 – habría de realizarse a nivel regional. El primer Continente en el cual se llevó a cabo una profundización de gran importancia en esa normativa fue el Africano, lo que es comprensible si se recuerda la trascendencia que tuvo la década de los 60 en aquellas latitudes. A nivel de las Naciones Unidas esa década estuvo marcada por la adopción por parte de la Asamblea General de la Resolución 1514 (XV) que contiene la Declaración sobre la Concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, verdadera “Carta Magna de la Descolonización”, como la llama el profesor Adolfo Miaja de la Muela.²⁸

Más tarde el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establecen en el art. 1º que: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

Es la década de la descolonización en África, de la emergencia de numerosos nuevos Estados cuyas fronteras fueron establecidas más o menos arbitrariamente. Se trató de un proceso complejo que se realizó con frecuencia en medio de grandes violencias. Y el resultado de las mismas, como siempre, fueron flujos masivos de refugiados en busca de protección. De ahí la adopción en 1969 de la “Convención de la Organización de la Unidad Africana por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de refugiados en África”.

La Convención subraya con inquietud “la existencia de un número cada vez mayor de refugiados en África”²⁹ y reconoce “que los problemas de los refugiados deben abordarse de manera esencialmente humanitaria para encontrarles solución”.³⁰

El texto reconoce que la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 son “el instrumento fundamental y universal relativo al estatuto de los refugiados y traduce el profundo interés que los Estados tienen por los refugiados”.³¹

La gran aportación de la Convención de la OUA (del mismo año que la Convención Interamericana de Derechos Humanos) es la “ampliación” del término “refugiado”; que se realiza en el Art. 1º. Este reproduce en el primer párrafo la definición “clásica”, en tanto en párrafo segundo señala: “El término ‘refugiado’ se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad”.

La importancia de esta ampliación sólo puede ser comprendida al conocer los miles

(millones) de refugiados que, gracias a ella, han sido protegidos.

En América Latina los problemas de una violencia habrían de ser conocidos a partir de la década de los 70 en América Central. Esta región del mundo se convirtió en una inmensa hoguera que produjo enormes flujos masivos de refugiados. Se vio entonces la necesidad de ampliar la definición “clásica” y de producir un instrumento adecuado para resolver el problema. Tal necesidad se notó ya claramente en el Coloquio organizado en México con los auspicios del ACNUR en mayo de 1981 sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en América Latina.

La conclusión primera de este Coloquio reafirma “como un principio básico del derecho internacional el de la no-devolución, incluyendo dentro de este principio la prohibición del rechazo en las fronteras”. La curta conclusión afirma la necesidad de “extender en América Latina la protección que los instrumentos universales e interamericanos otorgan a refugiados y asilados, a todas aquellas personas que huyen de su país a causa de agresión, ocupación o dominación extranjeras, violación masiva de los derechos humanos, o acontecimientos que alteren seriamente el orden público, en todo o parte del territorio del país de origen”.³²

Con tal motivo se realizó en 1984 el Coloquio de Cartagena sobre los Refugiados, que adoptó como conclusión la definición “ampliada”, que tan útil se habría de revelar para resolver los problemas de refugiados en América Central y luego en el resto de América Latina.

El Coloquio reconoce “que la situación centroamericana en lo que se refiere a refugiados ha evolucionado en estos últimos años de tal forma que ha adquirido nuevas dimensiones que requieren una especial consideración”.³³

En su Declaración, el Coloquio establece como primera conclusión la necesidad de “promover dentro de los países de la región la adopción de normas internas que faciliten la aplicación de la Convención y el Protocolo y, si es preciso, que establezcan los procedimientos y recursos internos para la protección de los refugiados”.³⁴ Esta conclusión, por desgracia, no ha sido realizada hasta el día de hoy en numerosos países.

Pero, en lo que dice referencia a la ampliación del término “refugiado”, la Declaración reitera que, “en vista de la experiencia recogida con motivo de la afluencia masiva de refugiados en el área centroamericana, se hace necesario encarar la extensión del concepto de refugiado, teniendo en cuenta, en lo pertinente, y dentro de las características de la situación existente en la región, el precedente de la Convención de la OUA (art. 1º, § 2º) y la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huído de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”.³⁶

La aportación de la Declaración de Cartagena ha sido sintetizada por el Profesor Antônio A. Cançado Trindade en cinco puntos: “Primero, llenó un vacío al ampliar la definición de refugiados (...); segundo, fomentó la acción dentro de los Estados (...); tercero, reiteró la importancia del principio de no-devolución (...) como piedra angular de la protección internacional de los refugiados” (...) y norma imperativa del derecho internacional; cuarto, señaló la necesidad de que los Estados sigan desarrollando las normas mínimas consagradas en los instrumentos básicos de protección (...); quinto, enmarcó la temática de los refugiados, desplazados y repatriados en el contexto más amplio de la observancia de los derechos humanos y de la construcción de paz en la región”.³⁶

9. La Declaración de Cartagena da un impulso decisivo al tratamiento de los refugiados en América Latina y habría de ser continuado por otros documentos de enorme relevancia: el Documento “Principios y Criterios de 1989”³⁷ producido por la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), que señaló que el tema de los refugiados sólo puede ser abordado adecuadamente mediante una visión integral de los derechos humanos, incluyendo además el Derecho de los Refugiados y el Derecho Humanitario.³⁸

Más adelante el documento “Evaluación de la Puesta en Práctica” de 1994³⁹ de cierre del proceso CIREFCA, subrayó que la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena el año anterior, había precisado el derecho de todas las personas afectadas por conflictos a ser asistidas por organizaciones humanas.⁴⁰

La piedra angular y denominador común de toda la acción internacional se encontraba en el fortalecimiento de la observancia de los derechos humanos.⁴¹

Este documento de 1994 recordó que el proceso CIREFCA había logrado precisamente favorecer e impulsar, en un enfoque integrado, las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario.⁴²

En el mes de diciembre de 1994 se realizó en San José un Coloquio Internacional en conmemoración del Décimo Aniversario de la Declaración de Cartagena.

El Coloquio de 1994 enfatiza nuevamente “el carácter complementario y las convergencias entre los sistemas de protección a la persona establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de Refugiados”⁴³, a la vez que reafirma “que tanto los refugiados como las personas que migran por otras razones, incluyendo causas económicas, son titulares de derechos humanos que deben ser respetados en todo momento, circunstancia y lugar. Estos derechos inalienables deben respetarse antes, durante y después de su éxodo o del retorno a sus hogares”.⁴⁴

Por ello “la Declaración de San José de 1994 da un énfasis especial no sólo a la problemática de desplazamiento interno, sino también, más ampliamente, a los retos que plantean las nuevas situaciones de desarraigo humano en América Latina y el Caribe, incluyendo los movimientos migratorios forzados originados por causas diferentes a las previstas en la Declaración de Cartagena. La nueva Declaración reconoce que la violación de los Derechos Humanos es una de las causas de los desplazamientos y que por lo tanto la protección de los mismos y el fortalecimiento del sistema democrático constituyen la mejor medida para la

búsqueda de soluciones duraderas, así como para la prevención de los conflictos, de los éxodos de los refugiados y las graves crisis humanitarias”.⁴⁵

10. No cabe duda que América Latina ha permitido progresos muy significativos en materia de Derecho Internacional, de Derechos Humanos y de Derecho de Refugiados.

La presencia de España en las nuevas tierras (encuentro, descubrimiento, invención o como se le guste llamar) permitió el nacimiento del Derecho Internacional con la obra de Francisco de Vitoria y su afirmación fundamental de la base del Derecho de los Refugiados que es el “ius pregrinandi”.

La libertad de movimiento a de circulación permite una armónica vinculación entre los Derechos Humanos y el Derecho de los Refugiados, tal y como lo muestra el art. 22 de la Convención interamericana.

La protección de los derechos humanos es la tarea fundamental para prevenir la existencia de refugiados: ella resulta fundamental en la tarea de fundar, construir y guardar la paz, tal y como lo subrayaba la Señora Sadako Ogata en la mesa redonda que se celebró en la ONU el mes de marzo de 1993 con motivo de la publicación del documento vaticano “Los Refugiados: Un Desafío a la Solidaridad”. Ella decía: “Debemos asegurar que la gente no sea obligada en primer lugar a abandonar sus hogares, pero si lo son, que sus necesidades humanitarias sean satisfechas y que se creen las condiciones que les permitan retomar en condiciones de seguridad y dignidad. Ésta es la triple estrategia de prevención, preparación y solución (...) y la capacidad de construir tal estrategia depende de la habilidad de las Naciones Unidas para construir una respuesta comprensiva e integrada, que vincule la acción humanitaria y la protección de los derechos humanos con el proceso de hacer, mantener y construir la paz (peace-making, peace keeping and peace building)”.

“(…) En el corazón de esa estrategia preventiva y orientada a la búsqueda de soluciones debe encontrarse el claro reconocimiento del derecho de las personas a permanecer en seguridad en sus hogares”.

“(…) Al hablar del “derecho a permanecer”, quiero destacar el derecho básico del individuo a no ser obligado al exilio y de la

necesidad de desarrollar más profundamente este aspecto de los derechos humanos en nuestros esfuerzos para solucionar las causas de los movimientos de refugiados. El “derecho a permanecer” está implícito en el derecho a dejar el país propio y de volver a él. En su forma más simple se puede decir que incluye el derecho a la libertad de movimiento y de residencia en el propio país. Ello se encuentra vinculado a otros derechos humanos fundamentales porque cuando las personas son obligadas a abandonar sus hogares una gran variedad de derechos humanos se encuentran amenazados, incluidos el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, la no-discriminación, el derecho a no ser sujeto a tortura o a tratos degradantes, el derecho a la privacidad y a la vida familiar”.

“En este período de altas tensiones cuyo principal objetivo es forzar a un grupo humano a abandonar su territorio compartido con otros, la comunidad internacional debe asegurar el respeto de los derechos humanos en general y de los derechos de las minorías en particular. El desafío es traducir la retórica de los derechos humanos en medidas prácticas. ¿Cómo promover la tolerancia en la diversidad?, ¿cómo controlar el abuso del poder por parte del Estado?, ¿cómo convencer a los Estados a eliminar la violación de los derechos humanos en sus territorios y a cooperar internacionalmente para reducir las causas que aumentan los movimientos de refugiados?, ¿cómo exigir responsabilidad y rendición de cuentas a los Estados con respecto al trato de sus propios ciudadanos? Tales son los grandes desafíos a la solidaridad el día de hoy”.⁴⁶

Tales afirmaciones son fundamentales al trazar las avenidas que debe tener el Derecho de los Refugiados en América Latina en el milenio que se aproxima. En ese sentido es posible concretizar algunos resultados de la investigación:

- 1) Ante todo se ve la necesidad de que el mayor número de los países se adhiera a la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967. Resulta incomprensible que países de la importancia de México aún no lo hayan hecho. Es igualmente importante que lo hagan sin reservas y que aquellas hechas por países ya partes a esos instrumentos, las retiren.
- 2) Es claro que, además, se requiere que los países adopten legislaciones internas apropiadas, pues de otro modo la decisión del compromiso contraída

internacionalmente no se realiza en la vida interna de los Estados.

- 3) Se debe recordar siempre la actitud solidaria y humanitaria con la cual los países latinoamericanos han hecho frente a los desafíos de los refugiados, actitud que debe hacerse concreta, por ejemplo, a la hora de interpretar los términos de los instrumentos universales y regionales adoptados por los Estados.
- 4) Es muy importante esforzarse porque la definición ampliada de refugiado adoptada regionalmente en la Declaración de Cartagena de 1984 sea aceptada a nivel universal.
- 5) En América Latina el número de refugiados ha disminuido de manera manifiesta, pero en su lugar otras situaciones precisadas de protección han aumentado de manera proporcional: el problema de los desplazados internos, de las personas que abandonan sus países obligadas por situación económica existente en su país de origen, de las víctimas de desastres naturales etc..

Quizá sea realista darse cuenta que es muy difícil modificar los grandes instrumentos que existen en materia de refugiados (Estatuto del ACNUR, Convención de 1951, Protocolo de 1967) pero lo que sí es posible es esforzarse para que se produzcan y acepten otros instrumentos que sean eficaces para la protección de las personas que se hallan en las situaciones descritas, p. ej. la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares.

- 6) La especificidad de la protección a refugiados debe ser mantenida a la vez que se debe hacer todo lo posible para profundizar en la convergencia que existe entre los Derechos Humanos, el Derecho de Refugiados y el Derecho Humanitario.

- 7) La protección de los refugiados precisa que a ellos sea también aplicada la normativa de los Derechos Humanos y, cuando sea posible, aquella del Derecho Humanitario. Esta requiere por parte del ACNUR y de sus funcionarios, una postura más “pro-activa”. Esta sin olvidar el carácter apolítico y humanitaria del mandato del ACNUR, lo que sólo significa que su acción debe ser inteligente y creativa. En lo que dice referencia a la “prevención” de causas que den origen a refugiados, el ACNUR debe mantener una clara conducta de formación (de los funcionarios gubernamentales, de la sociedad civil y de sus mismos funcionarios) y decidido apoyo a los derechos humanos. Normas, procedimientos de ejecución, recursos etc. establecidos por el Derecho de los Derechos Humanos (a nivel universal y regional), todo ello debe ser inteligente y decididamente manejada por el ACNUR.
- 8) Una tendencia que implica un grave peligro para la persona humana son los esfuerzos que se hacen en la región para permitir la libre circulación de cosas y bienes (materiales) olvidando a las personas. Ello desemboca en la inhumana postura de dar prelación a las cosas sobre las personas, al capital sobre el sujeto que lo produce, al egoísmo sobre la solidaridad.
- 9) La riqueza del derecho de la persona a permanecer en su país de origen, la libertad de movimiento y de residencia en el propio país son la base misma de la protección a los refugiados que se refracta en una serie de normas que expresan la riqueza del *totus arbis* y que manifiesta con claridad que el sentido último del Derecho es el de estar a servicio de la persona humana.

Notas

1. Para el análisis de la evolución tenida por la protección a los refugiados durante la primera mitad de este siglo se puede consultar José H. Fischel de Andrade, *Direito Internacional dos Refugiados. Evolução Histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, 221 págs. Posee abundante bibliografía al respecto.
2. A. Truyol y Serra, *Historia del Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 57.
3. A. Truyol y Serra, Premises philosophiques et historiques du *totus orbis* de Vitoria, en *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*. Vol. II, pp. 179 y ss.
4. F. de Vitoria, *De la Potestad Civil*, 31. Seguimos la obra de Vitoria: *Relecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de la Guerra*. México: Porrúa, 1974, que reproduce el texto de Francisco de Vitoria traducido por el P. Teófilo Urdáñez O. P., de la Biblioteca de Autores Cristianos.
5. De Ind., 2, segundo.
6. De Ind., 2, octavo.
7. A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 33.
8. Lisboa, 1972.
9. Cit. por A. Gómez Robledo, op.cit., p. 35.
10. Bonum commune totius orbis.
11. Son interesantes las palabras de A. Gómez Robledo que pone en su introducción a la *Relecciones* publicadas en México (Porrúa, 1974): “Bien pudiera ser que hoy apenas esté empezando a presentarse como viable lo que hasta hoy pudo parecer una utopía, o sea, el ecumenismo vitoriano centrado todo él en la prosecución del *bonum commune totius orbis* por encima de los agóismos particulares”, p. LXV.
12. Cfr. *La Destinazione Universale dei Beni, Atti del Colloquio Internazionale nel Centenario della Rerum Novarum*, Città del Vaticano, 14-15 maggio 1991.
13. Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 13 y 14.
14. Principio que se encuentra consagrado en el art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951, en la Convención contra la Tortura de 1984, en la Declaración de Cartagena y en otros textos internacionales positivos.
15. Los Refugiados: un Desafío a la Solidaridad, Documento del Pontificio Consejo *Cor Unum* y del Pontificio Consejo para la Pastoral de los Emigrantes e Itinerantes, Ciudad del Vaticano, n. 11.
16. Juan Pablo II, Encic. *Sollicitudo rei Socialis*, n. 38.
17. Los Refugiados: un Desafío a la Solidaridad, n. 20.
18. Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, art. 1, A, 2.
19. Art. 31, 2.
20. N. Robinson, *Convention Relating to the Status of Refugees. Its History, Contents and Interpretation*. New York, 1953, p. 162.
21. Art. 2, 3.
22. III, 5.
23. Art. 33, 2.
24. N. Robinson, op. cit., p. 163.
25. Para el análisis del art. 22 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, su génesis, contenido y su comparación con las disposiciones existentes en otros instrumentos internacionales, el estudio más recomendable es el de Héctor Gros Espiell, *El Derecho Internacional de los Refugiados* y el Art. 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. San Remo: Instituto Internacional de Derecho Humanitario, Col. de Publicaciones, 6, 54 págs.

26. Cit. por Gros Espiell, op. cit., pp. 13 y 14.
27. Para las reflexiones que se hacen a continuación cfr. Héctor Gros Espiell, op. cit., pp. 18 ss.
28. A. Míaja de la Muela, La Emancipación de los Pueblos Coloniales y el Derecho Internacional, en *Anales de la Universidad de Valencia*. Vol. XXXIX. Lección inaugural del curso 1965-1966. Cit. por Carrillo Salcedo, Juan Antonio, en *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 58.
29. Preámbulo, 1.
30. Preámbulo, 2.
31. Preámbulo, 9.
32. Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, pp. 205 y 206.
33. Declaración de Cartagena I, § 2°.
34. III, 1.
35. III, 3.
36. Discurso Inaugural – Los Diez Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria, Coloquio Internacional (San José, diciembre de 1994), San José de Costa Rica, IIDH/ACNUR/Gobierno de Costa Rica, 1995, p. 22.
37. Documento preparado por un grupo de expertos compuesto por Héctor Gross Espiell, Sonia Picado y Leo Valladares Lanza.
38. Desde entonces son diversos los autores que se dedican a esta temática como, por ejemplo, Antonio A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Brasil: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, en especial cap. VIII, pp. 270-352 (amplia bibliografía); Antonio A. Cançado Trindade, Gérard Peytrignet, Jaime Ruiz de Santiago, *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana*, IIDH-CICV-ACNUR, San José, Costa Rica/Brasília, 1996, 290 págs.; Antonio A. Cançado Trindade, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario, en *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Memoria de Coloquio Internacional*, San José, Costa Rica del 5 al 7 de diciembre de 1994, IIDH-ACNUR, 1995, pp. 79-167; Jaime Ruiz de Santiago, Derecho Internacional de los Refugiados en su Relación con los Derechos Humanos y en su Evolución Histórica, en *Derecho Internacional de los Refugiados*, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, 1993, pp. 31-86.
39. Preparado por el ACNUR y el PNUD con base en dos aportes de un grupo de expertos integrado por Antonio A. Cançado Trindade, Reinaldo Galindo-Pohl y César Sepúlveda.
40. § 15.
41. §§ 80 y 81.
42. § 91.
43. II, 3.
44. II, 10.
45. Antonio A. Cançado Trindade, *Discurso de Clausura-Adopción de la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas*, in *ibid*, p. 430.
46. Statement by Mrs. Sadako Ogata, en *Refugees: A Challenge to Solidarity*, Proceedings of the International Round Table on the Question of Refugees, sponsored by the Permanent Observer Mission of the Holy See to the United Nations and the Path to Peace Foundation, New York: United Nations, 1993, pp. 34 y 35.

XIII

PAZ Y DERECHOS HUMANOS: LA EXPERIENCIA HISTÓRICA CENTROAMERICANA

.....

MANUEL E. VENTURA-ROBLES

Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Miembro Asociado del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

I

Concepto de Centroamérica

Geográfica, histórica y políticamente, Centroamérica está formada por las actuales repúblicas de Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica. El denominado Istmo Centroamericano se extiende de noroeste a sudeste en 8° y 18 de latitud norte, colindando con los océanos Atlántico y Pacífico y uniendo como un puente las masas continentales de América del Norte y del Sur, limitando al norte con México y al sur con Panamá.

II

Breve Historia de Centroamérica

El Descubrimiento, la Conquista, la Colonia y el surgimiento de los países independientes en 1821.

A) El Descubrimiento

Al tiempo del descubrimiento de Centroamérica por los españoles a principios del XVI, ésta era poblada por grupos tribales de diversas culturas con un variado índice de desarrollo, desde las que permanecían en estado selvático hasta las que habían alcanzado una cierta organización política y que se dedicaban a la industria, el comercio y las artes. Estas últimas habitaban generalmente en la vertiente del Pacífico. Unos provenían del norte y otros del sur y la

diversidad cultural fue su principal característica. Hablaban diferentes lenguas y formaban un variado mosaico de grupos étnicos, generalmente rivales y en frecuente hostilidad.

B) La Conquista y la Colonia

Como en general sucedió con la conquista española en América, en la centroamericana pueden observarse dos momentos: el primero de choque, una conquista a la fuerza, y el segundo de progresiva penetración, con una predominante atracción pacífica. El impacto inicial, que podría fijarse alrededor de 1542, fue lo suficientemente fuerte para asegurar la sumisión de los nativos a los conquistadores españoles.

El impulso de estas fuerzas de conquista, el lugar donde se produjo el choque social y militar, fue alrededor del Golfo de Fonseca, en lo que sería la demarcación de la frontera entre Honduras y Nicaragua.

En la fase posterior a 1540, como aún quedaba mucha tierra por ganar, muchos intentos se sucedieron de diversos capitanes españoles por ampliar la conquista, en los que no cesó la acción de los religiosos misioneros. Todavía entrado el siglo XIX y ya independiente Centroamérica, aún permanecían extrañas y hasta hostiles a la penetración española grandes regiones, como la llamada Mosquitia o Costa de los Miskitos o Mosquitos en el Atlántico de Honduras y Nicaragua, donde por siglos se tropezó con el obstáculo de la penetración inglesa.

Como en el resto de la América española

o Indias, luego de la acción conquistadora o pacificadora, en Centroamérica siguió el asiento de las poblaciones y la Colonia, que se extiende hasta principios del siglo XIX en que Centroamérica se declara independiente. Durante la Conquista, el hecho de poblar o despoblar y mudar de sitio los asentamientos urbanos fue constante. Con el tiempo y ya en la Colonia, se produjo un nuevo tipo de población, aquel que provenía de la necesidad de hacer vida comunal de los vecinos españoles que se asentaban en villas y haciendas. Mestizos, mulatos y negros libres fueron mandados a asentarse al lado de las villas y ciudades españolas, sus primitivas viviendas dispersas se fueron ordenando alrededor de la Iglesia y luego se construyeron los Municipios. Los Misioneros, también poco a poco, fueron sacando los pueblos de las montañas. La real unificación de Centroamérica se produjo gracias a las Leyes Nuevas de 1542, que mandó fundar una audiencia en los confines de Nicaragua y Guatemala, posteriormente, en 1609, se declaró la Capitanía General en Guatemala. En la persona del Capitán General residían los oficios de Gobierno y Justicia. Tuvo la provisión de encomiendas, de tierras y de ayudar a los vecinos y comunidades y, además, era vicepatrono de la Iglesia. En esa autoridad poderosa asentada en Guatemala descansaban todas las armas y en esa localidad coincidían muchos otros organismos y autoridades que incrementaban la fuerza centralizadora: el tribunal mayor de cuentas, la administración de la venta de tabaco, el consulado etc.. Al lado de este centralismo se fueron desarrollando los intereses privados de los vecinos de la capital, especialmente en el campo del comercio, tan unido en aquellos tiempos a la producción agropecuaria, pues comerciante y hacendado se identificaban en una misma persona. Esta situación fue favorecida por la circunstancia, que sólo tardíamente se logró superar, de que las autoridades españolas no dieron más puertos ultramarinos que los de entrada directa a la capital. En estas circunstancias, durante la Colonia española, el comercio de Guatemala también regía la economía del resto del istmo, favoreciéndose, además, del comercio ilícito y surtiéndose de las diversas mercancías procedentes de naciones extranjeras.

C) La Independencia

La independencia de Centroamérica se proclamó el 15 de septiembre de 1821 como consecuencia de las corrientes ideológicas del siglo

XVII y el ejemplo de la independencia de los Estados Unidos de América, de la ineptitud del poder real, del contagio emancipador de otros pueblos americanos y la natural apetencia de los sectores económicamente más fuertes, que tuvieron a su favor las nuevas corrientes ideológicas de los más cultos economistas e intelectuales de la época.

La independencia del istmo se produjo casi que inesperadamente, sin necesidad de guerra y como consecuencia de una junta de notables reunidos en la Capital. A esta junta de notables concurren el mismo Capitán General del reino, Gabino Gaínza, el Arzobispo, los jefes militares, prelados, religiosos, magistrados, juristas e intelectuales. Luego que se proclamó la independencia, el mismo Capitán General quedó a la cabeza del nuevo Estado y ésta se caracterizó por la proclamación de la fe cristiana, la ponderación en el cambio y futuro del régimen, el mantenimiento de la unidad y la sujeción al principio de la fuente del poder popular.

Los pueblos centroamericanos aprobaron la independencia y, luego de un fallido intento de anexión al Imperio de Iturbide en México, las denominadas Provincias Unidas de Centroamérica se enfrascaron en una pugna partidista entre los que preconizaban el unitarismo y los que estaban a favor del federalismo, personificados por conservadores y liberales, respectivamente. Para unos Estados ya constituidos en repúblicas hubo una relativa paz; en otros se entronizaron autócratas federalistas dispuestos a imponer la unión por la fuerza. Años después, a este movimiento unificador de Centroamérica por la fuerza siguió, a partir de 1899, el período de entendimiento pacífico que se concretó en una etapa de pactos y convenios más o menos parciales y poco duraderos.

Hasta el día de hoy, el ideal de la unión centroamericana sigue presente en la mente de muchos centroamericanos aunque en menor grado en Costa Rica. Hubo un solo episodio feliz de concordia en el año 1856. Ante la presencia del filibustero norteamericano William Walker en Nicaragua, los demás Estados Centroamericanos acudieron en defensa del hermano desventurado, hasta que derrotado Walker desapareció el peligro del esclavismo y de la unión de Centroamérica a los Estados del Sur de los Estados Unidos de América.

En la época de la independencia, las Provincias Unidas de Centroamérica, a pesar de la pérdida de Chiapas y excluyendo a Belice, contaban con una población de más de un millón

de habitantes, la mayor parte de ellos campesinos y peones analfabetos. Alrededor del 65 por ciento de la población eran indios, el 31 por ciento ladinos (mestizos y mulatos) y sólo el cuatro por ciento blancos. Guatemala tenía mayor población de indígenas que cualquier otro, mientras la pequeña población de Costa Rica era predominantemente blanca. El Salvador, Nicaragua y Honduras tenían una población principalmente de ladinos.

El primer medio siglo de independencia nacional fue una época infeliz para las provincias antiguamente pertenecientes al reino de Guatemala: Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua y Costa Rica. Las tensiones en las estructuras sociales y económicas del último periodo colonial llevaron a encarnizados conflictos políticos y a la guerra civil. Las elevadas expectativas formuladas por los líderes centroamericanos al principio del periodo se desvanecieron pronto ante la dureza de la realidad. El estancamiento económico, el antagonismo entre clases sociales, el desconcierto político y la anarquía sustituyeron a la relativa tranquilidad y estabilidad de la era hispánica. En vez de una nación del istmo próspera e independiente, hacia 1870 emergió un fragmentado y conflictivo mosaico de ciudades-estado autodenominadas “repúblicas”. A pesar de todo, pese al decepcionante ritmo de transformación económica y social, se dieron algunos importantes y necesarios pasos en la transición del colonialismo a la moderna dependencia capitalista.¹

Finalmente, cabe resaltar que la reforma liberal de los años sesenta en Centroamérica fue un reto para las élites criollas que se establecieron después de la independencia. Después de las destructivas guerras civiles y de los hechos políticos que ocurrieron en las décadas que siguieron a la independencia, las familias más importantes del último periodo colonial lograron restaurar su hegemonía económica y social. Pero al mismo tiempo, los caudillos populares impulsaron la participación de los ladinos en el gobierno, de manera que hacia el año 1870 la élite blanca ya no monopolizaba los cargos más altos de gobierno. Las instituciones del caudillismo y de la soberanía de la gran hacienda aparecieron en Centroamérica a finales del siglo XIX y a principios del XX y serán responsables de moldear el tipo de sociedad que se desarrollará a partir de entonces.

III

A) Centroamérica durante el Siglo XX hasta 1978

Cabe señalar que durante gran parte del siglo XX y hasta finales de la década de los setenta, el progreso y el cambio en Centroamérica es lento y, más que un proceso dirigido, es consecuencia del crecimiento demográfico. En términos generales y hasta la década de los cuarenta, el tipo de régimen político, económico y social es una continuidad del que se vivió a finales del siglo XIX.

Como consecuencia de las reformas sociales y educativas que se hicieron en Costa Rica en los primeros años de la década de los cuarenta, este país se desarrolla en todos los campos más rápidamente que sus hermanos centroamericanos y, ya en la década de los cincuenta empieza a surgir una clase media fuerte, formada por profesionales, funcionarios públicos y pequeños empresarios que, pocos años después, desplazan del poder político a las clases económicamente más acomodadas. Este proceso fue viable en Costa Rica por haber decretado la Asamblea Constituyente de 1949 la abolición del ejército como institución permanente y haberse nacionalizado la banca en 1948.

Un intento similar, llevado a cabo en Guatemala a fines de los cuarenta y a principios de los cincuenta, terminó abortado por un golpe de Estado encabezado por oficiales del ejército con el apoyo del Gobierno de los Estados Unidos de América en el año de 1954. A partir de los años sesenta, Guatemala se enfrasca en una guerra civil que dura más de 35 años y que provocó miles de muertes y, también a partir de esa fecha, el ejército se convierte, más que nunca, en rector de la vida política de Guatemala.

El panorama no es más edificante en el resto de Centroamérica. Nicaragua, después de ocupada por los Marines americanos, es gobernada por más de 40 años por la familia Somoza con el apoyo de la única institución armada del país: la Guardia Nacional de Nicaragua. El Salvador es presa de los altos jefes militares y de unas pocas familias acaudaladas, mientras Honduras, también en manos del ejército la mayor parte del tiempo, es un país pobre y subdesarrollado.

En estos cuatro países, aunque en El Salvador y Guatemala la economía se desarrolla más que en los otros dos países como consecuencia del funcionamiento del Mercado Común

Centroamericano en la década de los sesenta, en términos generales y hasta finales de la década de los setenta, los países centroamericanos son sociedades típicamente subdesarrolladas, con ingresos económicos distribuidos desigualmente, sin clase media, con alto grado de analfabetismo, índices pobres en el campo de la salud y el poder político en manos de los militares.

La excepción es Costa Rica que, con exclusión de la guerra civil de 1948 que se libró por la pureza del sufragio electoral, desarrolla a partir de la década de los cuarenta un modelo de sociedad que le permite tener un desarrollo humano y económico más elevado que el resto de Centroamérica, procesos electorales limpios que la convierten en una democracia estable, índices aceptables en educación y en el campo de la salud para los estándares del área y, una clase media, en la que juegan un papel central los funcionarios públicos, entre ellos especialmente los maestros y profesores, que a través de los partidos políticos ejercen el poder por medio de lo que llega a ser, ya en la década de los setenta, una verdadera clase política.

B) La Corte de Justicia Centroamericana 1908 -1918

Lo que sí es difícil de concebir es que en esta pequeña y convulsa región de América se estableciera el primer tribunal permanente de Justicia Internacional que existió en el mundo, en una fecha tan temprana como el año de 1908. En efecto, el año anterior, 1907, se dio un paso efectivo con el fin de prevenir posibles conflictos bélicos y de integrar la región.

Mediante los buenos oficios de México y los Estados Unidos, las cinco repúblicas centroamericanas convinieron en celebrar una conferencia en Washington, D.C., cuyo producto fue la firma de los llamados Pactos de Washington. Mediante ellos, los Estados centroamericanos se comprometieron principalmente a no reconocer los gobiernos de facto y a crear una Corte de Justicia Centroamericana.

El Profesor Carlos José Gutiérrez, distinguido jurista costarricense ya fallecido, dice lo siguiente en su obra “La Corte de Justicia Centroamericana”:

Si se compara con la jurisdicción de cualquiera de esos tribunales, no hay duda que la

dada a la Corte de Justicia Centroamericana resalta por su amplitud. Era en 1907, y lo sería aun hoy en día, de una amplitud sólo comparable a la de un tribunal de tipo doméstico. Podía, en primer término, conocer de “todas las controversias o cuestiones, de cualquier naturaleza que sean y cualesquiera que sea su origen” que se suscitaban entre las partes, no sólo las de índole estrictamente jurídico, sino también aquéllas de tipo político, como fueron las que se presentaron en los tres casos entre estados.

Como una novedad aun mayor, se otorgó también por primera y única vez en el campo de los tribunales internacionales, la posibilidad de que los individuos de un estado pudieran demandar al gobierno de otro, sin necesidad de contar para ello con el respaldo de su propio gobierno. Este aspecto de la jurisdicción de la Corte encerraba en sí la novedad de convertir a los individuos en sujetos de Derecho Internacional, tesis ésta que aun en nuestros días tiene el carácter de revolucionaria y que no puede tenerse como definitivamente consolidada.

No es, pues de extrañar que la fundación de la Corte de Justicia Centroamericana fuera saludada con gran entusiasmo por autores de las más distintas nacionalidades. Se vio en ella, la primera experiencia de un nuevo tipo de tribunal internacional, destinada a colocar las relaciones entre Estados en un estricto plano de decisión jurídica, similar a aquel de cualquier país sujeto a un régimen de derecho.

Quienes en 1907 crearon la Corte no estaban, pues copiando algo existente; estaban intentando realizar un agigantado progreso en materia internacional; buscaban cumplir una finalidad más allá de lo que habían logrado poner en práctica las naciones civilizadas de Europa y América en sus relaciones internacionales. Que su idea no hubiera tenido una vigencia mayor de los diez años que originalmente se le concedieron, no puede tenerse como culpa suya. Que hubieran sido más que ambiciosos al darle a Centroamérica una institución de tan amplias facultades, es algo que no puede menos que merecer nuestro respeto .

Para un tribunal con jurisdicción compulsoria sobre todos los asuntos que surgieron entre los Estados que la crearon, en capacidad de juzgar de los daños que causarían a los ciudadanos centroamericanos en cualquiera de las naciones del Istmo fuera de la suya, y con posibilidad suficiente de actuar en otros diferentes negocios, los juicios

que tramitó la Corte Centroamericana fueron bastante pocos: En diez años, la actividad de la Corte se concretó a decidir seis demandas de particulares contra Estados y tres entre Gobiernos; de ellas, sólo cuatro fueron tramitadas en forma completa, siendo las demás rechazadas a su presentación.

Con un número tan pequeño de asuntos, es difícil que el tribunal pudiera haber sentado una jurisprudencia que llamara la atención, sobre todo si se toma en cuenta que sólo un caso – El Salvador vs. Nicaragua – planteaba cuestiones de gran importancia doctrinal.

Ese movimiento tan pequeño en un tribunal en cuya creación se habían puesto tantas esperanzas, resulta justificable si se contempla con el trasfondo de las relaciones centroamericanas de la época. Compuesto como se halla el Istmo de cinco países que fueron un día uno solo, los vínculos existentes era – y son aun ahora – muy inferiores a los ideales de unión y hermandad que se han sostenido siempre. Se carecía entonces de vías de comunicación terrestres permanentes entre los cinco países y poseyendo todos una economía agrícola, fundada en el cultivo de los mismos productos, era muy pequeño el intercambio comercial que podían tener. Si a ello se agrega que la inestabilidad gubernativa ha sido endémica en la mayoría de las naciones centroamericanas y el poco desarrollo cultural de los pueblos, es fácil explicarse los pocos asuntos que llegaron a conocimiento de la Corte.²

El verdadero resultado de la creación y del establecimiento de esta Corte fue el imperio en Centroamérica de un régimen de Derecho y de la paz entre los Estados Centroamericanos.

La Corte tuvo su sede en Costa Rica. Primero en la ciudad de Cartago, antigua Capital colonial destruida por el terremoto de 1910, y luego en la actual Capital, San José. Como consecuencia, de que en 1914 los Estados Unidos y Nicaragua celebraron un tratado de comunicación interoceánica, el Tratado Chamorro-Bryan, Costa Rica, El Salvador y Honduras demandaron a Nicaragua ante la Corte, que desobedeció el fallo del Tribunal. Como consecuencia de esto Nicaragua no prorrogó los Pactos de Washington de 1907, con lo que puso fin a lo pactado y la Corte de Justicia Centroamericana desapareció en 1918.

C) La ODECA y la Corte de Justicia Centroamericana de 1962

Tras un largo período de aislamiento de más de 30 años, los Estados Centroamericanos convinieron en nuevas fórmulas de entendimiento y negociación. En 1951, en el mes de octubre, los cinco Estados Centroamericanos suscribieron la Carta de San Salvador, constituyéndose así la ODECA (Organización de los Estados Centroamericanos) que dio origen al establecimiento de un mercado común y de numerosas instituciones de índole económico, técnico y cultural, entre ellas una nueva Corte de Justicia Centroamericana en 1962, que tuvo funciones consultivas meramente nominales y que nunca llegó siquiera a reunirse.

D) La Actual Corte Centroamericana de Justicia de 1991

En la Cumbre de Presidentes Centroamericanos, que se celebró en Panamá entre el 9 y el 11 de diciembre de 1991, se aprobaron las bases instrumentales de lo que es hoy en día la Corte Centroamericana de Justicia, creada en 1991 y que tiene su sede en Managua, Nicaragua. El Estatuto de la Corte le asigna a ésta muy diversas funciones, lo que hace que ésta sea, a nivel internacional, un órgano único en su género.

Fenecida la ODECA a principios de la década de los setenta y terminada la guerra fría a finales de los ochenta, nace un nuevo proceso de integración centroamericana y nuevos instrumentos para resolver las controversias que pudieran presentarse en la evolución del mismo.

El 13 de diciembre de 1991 se firma el Protocolo de Tegucigalpa de la Carta de la Organización de Estados Centroamericanos. Es a través de una reforma de la Carta de la ODECA y de la creación de un Sistema de Integración Centroamericana, que se crea una nueva Corte Centroamericana de Justicia para garantizar “el respeto al derecho, en la interpretación y ejecución del presente Protocolo y sus instrumentos complementarios o actos derivados del mismo”. El Sistema de Integración Centroamericano está conformado por los cinco Estados Centroamericanos, miembros originales de la

ODECA, Panamá, y se le otorga a Belice la posibilidad de integrarse.

Aunque la actividad del nuevo tribunal ha sido poca y su labor poco difundida, especialmente porque Costa Rica, Guatemala, Panamá no han ratificado el Protocolo, Belice se mantiene como observador y sólo lo han hecho Nicaragua, El Salvador y Honduras. Sin embargo, puede afirmarse que “la Corte Centroamericana de Justicia pone a Centroamérica de nuevo en una situación única en la historia de las relaciones internacionales: se conoce un Tribunal Internacional que, además de su competencia para resolver conflictos entre los Estados, funja simultáneamente como órgano jurisdiccional para un sistema de integración”.³

IV

Estallido Político y Social de la Década de los Ochenta

La situación política, social y económica de Centroamérica, a principios de la década de los setenta, presagiaba una tormenta en la región, fundamentalmente porque el área, con la excepción de Costa Rica, era gobernada por regímenes militares carentes de legitimidad, represivos y violadores de los derechos humanos, que mantenían una situación política en que las diferencias sociales eran marcadas por las diferencias en los ingresos económicos de la población, causada esta por la acumulación de la agricultura, el comercio y la industria en pocas manos, y en el difícil acceso de las clases desposeídas a la salud y a la educación. Pese a que los primeros síntomas de esta crisis fueron las convulsiones sociales y políticas que ocurrieron en Guatemala y Costa Rica en las décadas de los cuarenta y los cincuenta, no es sino a principios de 1978 que se inicia un estallido social y político que, a las justas demandas de las mayorías por una vida más justa, se unieron otros factores y fuerzas políticas y militares que dieron al conflicto una dimensión jamás imaginada.

El primer elemento que impulsa este proceso fue la llegada al poder en los Estados Unidos del gobernante demócrata Jimmy Carter, quien impulsa una política exterior fundamentada en el respeto a los derechos humanos. La repercusión de esta nueva e inesperada política en el área centroamericana fue inmediata puesto que los regímenes militares de Guatemala, El Salvador, Honduras y Nicaragua que habían sido aliados tradicionales de los Estados Unidos durante la

guerra fría, se deslegitimaron ante el gobierno norteamericano que empieza a presionar por cambios políticos para democratizar el área. De la noche a la mañana cambia la situación del gobernante de Nicaragua, General Anastasio Somoza Debayle que, vocero de los militares centroamericanos ante los Estados Unidos y principal aliado de ese país en Centroamérica, se convierte en la cabeza de un gobierno familiar que carece de legitimidad y que debe desaparecer, al igual que el resto de los gobiernos militares centroamericanos, que deben dar lugar a regímenes democráticos, que respeten los derechos humanos y que den una efectiva participación política, social y económica a las grandes mayorías marginadas en Centroamérica.

El otro elemento de este proceso, que lo complementa, legitima e impulsa, para que el mismo no se viera únicamente como una presión o intervención norteamericana en el área, es el apoyo que brindan los gobiernos de México, Costa Rica, Panamá, Colombia y Venezuela y, posteriormente, también Ecuador, Perú y Bolivia al mismo. Los países andinos se suman a este proceso, no así el Cono Sur dominado en ese entonces por regímenes militares partidarios de la Doctrina de la Seguridad Nacional.

El último elemento, posiblemente subestimado al principio por el Gobierno norteamericano y los otros gobiernos latinoamericanos, fue el de la guerra fría. La participación de la Unión Soviética y su aliado en el Caribe, Cuba, en el conflicto centroamericano, convirtió al istmo en un campo más de batalla de la guerra fría. El advenimiento de un régimen marxista en Nicaragua con los sandinistas en el poder, el flujo de armas de Cuba a Nicaragua y de allí al resto de los países centroamericanos, provocaron la reacción de la Administración Reagan en los Estados Unidos, que a principios y hasta mediados de la década de los ochenta, parecía que no dejaba otra solución que el triunfo o la derrota militar de las partes en conflicto.

Centroamérica, como lo fue la Guerra Civil Española de 1936 a 1939, se convirtió en un tema candente y apasionante en todo el mundo. Todos tomaron parte a favor de uno u otro bando y en un conflicto en que se disputaba el prestigio de los dos bloques de poder más fuertes en el que los centroamericanos pusieron los muertos. A mediados de la década de los ochenta, con la crisis y el debilitamiento de la Unión Soviética, la desaparición de esta y del bloque comunista de la

Europa del Este, con la caída del Muro de Berlín, así como la imposibilidad de los Estados Unidos, como había sucedido en Guatemala en 1954, de dar una solución de fuerza, ya que pese a que la Administración Reagan la quería pero las diferentes fuerzas políticas presentes en el Congreso y en el Senado Norteamericano lo impidieron, se dio el espacio necesario para que la diplomacia se hiciera presente y se lograra pacificar la región. Ni la ayuda militar cubano-soviética ni la norteamericana permitieron a ninguno de los dos bandos en pugna ganar o perder la guerra y tuvieron que verse obligados a buscar soluciones negociadas.

El académico Edelberto Torres-Rivas, en su obra “Historia General de Centroamérica”, denomina a esta década de los ochenta como “los años perdidos”. Dice al respecto que:

Ha sido esta década, 1979-1991, infame para el destino de la inmensa mayoría de la población centroamericana. La región no había experimentado nunca ni guerras civiles tan sangrientas ni una crisis económica tan profunda y prolongada. Habitados en todos estos años a vivir los ominosos signos de la crisis: la violencia, el miedo, la pobreza de masas, estos rasgos adversos hoy nos parecen inadvertidas formas habituales de la vida, aunque al mismo tiempo ahora constituyan los mayores problemas de esta época.

También en esta década fracasaron ostensiblemente las soluciones violentas, militares, intentadas desde diversos espacios en Nicaragua, Guatemala y El Salvador. Lentamente se abrió paso la voluntad pacificadora de negociar para evitar perjuicios a las inmensas mayorías. Hubo en estos doce años guerras civiles, elecciones libres, estancamiento productivo, negociaciones entre contrarios, caída profunda del salario real, voluntad de paz, presidentes civiles, miedo, debilitamiento del Estado etc. La historia reciente está llena de estos fenómenos...

Los diversos juicios sobre lo acontecido en esta década son tan distintos como la manera como la perciben las fuerzas sociales. Para los grandes terratenientes de los países donde hubo masas populares armadas, el desorden y la desobediencia son siempre resultado de éxito de astutos agentes externos. La coetaneidad de las luchas insurreccionales en Guatemala, El Salvador y Nicaragua fue interpretada por otros como la ejecución de un plan regional subversivo vinculado al conflicto Este-Oeste. Bien sabemos que se trata de una coincidencia diacrónica resultado de

procesos históricos singulares, de carácter local, cuyas raíces tienen una desigual profundidad.⁴

A) El Caso de Nicaragua

El estallido político y social de la década de los ochenta se inició en Nicaragua en 1978. A principios de ese año, con el asesinato del periodista Pedro Joaquín Chamorro, se inician una serie de protestas callejeras contra el Gobierno, que habían sido precedidas por la toma de la casa de un importante dirigente político en 1974 donde se captura a diplomáticos y funcionarios públicos y seguidos por la toma del edificio del Poder Legislativo (Palacio Nacional) y el surgimiento de una guerrilla, en el norte apoyada por Cuba y la Unión Soviética y, en el sur, por Costa Rica, Panamá y Venezuela. Los desórdenes desembocan en una cruenta guerra civil que escandaliza la conciencia americana por las violaciones a los derechos humanos. El conflicto termina cuando el General Somoza, todavía no derrotado militarmente pero a quien el Gobierno americano le corta los abastecimientos militares cesando la ayuda a su Guardia Nacional, se ve obligado a dejar el país luego de que la XVII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de los Estados Americanos, pidiera la sustitución de su régimen por uno elegido en elecciones transparentes y respetuosas de los derechos humanos. Casi toda la sociedad nicaragüense, incluyendo la empresa privada y la Iglesia, apoyaron la caída del General Somoza, lo mismo que la comunidad internacional.

Desgraciadamente, en Nicaragua no sucedió lo que la comunidad democrática esperaba. El Frente Sandinista de Liberación Nacional, de orientación marxista, estableció un régimen que confiscó las propiedades, persiguió a sus opositores, a la Iglesia, a los líderes políticos, estudiantes o sindicalistas, violó los derechos humanos de muchas personas y arruinó la economía del país. Cientos de miles de nicaragüenses se convirtieron en exiliados políticos. El régimen llegó a tener un ejército de 90.000 hombres sobre las armas y empezó a apoyar los movimientos guerrilleros insurgentes en El Salvador, Honduras y Guatemala. Como consecuencia de esto la reacción norteamericana no se hizo esperar. El panorama de una Centroamérica marxista, ligada a Cuba y muy cerca de sus fronteras, provocó de inmediato la ayuda de los Estados Unidos a los regímenes militares del norte de Centroamérica y, posteriormente, la creación de “la Contra”, grupos armados que entrenados

militarmente operaban en el norte del país y desde bases en Honduras, tanto para derrocar al régimen de Nicaragua como para impedir o dificultar la ayuda de este a las guerrillas de El Salvador y Guatemala.

Era un panorama negro, desolador, en que no había lugar para el diálogo y la solución pacífica de las controversias. No había campo para los acuerdos y el Derecho.

B) El Caso de El Salvador

En El Salvador, el más pequeño y más poblado de los cinco países centroamericanos, con una tensa situación social por las graves diferencias sociales existentes en su población y con la carga de muchos años de gobiernos militares represivos y violadores de los derechos humanos, estalló también un grave conflicto a finales de 1979 que, rápidamente se convirtió en una sangrienta guerra civil que duró doce años, produjo miles de muertos y como consecuencia de la cual cientos de miles de personas abandonaron el país, bien como consecuencia de la represión, la guerra civil o la grave situación social y económica provocada por el conflicto armado.

De hecho, el conflicto nicaragüense repercutió casi que inmediatamente en El Salvador. Los Estados Unidos y los oficiales jóvenes y progresistas del Ejército, temerosos de que ocurriera lo mismo que en Nicaragua, dieron un golpe de Estado que botó a los viejos militares y posteriormente celebraron elecciones libres, tanto durante la guerra civil como después de ella, que fueron legitimando una sucesión de gobiernos civiles que se mantenían en el poder gracias a la Fuerza Armada y a la ayuda masiva de los Estados Unidos tanto a los gobiernos civiles como al Ejército de esa nación.

A raíz del golpe de estado promovido por un grupo de militares progresistas el 15 de octubre de 1979, se inician una serie de reformas socio-económicas a partir de 1980 que incluyeron la nacionalización bancaria, del comercio exterior⁵ y una reforma agraria. Sin embargo, este esfuerzo no pudo detener el proceso de polarización política que condujo a la guerra civil a partir de 1980.

El asesinato del Arzobispo de San Salvador, Monseñor Oscar Arnulfo Romero el 24 de marzo de 1980 y de los jesuitas de la Universidad Centroamericana el 7 de noviembre de 1989, son

hechos que claramente señalan la brutalidad de la guerra y de la represión que se vivió en El Salvador durante esos años, especialmente por los grupos paramilitares protegidos por la Fuerza Armada.

Esta guerra civil, al igual que la que se desarrolló en Nicaragua en los años ochenta, fue una guerra sin vencedores ni derrotados en el campo militar lo que, también como en el caso de Nicaragua, permitió abrir espacios a las gestiones diplomáticas que más tarde produjeron los acuerdos de paz y las soluciones de Derecho.

C) El Caso de Guatemala

El caso más dramático del conflicto centroamericano ha sido el de Guatemala, país en el que se libró una cruenta guerra civil de más de 35 años de duración. Esta guerra, propiamente hablando, que antecedió en mucho al conflicto en el Istmo, recrudesció durante el mismo y Guatemala fue el último país en alcanzar la paz.

Las características sociales y políticas de Guatemala y el gran poder que desde el siglo XIX ha tenido la clase militar, acrecentado en los últimos 30 años, le dio características propias al conflicto que, pese a tener raíces históricas profundas por ser más del 60% de la población indígena y no ladina como en El Salvador y Nicaragua, población que prácticamente ha vivido marginada de la vida social, política y religiosa “occidental” establecida por el Estado guatemalteco, que cuentan con sus propias lenguas, costumbres y dioses, fue también, al mismo tiempo, un conflicto típico de la guerra fría.

Lo que más llama la atención es que los militares guatemaltecos, cuando se inicia en 1977 la presión de los Estados Unidos y otros países centroamericanos para que la región se democratice y se inicie una apertura, con gobiernos civiles que legitimen el poder y vayan quitándole espacios poco a poco a los militares en la vida diaria institucional del Estado y, sobre todo, que respeten la exigencia de la comunidad internacional para que prevalezcan los derechos humanos, éstos se resisten, se enfrentan a los Estados Unidos, rechazan la ayuda militar condicionada y lanzan una represión sin precedentes en la historia de América Latina, especialmente contra las comunidades indígenas, cuya crueldad e intensidad paraliza la conciencia americana.

Los miles de muertos y desplazados que provoca esta guerra civil, el temor permanente de la población, la fractura de la sociedad civil al llevar el

Gobierno del General Efraín Ríos Montt la guerra a las propias comunidades con las patrullas de autodefensa civil (civiles armados y entrenados por el ejército que directamente eran responsables de la seguridad de las comunidades y que cometieron infinidad de abusos), dejaban ver un panorama negro en el que el poder civil no tenía la fuerza suficiente para controlar el aparato del Estado y negociar con los insurgentes una paz que, los militares, temían por lo ocurrido en Nicaragua.

No fue sino hasta finales del año 1996 en que un gobierno civil tuvo el poder suficiente para negociar la paz con la guerrilla, que política y militarmente tenía un futuro difícil debido a la desaparición del bloque soviético y a la crisis económica que vivía Cuba como consecuencia del mismo, optó también por la paz negociada y la salida política.

D) El Caso de Costa Rica y Honduras

Costa Rica y Honduras viven situaciones diferentes dentro de este panorama desolador de inicios de la década de los ochenta, ya que la guerra civil no se disputa militarmente en sus territorios; sin embargo, los efectos de la misma, de toda índole, afectan profundamente a ambos países.

Costa Rica, país desarmado y sin ejército, se convierte primero en base de las guerrillas sandinistas que luchan por derrocar al General Somoza Debayle en Nicaragua y, luego, en uno de los centros de operaciones de “la Contra” nicaragüense, el frente sur, para derrocar a los sandinistas. La existencia misma del Estado costarricense corrió serios riesgos y los flujos migratorios de Nicaragua, pero sobre todo la grave crisis económica que se desata en ese país a partir de finales de 1980, provocan una crisis a un país estable y pacífico que, después de 30 años de paz ve tambalearse sus instituciones sociales y políticas, que no pueden más sostener económicamente a una clase media que gozaba de un alto nivel de educación y salud, así como de poder político.

La masiva ayuda económica del Gobierno de los Estados Unidos evita una crisis de inimaginables proporciones en Costa Rica, donde se libraba día a día una cruenta batalla ideológica y política entre los dos bandos en pugna en el campo de batalla más allá de su frontera norte en Centroamérica. El peligro de desestabilización de la única democracia centro americana y el temor de

una invasión nicaragüense a su territorio, trajo como consecuencia la declaratoria de neutralidad perpetua del Gobierno de este país en el campo internacional y de una estrecha alianza con el Gobierno de los Estados Unidos hasta el año 1986 en que, con la llegada al poder del Doctor Oscar Arias Sánchez y la labor visionaria, agresiva e inteligente de su Canciller Rodrigo Madrigal Nieto, se logró encauzar el conflicto al campo diplomático y a la negociación.

Honduras, que a finales de la década de los setenta era el país más pobre de Centroamérica y que, gobernado por el ejército distaba mucho de ser una democracia, apenas se inicia la crisis en el Istmo empieza un proceso de apertura que la lleva a tener elecciones y gobiernos civiles débiles que no pueden oponerse a los militares, que como en el resto de Centroamérica forman un verdadero Estado dentro del Estado, con intereses económicos y sectoriales que desbordan en mucho la función de la defensa del territorio y la seguridad nacional.

Este país que comparte una gran frontera con Nicaragua, problematizada en esos días por la represión del Gobierno de Nicaragua contra los pobladores Miskitos que habitaban su costa atlántica y parte de la de Honduras, no logra librarse de convertirse en la principal base de “los Contras” para desestabilizar al Gobierno sandinista, lo que trae como consecuencia en el ámbito interno una gran represión que produce entre los años 1981 y 1984 cerca de 200 desaparecidos.

Este panorama de guerra latente, que amenaza levantar un polvorín en cualquier momento, se mantiene hasta que la situación política y militar en Centroamérica cambia por la firma de los Tratados de Esquipulas.

V

El Grupo de Contadora

Estados Unidos no recurrió a la intervención militar en Nicaragua, contrariamente a lo que había sucedido en ocasiones anteriores (Caso de la República Dominicana, en 1965, o la propia Nicaragua y Panamá a principios del siglo XX y México en el siglo XIX) la Administración Carter maneja la crisis de Nicaragua con una óptica diferente. Tampoco optó por la presencia de una fuerza interamericana de paz que pacificara Nicaragua, pese a que propuso esta solución en la XVIII Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, la que fue rechazada por los

países latinoamericanos. Fue así como dejó la solución en manos de los países latinoamericanos que, a través de una resolución de la reunión de consulta, pidieron, sin menoscabo del principio de no intervención, la sustitución del régimen del General Somoza.

En 1979, se instala en Nicaragua un nuevo gobierno denominado Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, formado por Daniel Ortega Saavedra y Moisés Hassan Morales sandinistas, de orientación marxista, y Sergio Ramírez Mercado, socialista del Grupo de los Doce, Alfonso Robelo representante de la empresa privada y otras fuerzas políticas y Violeta Chamorro, conservadora y viuda del periodista asesinado Pedro Joaquín Chamorro, estos dos últimos posteriormente se retiran del Gobierno. Queda en claro que el poder permanecería en manos de quienes tenían las armas, los que se dedican a montar un Estado policíaco y un enorme ejército abastecido por la Unión Soviética y Cuba. A estas alturas, por más esfuerzos que hacían los Gobiernos democráticos de Colombia, Venezuela y Costa Rica, por reorientar por los cauces apropiados el proceso político de Nicaragua, éste se les había ido de las manos.

En 1981, Ronald Reagan asume el poder en los Estados Unidos y se produce un cambio total en la política norteamericana que se caracteriza por una competencia a escala mundial con la Unión Soviética. El fortalecimiento del gasto de defensa y de las fuerzas armadas de los Estados Unidos, unido a una disputa permanente en cualquier campo y conflicto, terminaron por causar, producto de una crisis política y económica, la desaparición de la Unión Soviética y la permanencia, a partir de entonces, de los Estados Unidos como única superpotencia en el mundo.

La reacción de los Estados Unidos contra el régimen de orientación marxista de Nicaragua, la guerra civil que se extiende por Centroamérica y el temor de que se extienda a México y a su frontera sur, hace que, tanto en la vía política como militar, apoye a los gobiernos aliados suyos en la región y trate de derrocar al régimen nicaraguense. Si el conflicto se extendía a Costa Rica que estaba desarmada, no se sabía que podía pasar en Panamá, punto vital a los intereses comerciales y militares estadounidenses por el Canal de Panamá. A esto debe sumarse la presencia en Grenada, en el Caribe, de un Gobierno marxista que empieza también a recibir ayuda militar de Cuba y a construir un aeropuerto

militar que, según se dice, puede recibir modernos aviones Migs de combate, lo que podían tener a América del Sur bajo su radio de acción. Los Estados Unidos primero invaden Grenada y derrocan al Gobierno aliado de Cuba. Luego se prepara a derrocar al Gobierno sandinista. Ante esto parecía que la única opción para Centroamérica era militar y la guerra inevitable.

Latinoamérica, a los ojos de la Administración Reagan, no sólo había fracasado en la solución del conflicto de Nicaragua sino que había dado lugar a la extinción del conflicto a toda América Central y a la penetración soviético-cubana en el área. Al principio, los latinoamericanos parecen no reaccionar ante este panorama. Pero luego, ya en el año de 1983, empiezan a hacerse presente las gestiones diplomáticas que, después de muchos años y esfuerzos, logran pacificar la región. Estas empiezan por el proceso de Contadora.

Dice Edelberto Torres-Rivas, en su Historia General de Centroamérica, que:

La experiencia de Contadora constituye una extraordinaria iniciativa de la política exterior de cuatro países vecinos, México, Venezuela, Colombia y Panamá. Una invitación del canciller panameño Juan José Amado III a sus pares Rodrigo Lloreda Caicedo, colombiano, Bernardo Sepúlveda, mexicano y José Alberto Zambrano, venezolano, encontró simpatía y decisión para reunirse en la isla de Contadora, en enero de 1983. Allí los cancilleres de los cuatro países examinaron la situación centroamericana y formularon una Declaración en que se llama al diálogo y a la negociación como instrumentos eficaces para reducir las tensiones y establecer las bases para un clima de convivencia pacífica y respeto mutuo.

El papel mediador de Contadora se desarrolló por más de tres años por intermedio de reuniones de consulta periódicas y encuentros con los cancilleres y presidentes centroamericanos. El prestigio de la iniciativa de Contadora creció rápidamente con el apoyo recibido de la VIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de Países No Alineados, del Consejo de Seguridad y la Asamblea General de Naciones Unidas, del Consejo de Ministros del SELA y de numerosos gobiernos europeos. El documento más importante producido fue el Acta de Contadora para la Paz y la Cooperación, aprobado en la VII Reunión de Consulta, el 7 de septiembre de 1984. El antecedente de este documento fue la Declaración

de Cancún (17 de julio de 1983), emitida por los cuatro presidentes del Grupo de Contadora.

Tanto el borrador como la versión final del Acta de Contadora fue objeto de arduas y morosas negociaciones realizadas por los cancilleres y presidentes de los cuatro países de Contadora. La oposición a veces cuidadosa y por momentos directa pero persistente de los gobiernos de Costa Rica, Honduras y El Salvador a Contadora fue evidente. El llamado “Bloque de Tegucigalpa” hizo objeciones de distinto tipo que demoraron la preparación del acta, el borrador inicial fue firmado por Nicaragua. Con apoyo en este documento, dicho gobierno propuso la firma de un acuerdo de no agresión a Honduras, así como el cese de suministros de armas y otros aspectos, iniciativa que fue rechazada. Era este el período de mayor ofensiva de “la Contra”. El 1 de mayo de este año (1985) Washington anunció oficialmente el embargo comercial a Nicaragua y la suspensión de la navegación marítima y aérea entre ambos países. Fue ésta la época en que el general Noriega confesó haber rechazado su participación en una invasión a Nicaragua.

El 29 de julio de 1985 los gobiernos de Argentina, Brasil, Perú y Uruguay formaron el Grupo de Apoyo, que terminó por definir una política latinoamericana para Centroamérica. El prestigio internacional de la acción de Contadora aumentó en un clima internacional de apoyo decisivo a las negociaciones para detener los conflictos, a los mecanismos de verificación y control para evitar la injerencia militar extranjera, así como la necesidad de alcanzar la reconciliación nacional y la democracia. En el curso de estos desarrollos, el presidente Reagan presentó el Informe de la Comisión Nacional Bipartidista (Informe Kissinger) que contiene la percepción norteamericana de la crisis centroamericana y recomienda medidas para su solución.

La iniciativa de Contadora fue un valioso instrumento de la diplomacia latinoamericana, que sacó por vez primera de la Organización de los Estados Americanos y de la influencia directa norteamericana la discusión de un problema regional. Después de entregada el Acta final a los presidentes centroamericanos, hubo aún un último esfuerzo realizado por los grupos de Contadora y de Apoyo, que emitieron El Mensaje de Caraballeda para la Paz, la Seguridad y la Democracia en Centroamérica (11-12 de enero de 1986). Meses después la iniciativa empezaría a decaer, pese a los

esfuerzos similares de los secretarios generales de la ONU y la OEA. En enero de 1987 los cancilleres de los ocho países reconocen que aún no se cuenta con la voluntad política para alcanzar la paz en Centroamérica.⁶

VI

El Proceso de Esquipulas

El Proceso de Esquipulas, que tiene como antecedente inmediato la experiencia de Contadora y es su secuencia lógica, permitió que los cinco Estados centroamericanos firmaran el 7 de agosto de 1987 el documento titulado Procedimiento para Establecer la Paz Firme y Duradera en Centroamérica.

Mediante la firma de este documento se inició un proceso político, de diálogo y pacificación que, finalmente, trajo la paz en Centroamérica. Primero en Nicaragua y luego en El Salvador y Guatemala, el llamado a la guerra fue quedando en el olvido y la reconciliación empezó a ganar espacios donde antes no tenía cabida.

La iniciativa en este campo la tuvo el Presidente de Guatemala Vinicio Cerezo Arévalo, por cuya iniciativa se reunieron los Presidentes centroamericanos en mayo de 1986 para firmar una declaración general sobre los problemas de la paz y el diálogo. El Presidente de Costa Rica, Oscar Arias Sánchez, invita en febrero del año siguiente a sus colegas a discutir su propuesta “Una Hora para la Paz”, pero no es sino hasta la cumbre presidencial que se celebra el 6 y 7 de agosto de 1987 en Ciudad de Guatemala donde prevalece y fructifica la propuesta del Presidente Arias, a quien se le confiere el Premio Nobel de la Paz por sus esfuerzos por la paz en Centroamérica.

Este documento contiene 12 puntos principales que ilustran a cabalidad su contenido:

- 1) Reconciliación nacional;
- 2) Exhortación al cese de hostilidades;
- 3) Democratización;
- 4) Elecciones;
- 5) Cese de ayuda a las fuerzas irregulares o a los movimientos insurreccionales;
- 6) No uso del territorio para agredir a otros Estados;
- 7) Negociaciones en materia de seguridad, verificación, control y limitación de armamento;
- 8) Refugiados y desplazados;

- 9) Cooperación, democracia y libertad para la paz y el desarrollo;
- 10) Verificación y seguimiento internacional;
- 11) Calendario de Ejecución de compromisos; y
- 12) Disposiciones finales.

VII La Paz en Nicaragua

La consecuencia inmediata de los acuerdos de Esquipulas fue la pacificación, en primer lugar, de Nicaragua y, posteriormente, en 1992 de El Salvador y en 1996, Guatemala.

La situación en Nicaragua en la fecha de la firma de los acuerdos de Esquipulas era muy compleja y difícil. “La Contra”, armada y financiada por los Estados Unidos y que operaba en bases al sur en territorio hondureño, no podía derrotar militarmente al ejército sandinista que tenía miles de hombres sobre las armas y un abundante armamento, nuevo y viejo, suplido por la Unión Soviética y Cuba. Con gran parte de su población más calificada en el exilio, sin inversiones de capital para estimular su economía, con la inflación más alta conocida en la historia y una guerra permanente de desgaste en el campo militar, ante un colapso social inminente, los sandinistas optan por la salida negociada.

El 25 de febrero de 1990 se celebran elecciones en Nicaragua y la Unión Nacional Opositora gana las elecciones al gobernante Frente Sandinista de Liberación Nacional. Violeta Chamorro asume el poder ese mismo año, cesan las hostilidades, cesa la ayuda a “la Contra”, sus integrantes se desarmen y, en condiciones difíciles empieza a orientar la vida de Nicaragua un gobierno civil que fundamentalmente controla el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Los sandinistas continúan insertos dentro del Poder Judicial, el Ejército y el Tribunal Supremo Electoral.

Poco a poco los exiliados empiezan a regresar. Esta inyección humana en Nicaragua va paralela con inversiones económicas que empiezan a levantar al país. Algunas de las empresas y propiedades confiscadas son devueltas. No todas. Unas por haber sido repartidas en la reforma agraria o urbana y otras por haberse apropiado de ellas los sandinistas o sus allegados.

En el año 1996 gana las elecciones el Partido Liberal y vuelven a perder los sandinistas. Aunque el país ha ido canalizando su vida

institucional a través de decisiones políticas tomadas por civiles y el ejército dejó de ser un brazo armado del sandinismo, estos siguen siendo la segunda fuerza política del país.

Lo que no ha superado Nicaragua es la debacle económica de los años ochenta. Como la confianza no termina de entronizarse en su vida social y todavía existe temor en su población, no hay suficientes inversiones y la recuperación económica no ha sido suficiente para superar la pobreza, la enfermedad y el desempleo que amenazan el futuro de este país.

VIII La Paz en El Salvador. Los Acuerdos de Chapultepec

El 16 de enero de 1992 en Ciudad de México el Gobierno de El Salvador y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional firmaron los Acuerdos de Chapultepec, junto con el Secretario General de las Naciones Unidas, Boutros Boutros-Ghali.

Con la firma del Acuerdo de Paz terminó la guerra civil de El Salvador de 12 años de duración, que cobró la vida de decenas de miles de personas y provocó también miles de desplazados. Como consecuencia, la guerrilla del Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional desapareció como organización militar y se integró a la vida política del país. Por su parte, el Gobierno se comprometió a depurar y a reformar la Fuerza Armada, a crear una Policía Nacional Civil, a mejorar el Poder Judicial para lo cual se creó el Consejo Nacional de la Judicatura y la Procuraduría Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos, a reformar el Sistema Electoral y a mejorar las condiciones sociales de la población mediante una mejor distribución de la tierra y el otorgamiento del crédito bancario apropiado.

El Acuerdo de Paz incluyó el papel de Naciones Unidas para verificar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por las partes, para lo cual ha sido vital la presencia de ONUSAL en El Salvador, fuerza multinacional integrada por civiles y militares que ha jugado un papel vital en la pacificación de ese país.

Las consecuencias de la guerra civil todavía se palpan en este país, donde la violencia se ha trasladado hoy en día a la delincuencia común.

Sin embargo, el campo económico ha venido creciendo sostenidamente, ayudado por las remesas que desde el exterior envían a sus familiares, principalmente desde los Estados Unidos, los cientos de miles de personas que abandonaron el país como consecuencia de la lucha armada o la crisis económica y social que esta provocó.

La Comisión de la Verdad para El Salvador, creada por los Acuerdos de México de 26 de abril de 1991, integrada por Belisario Betancur, Reinaldo Figueredo Planchart y Thomas Buergenthal, dio a conocer en New York el 15 de marzo de 1993 el texto de su informe, en el cual se documentan los horrores ocurridos en esta guerra civil que conmovió la conciencia de toda la humanidad.

IX

Los Acuerdos de Paz en Guatemala

Guatemala, que sufrió el conflicto más largo y de raíces más profundas en Centroamérica, fue el último en alcanzar la paz. El Acuerdo de Paz Firme y Duradera, entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca, fue firmado en Ciudad de Guatemala el 29 de diciembre de 1996. Por las Naciones Unidas firmó el Secretario General Boutros Boutros-Ghali. La presencia en Guatemala de MINUGUA durante todos estos años, ha sido un factor determinante de estabilidad.

Los Acuerdos de Paz, que son varios, incluyen el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos firmado en 1994, el Acuerdo para el Reasentamiento de las Poblaciones Desarraigadas por el Enfrentamiento Armado de 1994, el Acuerdo sobre el Establecimiento de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones de los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que han causado sufrimiento a la Población Guatemalteca de 1994, el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas de 1995, el Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria de 1996, el Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática de 1996, el Acuerdo sobre el Definitivo Cese al Fuego de 1996, el Acuerdo sobre Reformas Constitucionales y Régimen Electoral de 1996, el Acuerdo sobre Bases para la Incorporación de la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca a la Legalidad de 1996 y el

Acuerdo sobre Cronograma para la Implementación, Cumplimiento y Verificación de los Acuerdos de Paz, que al igual que el Acuerdo de Paz Firme y Duradera se firmó en Ciudad de Guatemala el 29 de diciembre de 1996.

La ejecución de estos Acuerdos sufrió un duro revés al no haberse aprobado las correspondientes reformas constitucionales en el referendo del pasado 16 de mayo. Con un nivel de abstención que alcanzó el 80% de los cuatro millones de electores que componen el padrón electoral, la negativa afecta principalmente a los pueblos indígenas cuya diversidad y pluriculturalidad iba a ser reconocida con la reforma del art. 1º. Sin embargo, la agrupación Ciudadanos por el Sí, de la que era miembro la indígena quiché Rigoberta Menchú Tum, premio Nobel de la Paz 1992, activa participante en la formulación y aprobación de los Acuerdos, aceptó la derrota y reconoció la voluntad popular.

Sin embargo, Guatemala empezó, a partir de 1997, a recorrer un camino que, de cumplirse cabalmente los Acuerdos de Paz, terminará algún día por pacificar a un país y a una sociedad que ha vivido inmersa en la violencia durante las últimas décadas, fortalecerá al poder civil frente al militar, cuya participación en la vida política de Guatemala en los últimos 120 años ha sido asfixiante, relegará a los militares a cumplir sus funciones naturales, fortalecerá el régimen de Derecho y el sistema electoral y, sobre todo, ojalá ayude a transformar a Guatemala en una sociedad más abierta e igualitaria, en la que el bien común sea la guía de sus gobernantes.

Debe señalarse que la magnitud de la tragedia de los pueblos centroamericanos, pero principalmente la de Guatemala, se comprende al leer el documento denominado “Guatemala. Memoria del Silencio” informe rendido por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico, integrada por Christian Tomuschat, Otilia Lux de Cotí y Alfredo Balsells Tojo y “Guatemala Nunca Más”, elaborado por la Iglesia Católica entre 1995 y 1998 y cuyo coordinador, Monseñor Juan Gerardi Conedera, fue asesinado dos días después de su entrega.

X

La Paz en Centroamérica

Con la firma del último de los acuerdos de paz en Guatemala a finales del año 1996, se puede

decir que, formalmente, Centroamérica inició un proceso de paz, reconciliación y reconstrucción. Sin embargo, las causas internas que generaron el conflicto y polarizaron socialmente a la población centroamericana siguen presentes. En efecto, la pobreza y marginación de grandes sectores de la población, la falta de educación, asistencia médica y el desempleo, están hoy en día presentes en la vida diaria de los centroamericanos, lo mismo que lo estaban hace 25 años e, inclusive, se han agravado en gran medida como consecuencia de la misma guerra que se libró en los años ochenta y, más recientemente, por los desastres naturales provocados por el Huracán Mitch.

Las causas externas del conflicto sí han desaparecido, al terminar el abastecimiento de armas a la región por los bandos en pugna en esos años. Cuba, con la desaparición de la Unión Soviética, entra en una grave crisis económica y debe preocuparse por sobrevivir ella misma. Por su parte, los Estados Unidos de América se conforman con ver gobiernos legítimos, elegidos popularmente en las urnas, que alcanzaron la paz mediante acuerdos políticos. De parte de los Estados Unidos no sólo cesa la ayuda militar a “la Contra” sino que reduce la asistencia técnico-económica a los gobiernos de la región, con lo que a los nuevos regímenes democráticos se les ha hecho muy difícil mejorar la situación económica de sus países y, para la población, la democracia, aunque no existe ya el conflicto armado, no le ha mejorado su situación social, con lo cual no se ha logrado legitimar este sistema político a los ojos de las grandes mayorías desposeídas. Esto ha provocado una corriente migratoria hacia los Estados Unidos que no cesará hasta que mejoren las condiciones de vida en Centroamérica. Esta actitud de dar armas en la guerra y no dar comida en la paz es equivocada. Ayudar para la guerra y no para desarrollar la región es estar generando un conflicto social que ya ha empezado a preocupar a los propios Estados Unidos con el problema de los emigrantes ilegales.

Debe resaltarse también que la firma de los Convenios de paz no hizo desaparecer la violencia, los grupos paramilitares y las violaciones a los derechos humanos en Centroamérica. Aunque en menor escala, la violencia persiste. Miles de armas y las minas terrestres son una herencia de la guerra que no desaparece de la noche a la mañana. Aunque la violencia hoy en día no es institucional en Centroamérica y no obedece a una política de los gobiernos, la consecuencia de tantos años de guerra es una población violenta, que todavía resuelve sus rencillas a través del conflicto y no de los cauces

institucionales como con los tribunales de justicia. El linchamiento de los delincuentes comunes, principalmente en Guatemala y también en otros países de la región, es elocuente por sí misma.

XI Conclusiones

1. El conflicto centroamericano tuvo causas internas propias, de naturaleza social, económica y política, muchas de las cuales han estado presentes históricamente en el área y no desaparecieron con la firma de los convenios de paz y el cese de los enfrentamientos armados.
2. El conflicto centroamericano tuvo también causas externas, propias de la guerra fría que todavía se vivía en el mundo durante la década de los ochenta, y fue un campo más de enfrentamiento entre las superpotencias, los Estados Unidos y la Unión Soviética, en el cual estos pusieron las armas y los centroamericanos los muertos.
3. Pese a que el factor externo pesó mucho en la conducción del conflicto, sobre todo al principio de la década de los ochenta, la cordura y la sensatez se impusieron y dieron campo a que la acción diplomática latinoamericana prevaleciera y los bandos centroamericanos en pugna buscaran soluciones políticas negociadas al conflicto, en vez de que se impusiera la fuerza de las armas.
4. La solución pacífica se encontró bajo el alero de las Naciones Unidas y no del organismo regional, la Organización de los Estados Americanos. El Gobierno Sandinista de Nicaragua, aliado entonces de Cuba y la Unión Soviética, desconfiaba del foro americano por el enorme peso que tiene en él los Estados Unidos de América, peso que es menor en las Naciones Unidas donde la Unión Soviética tenía veto en el Consejo de Seguridad y donde contaba con el apoyo de muchos países del tercer mundo en la Asamblea General.
5. Los mismos países latinoamericanos buscaron un foro propio donde dirimir el conflicto, primero el Grupo de Contadora y luego el Grupo de Río, todo lo cual debilitó enormemente al foro regional.⁷
6. Los países limítrofes con Centroamérica son México y Panamá; sin embargo, terminado el

conflicto centroamericano, México y Colombia son el nuevo escenario donde se traslada y desarrolla el mismo. Pese a que Colombia ha sufrido la violencia desde los años cincuenta, la guerra recrudece en los noventa. Panamá sufre una invasión militar en 1989; México y Colombia sufren hoy día la violencia de la guerrilla y el narcotráfico en conflictos que, sobre todo en Colombia, amenaza la existencia misma del Estado y, finalmente, Venezuela se encuentra sumida en una crisis económica, social y política, de muy difícil solución. Los países miembros del Grupo de Contadora, con excepción de Panamá que ha normalizado su vida institucional, política y económica, son los que sufren hoy día la espiral de la violencia. Aunque el factor externo de la

guerra fría ha desaparecido, el narcotráfico, con sus enormes recursos económicos que corrompen a los funcionarios estatales y si no los elimina, sin importar que sean jueces o policías, plantea un nuevo desafío sin parangón en la historia de América Latina, porque este tipo de conflictos no se solucionan con gestiones diplomáticas o entendimientos entre potencias.

Será la historia la que nos diga mañana si este nuevo desafío a la paz se superó por la imposición de los Estados por la fuerza sobre las familias o grupos de narcotraficantes, o si estos, mediante la violencia y la corrupción, desnaturalizaron el proceso histórico de evolución del Estado y aceleraron su destrucción en el centro mismo de América.

Bibliografía

- Acuerdo de Chapultepec. San Salvador, 1989. 78 págs.
- Ascher, William y Hubbard, Ann, eds. *Recuperación y Desarrollo de Centroamérica: Ensayos del Grupo Especial de Estudios de la Comisión Internacional para la Recuperación y el Desarrollo de Centroamérica*. Durham: Duke University, 1989. 460 págs.
- Asociación Nicaragüense Pro-Derechos Humanos. *Informe Anual sobre la Situación de los Derechos Humanos*. Nicaragua, 1997. S.n.t.. 15 págs.
- Astorga, Luis Fernando y Hernández, Benjamín. *La Violencia delictiva y la Inseguridad de los habitantes en Centroamérica*. En: Brecha/CODEHUCA, 1998, pp. 11-14.
- Barahona Riera, Francisco y Carballo Quintana, Manuel, comps. *Reconversión Militar en Centroamérica*. San José: Fundación Friedrich Ebert, 1995. 178 págs.
- Bardonnnet, Daniel y Cançado Trindade, Antônio Augusto, eds. *Derecho Internacional y Derechos Humanos: Libro Conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de la Haya* (24 abril-6 mayo, 1995: San José, Costa Rica). San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Academia de Derecho Internacional de La Haya, 1996. 324 págs.
- Basombrío Inglesias, Carlos. *La Paz: Valor y Precio. Una Visión Comparativa para América Latina*. Lima: Instituto de Defensa Legal, 1996. 226 págs.
- Bethell, Leslie, ed. *Historia de América Latina: 6. América Latina Independiente, 1820-1870*. Barcelona: Editorial Crítica, 1991. 473 págs.
- Comisión Internacional para la Recuperación y el Desarrollo de Centroamérica. Informe: *Pobreza, Conflicto y Esperanza: un Momento Crítico para Centroamérica*. Durham: Duke University, 1989. 139 págs.
- Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA). *Informe Trimestral sobre la Situación de los Derechos Humanos en Centroamérica*. San José: CODEHUCA, 1996. 100 págs.
- Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (CODEHUCA). *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Centroamérica*, mayo, 1997-mayo, 1998. San José: CODEHUCA, 1998. 90 págs.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos de las llamadas "Comunidades de Población en Resistencia" en Guatemala*. Washington, D.C.: OEA, Secretaría General, 1994. 26 págs. (OEA/Ser.L/V/II.86/doc. 5, rev. 1).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en El Salvador*. Washington, D.C.: OEA, Secretaría General, 1978. 87 págs. (OEA/Ser.L/V/II.46/doc. 23, rev. 1).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en El Salvador*. Washington, D.C.: OEA, Secretaría General, 1994. 87 págs. (OEA/Ser.L/V/II.85/doc. 28, rev.)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala*. Washington, D.C.: OEA, Secretaría General, 1981. 134 págs. (OEA/Ser.L/V/II.53/doc. 21, rev. 2).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Nicaragua*. Washington, D.C.: OEA, Secretaría General, 1985. 115 págs. (OEA/Ser.L/V/II.66/doc. 16).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República de Guatemala*. Washington, D.C.: OEA, Secretaría General, 1981. 134 págs. (OEA/Ser.L/V/II.53/doc. 21, rev. 2).

- Corte Centroamericana de Justicia. *La Competencia de la Corte Centroamericana de Justicia*. Managua: Corte Centroamericana de Justicia, 1996. 199 págs.
- Corte Internacional de Justicia. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 392.
- Corte Internacional de Justicia. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14.
- De la Locura a la esperanza: La guerra de 12 Años en El Salvador. *Informe de la Comisión de la verdad para El Salvador*. San Salvador/ Nueva York: Naciones Unidas, 1992-1993. 211 págs. (La Comisión de la verdad para El Salvador estuvo integrada por Belisario Betancur, Presidente; Reinaldo Figueredo Planchart y Thomas Buergenthal).
- ECA, *Estudios Centroamericanos* (Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas", El Salvador). Vol. 53 (591-592), ene.-feb. 1998.
- Estudios Internacionales, vol. 8 (15), enero-junio 1997.
- Gaceta Oficial. Corte Centroamericana de Justicia. Managua. Vol. 1 (1; 2), 1995.
- Gaceta Oficial. Corte Centroamericana de Justicia. Managua. Vol. 2 (3), 1996.
- García Laguardia, Jorge Mario. *Derechos Humanos y Acuerdos de Paz en Guatemala, 1997*. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio. San José: Corte IDH, Unión Europea, 1998. Vol. I: pp. 143-168.
- Giammattei Avilés, Jorge Antonio y Guerrero Gómez, Mireya. *Fundamentos Constitucionales Centroamericanos del Derecho Ambiental y Agrario*. Managua: Corte Centroamericana de Justicia, 1995. 103 págs.
- Gran Enciclopedia Rialp Ger. Madrid: Ediciones Rialp, 1981, pp. 71-81.
- Gutiérrez Gutiérrez, Carlos José. *La Corte de Justicia Centroamericana*. San José: Editorial Juricentro, 1978. 161 págs.
- Historia General de Centroamérica. Edición a cargo de Edelberto Torres-Rivas. Madrid: Comunidades Europeas, FLACSO, 1993. Tomo VI: 250 págs.
- Kumar, Krishna, ed.. *Rebuilding Societies after Civil War: Critical Roles for International Assistance*. Boulder, Co.: Lynne Rienner, 1997. 328 págs.
- Lines Fournier, Vicente y López Bolaños, Jairo Francisco. *Solución Pacífica de Controversias Internacionales: La Corte Centroamericana de Justicia*. San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1996. (Tesis de grado para optar por el título de Licenciado en Derecho). 546 págs.
- Los Acuerdos de Paz. Guatemala: FONAPAZ, 1997. 195 págs.
- Nikken, Pedro. *El Manejo del Pasado y la Cuestión de la Impunidad en la Solución de los Conflictos Armados de El Salvador y Guatemala*. En: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio. San José: Corte IDH, Unión Europea, 1998. Vol. I: pp. 143-168.
- Procedimiento para Establecer la Paz Firme y Duradera en Centroamérica. San José, 1987. 19 págs.
- Rodríguez Serrano, Felipe. *Los Derechos de Costa Rica y Nicaragua en el Río San Juan*. San José: Lehmann, 1983. 63 págs.
- Zambrano Velasco, José Alberto. *Centroamérica y Contadora*. Caracas: Editorial Ex Libris, 1989. 2 vols.

Notas

1. Bethell, Leslie, ed. *Historia de América Latina: 6. América Latina Independiente, 1820-1870*. Barcelona: Editorial Crítica, 1991, p. 144.
 2. Gutiérrez Gutiérrez, Carlos José. *La Corte de Justicia Centroamericana*. San José: Editorial Juricentro, 1978, pp. 151 y 152.
 47. Lines Fournier, Vicente y López Bolaños, Jairo Francisco. *Solución Pacífica de Controversias Internacionales: La Corte Centroamericana de Justicia*. San José: Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 1996. (Tesis de grado para optar por el título de Licenciados en Derecho). 546 págs.
 48. *Historia General de Centroamérica*. Edición a cargo de Edelberto Torres-Rivas. Madrid: Comunidades Europeas, FLACSO, 1993. Tomo VI: p. 11.
 49. La banca fue reprivatizada y el comercio exterior liberalizado durante el primer gobierno de la Alianza Republicana Nacionalista (ARENA) ejercido por Alfredo Cristiani (1989-1994).
 50. Ibid, pp. 24 y 25.
- Cuando estalló la crisis de Panamá a finales de los años ochenta como consecuencia de la dictadura del General Manuel Antonio Noriega, carece de fuerza para encontrar soluciones propias y los Estados Unidos finalmente invaden Panamá el 20 de diciembre de 1989 y derrocan al Gobierno de Noriega.

XIV

LÍNEAS DE TRABAJO PARA MEJORAR LA EFICACIA DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

.....
VIVIANA KRSTICEVIC

Co-Directora del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).

I. Introducción

¿Cuál es el impacto del derecho internacional en la protección de los derechos humanos en las Américas? ¿Los Estados cumplen con los compromisos adquiridos a través de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención)? ¿Cómo se supervisan las obligaciones? ¿Quiénes tienen la obligación de supervisar dichas obligaciones? ¿Hay algún mecanismo para asegurar el cumplimiento de las decisiones de los órganos de supervisión? ¿Cómo se puede mejorar la relación entre los mecanismos de protección nacional de los derechos humanos y los mecanismos de protección internacional? Este artículo constituye un trabajo en progreso, en el que se esboza una respuesta comprensiva de estas inquietudes. El mismo describe algunos de los mecanismos disponibles de supervisión y cumplimiento de las obligaciones de los Estados asumidas al ratificar la Convención – de carácter convencional y no convencional –, sus limitaciones; y establece alternativas para la mayor eficacia del sistema a través de sugerencias dirigidas a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte), así como a los Estados de la región.

La conformidad del comportamiento de un Estado con las obligaciones establecidas en un tratado supone la identificación de las normas de conducta, y las técnicas que permiten que los Estados hagan efectivos los derechos y garantías reconocidos en el mismo; esto más allá del sistema de resolución de disputas previsto en el propio tratado.¹ En este sentido, un análisis comprensivo de la efectividad de la Convención

debe tomar en cuenta la incorporación de los derechos protegidos en la legislación local, la adecuación de las políticas de gobiernos, la efectividad de la protección judicial de los derechos y la reparación adecuada de las violaciones a los derechos, tanto como los mecanismos de cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión y las sentencias de la Corte previstos en la Convención.²

Este enfoque comprensivo, no limitado a los mecanismos convencionales, permite una evaluación más acertada de la efectividad del sistema interamericano así como la formulación de estrategias frente a diferentes actores del sistema interamericano con el fin de fortalecer la protección de los derechos humanos. La perspectiva es especialmente enriquecedora en el marco del proceso de análisis del sistema interamericano que ha iniciado la Organización de Estados Americanos, ya que permite formular líneas de trabajo para los órganos de supervisión, así como para los Estados. La metodología elegida, sin embargo, abre la discusión de más facetas del problema de las que podemos razonablemente agotar en este artículo; y es por ello que sólo se enunciarán algunos de los temas centrales pertinentes a esta discusión.³

II. El Papel de la Comisión y la Corte

La Comisión y la Corte cumplen un papel fundamental de garantía del cumplimiento de las obligaciones del Estado en el sistema interamericano. El principal instrumento que poseen para desempeñar dicha función es el procesamiento y resolución de peticiones individuales; el mismo permite un último contralor de las acciones del Estado en materia de

derechos humanos así como la reparación de los derechos de las víctimas. En este capítulo, nos vamos a detener en algunos aspectos de las actividades de los órganos convencionales que tienen impacto en la garantía del cumplimiento de Estado más allá de la resolución de casos. Trataremos dos cuestiones: primero, la importancia del desarrollo de los derechos protegidos en la Convención; segundo, los mecanismos previstos o permitidos por la Convención para la supervisión y ejecución de las decisiones de la Comisión y la Corte. Esto es, reseñaremos la práctica del sistema respecto al contenido de las reparaciones, para mostrar más adelante los mecanismos establecidos convencionalmente y en la práctica y sugerir modificaciones a los usos o a la regulación de dichos mecanismos.

A) La Determinación del Contenido y Alcance de los Derechos Protegidos

Una de las funciones más importantes de la Comisión y de la Corte es la interpretación de las disposiciones convencionales a fin de determinar el contenido y el alcance de los derechos protegidos, ello debido a que facilita a los Estados la adecuación de su legislación y sus prácticas. Los mecanismos a través de las que ella se lleva a cabo varían en uno y otro órgano: la resolución de casos individuales – compartida por ambos órganos⁴, el dictado de opiniones consultivas – propias de la Corte, y los informes especiales temáticos y sobre países – propios de la Comisión.

El impacto del establecimiento de estándares es claro en la experiencia europea. En Europa, los Estados sometidos a una sentencia que cuestiona la aplicación o el contenido de una ley, han cambiado las mismas:⁵ aun aquellos Estados respecto de los que la decisión no es vinculante, pero que poseen legislación o prácticas similares, han adecuado en numerosas ocasiones su legislación o práctica. Por ejemplo, el caso *Luedicke, Belkacen and Koc v. Alemania* catalizó no sólo una reforma del procedimiento penal en Alemania sino también en Francia; el caso *Marckx v. Holanda*, llevó a cambios en la legislación holandesa así como en la interpretación judicial de los tribunales de Luxemburgo sobre el tema de los hijos ilegítimos.⁶

En el sistema interamericano, el impacto

del establecimiento de estándares por la Comisión en los Estados de las Américas es de difícil evaluación. Podemos, sin embargo, mencionar algunos casos exitosos como el litigio, y la solución amistosa del caso *Verbitsky v. Argentina*⁷ que promovió la derogación de la figura del desacato del código penal argentino; o la opinión consultiva sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas en Costa Rica que motivó – años después de su dictado – un cambio legislativo destinado a derogar este requisito anticonvencional para la práctica del periodismo.⁸ Pero ellos se opacan frente a las faltas sistemáticas de cumplimiento, modificación de la legislación y la práctica. Por ejemplo, en los denominados casos de las amnistías: 28/92 Argentina, 29/92 Uruguay, 26/92 El Salvador, 36/96 Chile.⁹

Si bien existen reglas claras en cuanto a la protección de derechos y garantías fundamentales en la Convención, el sistema interamericano históricamente ha pecado de falta de consistencia en los criterios para la decisión de casos individuales principalmente a nivel de la Comisión. Un ejemplo de ello es el tratamiento en casos individuales y en informes sobre países de los derechos de los pueblos indígenas;¹⁰ otro, el tratamiento de dos casos de censura previa en 1995 y 1996.¹¹

Por otra parte, en los dos últimos años la Corte ha sido objeto de críticas debido a las interpretaciones restrictivas de la Convención que ha efectuado sobre interpretaciones de derecho y cuestiones de procedimiento.¹²

En la actualidad la comisión se ha abocado al estudio de una serie de temas que permitirán guías de acción más claras por parte de los Estados de la región en algunos de los temas más importantes para la defensa de los derechos básicos – ver más adelante la sección sobre ejercicios de compatibilidad de la legislación y la práctica. Es importante para facilitar la adecuación de la legislación y la práctica de los Estados – y con ello la protección de los individuos – que la Comisión y la Corte mantengan una absoluta consistencia en la decisión de casos, o distingan jurídicamente las situaciones. Por cierto, entendemos que la falta de adecuación de la conducta de los Estados en la región no se debe al desconcierto frente a algunas resoluciones sino a causas más profundas y complejas; sin embargo, frente a la desprotección nacional es aún más importante que la respuesta de los órganos de fiscalización del sistema interamericano sea clara y protectora.

B) El Contenido de las Reparaciones en las Decisiones de la Comisión y la Corte

El contenido de las reparaciones ha sido una de las áreas de desarrollo más innovador en el sistema interamericano que tiene efectos para el proceso de fiscalización en cabeza de los órganos convencionales, así como para la creación de mecanismos para ejecutar las decisiones de ambos órganos en el ámbito local. Es por ello que trataremos este tema a modo de introducción de dos de los temas cruciales para determinar la eficacia del sistema interamericano en los que la responsabilidad de la efectividad recae, en uno sobre los órganos convencionales y, en el otro, sobre los Estados.

Si bien los principios adoptados para la determinación de la reparación adecuada replican a los principios de otros tribunales internacionales¹³, la determinación del contenido de la reparación en forma expresa y detallada, y el tipo de provisiones para la reparación, en la decisión de la Comisión o la Corte son propios de nuestro sistema regional de protección.¹⁴ A su vez, el carácter específico de las reparaciones tiene implicancias para el proceso de fiscalización de cumplimiento de las mismas por los órganos convencionales y para la creación de mecanismos de implementación de ellas en el ámbito interno.

La Convención establece claramente en su art. 63.1 un criterio amplio en materia de reparación:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegido en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

El texto del art. 63 dispone que la Corte está facultada para disponer que "...se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados..." y "... se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos", todo esto, además del "pago de una justa indemnización". La

interpretación de los términos en su sentido corriente señala tres extremos: la obligación de garantía respecto del goce del derecho conculcado, la obligación de reparar las consecuencias de la medida o situación en cuestión y – por último – el pago de una justa indemnización.

En este sentido, los informes de la Comisión así como las sentencias de la Corte – tanto en las decisiones sobre el mérito, reparaciones o medidas provisionales – han adoptado una noción amplia del concepto de reparaciones que ha permitido a ambos órganos ir más allá del establecimiento de responsabilidad y de la determinación de la indemnización pecuniaria – en los casos en los que era pertinente –, y requerir una serie de medidas adicionales – que en general están relacionadas con la garantía del derecho conculcado o con la prevención de la recurrencia de la violación –. Entre ellas, la obligación de investigar los hechos, perseguir criminalmente a los culpables de las violaciones de derechos humanos, y eventualmente castigarlos; también les ha permitido establecer el derecho de los familiares de las víctimas – y de la sociedad – de conocer el paradero de los desaparecidos, la determinación de que una persona debe ser dejada en libertad, la determinación de que la legislación interna debe cambiarse para adecuarse a las obligaciones internacionales del Estado, la obligación del Estado de ejecutar una orden de detención, pendiente, la orden de levantar la censura previa de un libro, el cese de una campaña de hostigamiento.¹⁵ La característica peculiar del sistema interamericano no se encuentra en el tipo de reparación necesaria sino en la especificidad de las decisiones que establecen expresamente cuáles son algunas de las medidas necesarias para lograr el restablecimiento de la situación anterior, o si no es posible, entonces, en la adopción de las medidas sustitutivas necesarias para reparar integralmente la violación.¹⁶

Ello tiene, a su vez, consecuencias para el proceso de fiscalización en cabeza de los órganos convencionales, así como para la creación de mecanismos para ejecutar las decisiones de ambos órganos en el ámbito local, ya que el Estado no tiene la discreción para determinar cuáles serán las medidas necesarias para reparar las violaciones sino que existe un mínimo ya establecido por los órganos del sistema.

C) La Supervisión y la Ejecución de las Decisiones de la Comisión y de la Corte

La Corte y la Comisión realizan la supervisión del cumplimiento de sus propias decisiones. La Corte ha reiterado desde los casos hondureños, que supervisará el cumplimiento de la sentencia y sólo después dará por concluido el caso;¹⁷ por su parte, la Comisión históricamente realiza una supervisión acotada del cumplimiento de sus recomendaciones (este punto se desarrollará exhaustivamente en el siguiente capítulo).

La Convención sólo prevé un mecanismo para la ejecución de las sentencias de la Corte, y únicamente en el aspecto de la reparación que se realiza a través de una indemnización pecuniaria. Según lo establecido en el art. 68: “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. Aunque el Estado está obligado a cumplir las decisiones en su totalidad en virtud de los arts. 1º.1, 2º y el principio de buena fe. Esto pone en cabeza de los Estados la responsabilidad de establecer los mecanismos necesarios para hacer efectivas las resoluciones de los órganos del sistema, tanto de la Comisión como de la Corte, respecto a aquellos aspectos de la reparación cuya implementación no está prevista expresamente en la Convención; por ejemplo, los mecanismos que hagan posible liberar a una persona con sentencia firme, o aquellos que permitan la reforma de una ley que se encuentra en contravención con la Convención (nos detendremos sobre este aspecto en el capítulo siguiente sobre el papel de los Estados).

Por otra parte, la Convención, en su art. 65; prevé como mecanismo de garantía de la ejecución de las decisiones la intervención de los órganos políticos de la OEA en caso de incumplimiento de las sentencias de la Corte – en todos sus aspectos, no se restringe únicamente a la responsabilidad pecuniaria –. En ese sentido, el art. 65 establece: “La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a

sus fallos.” En virtud de este artículo la Corte tiene no sólo la facultad sino la obligación de supervisar el cumplimiento de las decisiones tomadas en cada uno de sus fallos a fin de reparar el daño causado. Sin embargo, la Corte no ha cumplido a cabalidad su mandato: “por múltiples razones, la Corte no ha señalado regularmente a la Asamblea las instancias de incumplimiento”.¹⁸ Algunos autores señalan que la norma no limita a la Corte al sometimiento de sus recomendaciones a la Asamblea General durante su período ordinario de sesiones sino que se extiende a otros órganos políticos de la OEA, como el Consejo Permanente al que se podría recurrir, por ejemplo, en el caso de incumplimiento de las disposiciones de medidas provisionales dictadas por la Corte cuando la Asamblea General no se encuentre sesionando.¹⁹ En ese mismo sentido, el Secretario General de la OEA recomendó en su “Nueva visión” como medida para incrementar la eficacia de los procedimientos de ejecución de sentencia, una participación más activa del Consejo Permanente que, sin actuar en detrimento de las facultades de supervisión de la Corte, efectuaría una supervisión administrativa intensa del proceso a nivel local a través de un sistema de pedido periódico de informaciones al Estado en mora.²⁰

La Convención no prevé un mecanismo de recurso a los órganos políticos de la OEA para las decisiones finales de la Comisión.²¹ Sin embargo, en la práctica, la Comisión ha sometido sus decisiones, recomendaciones temáticas, informes de carácter especial y sobre la situación de países a la Asamblea General al presentar su Informe Anual. En particular, desde 1975 hasta fines de los 80, la Asamblea General adoptó numerosas resoluciones sobre problemas de derechos humanos en Estados de la región señalados en los informes de la Comisión en su Informe Anual o en informes especiales sobre países²²; ello contribuyó a la estigmatización de gobiernos dictatoriales de aquella época.

En virtud del art. 65 de la Convención, la Corte debe efectuar aquellas recomendaciones que considere pertinentes a la Asamblea General a fin de garantizar el cumplimiento de sus fallos. Tampoco existen normas que determinen cuales son las recomendaciones apropiadas que la Comisión y la Corte deben hacer a la Asamblea, ni existen normas o prácticas claras sobre la respuesta que frente a ellas debe dar la Asamblea.

Si bien la facultad de la Corte de realizar recomendaciones a la Asamblea no ha sido

utilizada²³, la Corte podría presentar oralmente el tema a fin de que la discusión sobre el incumplimiento de un Estado específico actúe a modo de sanción, señalando públicamente al Estado frente a sus pares – como lo ha hecho sistemáticamente la Comisión –; podría asimismo recomendar que se inicien gestiones diplomáticas para analizar las posibilidades de cumplir con las obligaciones; la Asamblea General tiene la facultad de suspender la membresía de un gobierno que depone a un régimen democrático;²⁴ llamar la atención al Estado a través de la expedición de una resolución solicitando que se le suspenda de la organización.²⁵ La Asamblea también está facultada para efectuar una serie de recomendaciones a los Estados miembros – sin carácter vinculante –, como, por ejemplo, que impongan sanciones económicas al Estado que incumple, que los Estados incluyan el pago de las indemnizaciones o el cumplimiento de la sentencia como una condicionalidad para los procesos de integración, o para la conclusión de acuerdos económicos o préstamos, etcétera.

Si bien existen numerosas alternativas, los órganos convencionales no han recurrido de modo consistente a los órganos políticos, e históricamente la Asamblea General no ha mostrado mayor interés respecto del cumplimiento de las decisiones de los órganos convencionales. En el pasado, la respuesta de los órganos políticos de la OEA frente a las violaciones de derechos humanos, las dictaduras o gobiernos no democráticos, fue deficiente. En pocas y muy peculiares situaciones, como frente a la derrota militar del régimen de Somoza o frente a Cuba, los órganos políticos de la OEA han actuado con mayor determinación e interés.²⁶ Ello contrastó con el importante papel que cumplió la Comisión, como órgano autónomo, en la defensa de los derechos humanos. Ello contribuyó a llamar la atención sobre los abusos cometidos por gobiernos autoritarios, tuvo un impacto en la transición a la democracia – entre otros en Argentina, El Salvador, Nicaragua –, y a fortalecer las causas de la sociedad civil.²⁷

En los 90, con una nueva situación política por la prevalencia de gobiernos elegidos democráticamente y el fin de guerra fría, los Estados de la región han asumido un mayor compromiso en defensa de la democracia; ello se ha reflejado institucionalmente en la creación de la Unidad para la Promoción de la Democracia, el Compromiso de Santiago y la Resolución AG 1080 sobre acción colectiva de los Estados de la

OEA frente a quiebras institucionales. En este período es de esperar que las relaciones entre los órganos autónomos de defensa de los derechos humanos y los órganos políticos de la OEA desarrollen relaciones de cooperación más eficientes para lograr la efectiva protección de los derechos humanos. La Comisión y la Corte tienen frente a sí el desafío de involucrar a los derechos humanos que no reflejan en general políticas represivas de Estado; e incluso aquellas violaciones a los derechos humanos de carácter grave y sistemático en Estados elegidos democráticamente.

D) El Mecanismo de Seguimiento de las Recomendaciones de la Comisión²⁸

Como sostuvimos más arriba, una de las deficiencias del sistema interamericano de protección de los derechos humanos que se ha hecho notoria en los últimos tiempos está relacionada con la falta de supervisión efectiva de las recomendaciones finales de la Comisión establecidas en el informe definitivo del art. 51. Frente a la decisión final del caso, la Convención no prevé expresamente un mecanismo de fiscalización de las recomendaciones definitivas de la Comisión; y de hecho, en la mayoría de los casos individuales, la Comisión no ha actuado para supervisar activamente el cumplimiento de las recomendaciones efectuadas a los Estados en virtud de su informe definitivo del art. 51.

La Convención sí prevé un mecanismo de fiscalización de las recomendaciones de la Comisión en los casos individuales frente al primer informe que la misma elabora en virtud del art. 50 y al informe inicial del art. 51.²⁹ El procedimiento que contemplan esos dos artículos contiene un mecanismo de intensidad creciente, destinado a estimular al Estado afectado a fin de que cumpla con su deber de cooperar para la solución del caso³⁰, pero no determina expresamente cuales son las obligaciones de la Comisión ante la falta de cumplimiento de la decisión definitiva una vez que la misma ha sido publicada.

En la Opinión Consultiva 13/93, la Corte hace una interpretación de la Convención que nos permite sostener que la Comisión debe supervisar el cumplimiento de las recomendaciones

establecidas en el informe definitivo. Dicha opinión consultiva reconoce en cabeza de la Comisión la supervisión de la ejecución de sus decisiones finales. En ella, la Corte explica como la Convención Americana establece atribuciones particulares a la Comisión en la tramitación de los casos y la supervisión de la ejecución de las decisiones del sistema a falta de un Comité de Ministros – como establece el sistema europeo que sirvió de modelo del interamericano. Así la Corte sostiene:

[Los arts. 50 y 51 de la Convención] se inspiraron en los arts. 31 y 32 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, de acuerdo a los cuales cuando la Comisión Europea considera que existen violaciones a los derechos consagrados por dicha Convención, puede enviar el informe, que es sólo uno, al Comité de Ministros a fin de que éste disponga las medidas que el Estado afectado debe tomar, o someterlo en forma de demanda al conocimiento de la Corte Europea de Derechos Humanos para que el tribunal decida, de manera imperativa, sobre las violaciones alegadas.

Como en el sistema interamericano no fue establecido un órgano similar al Comité de Ministros, la Convención atribuyó a la Comisión la facultad de determinar si somete el caso a la Corte o bien si continúa conociendo del mismo y redacta un informe final, sobre las violaciones alegadas.³¹

Según el paralelo efectuado por la Corte, la Comisión asume las facultades del Comité de Ministros de modo que o bien envía el caso a la Corte, o elabora un informe final en el caso con recomendaciones que obligarían al Estado³², y cuyo cumplimiento debería supervisar.

En conclusión, es posible considerar que de un análisis cauteloso de la estructura de sistema interamericano a la luz de la doctrina de la Corte se deriva que la Comisión tiene el deber de evaluar el cumplimiento por parte de los Estados de las recomendaciones definitivas en virtud de su calidad de órgano de supervisión, el objeto protectorio del sistema y su preocupación por la efectividad del mismo. Aún si no se considerara a la supervisión de las recomendaciones finales como una obligación de la Comisión, es claro que la misma siempre tendría la facultad de realizar este tipo de supervisión en virtud de sus facultades generales de promoción y protección de los

derechos humanos previstas en el art. 41 de la Convención y 52 y 111 de la Carta de la OEA.

En particular, la Convención en su art. 41.d. enumera entre las facultades de la Comisión, la de “solicitar a los gobiernos de los Estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos”, de manera que es posible para la Comisión requerir a los Estados que le informen sobre las medidas específicas que han adoptado en relación con las recomendaciones, contenidas en los informes definitivos del art. 51 una vez que estos han sido publicados. Al mismo tiempo, la Comisión puede recibir “otras comunicaciones” en el contexto de la tramitación de denuncias individuales, que le permitirían informarse además desde el punto de vista de la víctima, sobre el cumplimiento del Estado de las recomendaciones efectuadas y para actuar sobre la base de la información recibida (art. 41.f. de la Convención).

Es precisamente la información que la Comisión pueda recolectar de ambas fuentes, relacionada con la actitud del Estado frente al cumplimiento de las recomendaciones, la que le permitiría preparar los estudios e informes pertinentes (art. 41.c de la Convención) formulando en ellos recomendaciones en caso de estimarlo necesario (art. 41.b de la Convención).³³

Más aún, según lo sostenido por la propia Corte, la Comisión tiene la capacidad de realizar aquellas acciones que le permitan llevar a cabo eficazmente sus objetivos³⁴; es lo que la doctrina ha llamado la teoría de los poderes implícitos – que ha sido utilizada ampliamente por la misma Comisión,³⁵ así como por la Comisión y Corte Europeas y el Comité del Pacto. En efecto, el seguimiento a sus recomendaciones del informe definitivo del art. 51, así como la adopción de un procedimiento formal de seguimiento, se encuadran dentro de los poderes que le otorga la Convención y constituye un paso más para la efectiva protección de los derechos de las personas.

Un argumento adicional para el desarrollo de un procedimiento de seguimiento puede ser el argumento de política legislativa tomado en cuenta por el comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que recientemente estableció a través de un desarrollo jurisprudencial un procedimiento de seguimiento de sus vistas – que es el nombre de las “recomendaciones” de

dicho órgano, motivado en su vocación por la efectiva protección de las víctimas. Así el Comité consideró que dicho mecanismo “era necesario a fin de que su propio trabajo en el procesamiento de casos individuales no degenerara en un ejercicio fútil”.³⁶

El caso del Comité del Pacto es de especial interés porque demuestra asimismo la posibilidad de crear un mecanismo de seguimiento en el caso de un órgano que emite recomendaciones de carácter no obligatorio. Por ello, independientemente del carácter de las recomendaciones de la Comisión, ella debería supervisar el cumplimiento de las mismas. Por otra parte, según lo establecido por la Corte en el caso Loayza Tamayo, la Comisión efectúa recomendaciones que un Estado debe “atender, y en virtud del principio de buena fe, debe realizar sus mejores esfuerzos para aplicar sus [dichas] recomendaciones”.³⁷

De hecho, la Comisión ha efectuado algún tipo de supervisión del cumplimiento de sus recomendaciones definitivas aunque no de manera consistente. En este sentido es valioso mencionar algunos ejemplos concretos. La Comisión ha supervisado la implementación de las recomendaciones definitivas formuladas en casos individuales emitiendo sus conclusiones en el capítulo de su Informe Anual sobre la situación de derechos humanos o en informes especiales referentes a la situación de derechos humanos en un Estado determinado. Éste fue el caso del análisis de la Comisión en el Informe Anual de 1994 en el capítulo IV sobre la situación general de los Derechos Humanos en El Salvador.³⁸ En dicho informe la Comisión consideró, entre otros aspectos, el grado de cumplimiento de las recomendaciones efectuadas en los informes adoptados entre 1983 y 1993, señalando: “Es de lamentar que en ninguno de ellos la CIDH ha recibido una respuesta de las autoridades a sus recomendaciones, ni un seguimiento a las solicitudes allí formuladas.” A continuación, la Comisión solicita nuevamente que “...Se implementen efectivamente las recomendaciones sugeridas dentro del ámbito de su competencia...” Por último, en opinión de la Comisión, las recomendaciones no pierden vigencia e importancia en tanto no sean acatadas al sostener que “La Comisión resume, pues, una recopilación de la doctrina que, en cuanto a casos individuales se refiere, ha venido elaborando desde 1983, mediante la formulación al Gobierno salvadoreño de recomendaciones que, en tanto no han sido

acatadas, no han perdido su vigencia ni su importancia y se vale de esta oportunidad para reiterarlas”.³⁹

La Comisión ha ido incluso más lejos, al requerir información específica de los Estados sobre el cumplimiento de las recomendaciones, con posterioridad a la publicación de los informes de acuerdo con el art. 51 de la Convención. Por ejemplo, al efectuar el Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia en el año 1993⁴⁰, la Comisión señaló que hasta esa fecha había producido los Informes 24/87; 1/92; 32/92; 33/92; 22/93; 23/93 y 24/93 en los que se recomendó al Gobierno colombiano investigar, hasta lograr la sanción de los responsables de las violaciones a las que se hace referencia en cada caso, pagar indemnizaciones compensatorias a los familiares de las víctimas y dar protección efectiva a los testigos que, con riesgo de sus vidas, han contribuido al esclarecimiento de los hechos. Lamentablemente, el Gobierno de Colombia no cumplió con las mismas y por ello la Comisión manifestó que “ve con honda preocupación que el Gobierno de Colombia haya hecho caso omiso de tales recomendaciones y por tal motivo lo exhorta, nuevamente, para que les dé cumplimiento”.

En el trámite de casos individuales, la Comisión ha utilizado un procedimiento de seguimiento creado *ad hoc* a petición de las víctimas, y en virtud de las amplias facultades de fiscalización de la propia Comisión. Actualmente la Comisión está realizando la supervisión del cumplimiento efectivo de sus recomendaciones en varios casos. El primer caso en el que la Comisión realizó un procedimiento de seguimiento fue el del informe 28/92, referente a graves casos de desaparición forzada de personas en la que intervino la Escuela Superior de Mecánica de la Armada (conocido como caso “ESMA”).⁴¹ Para ello se solicitó al Gobierno de la República Argentina, “información referente a las medidas que han sido tomadas para el cumplimiento de las recomendaciones del mencionado informe”; y cuyo trámite aún no ha finalizado. En este mismo sentido, la Comisión ha iniciado procesos de supervisión en el caso del informe 28/92 Amnistías de Uruguay, y el informe 43/96 General Gallardo, México.

En suma, la Comisión tiene el deber de realizar la supervisión del cumplimiento de las recomendaciones realizadas en sus informes, preliminar y definitivo. La fiscalización del cumplimiento de las recomendaciones finales a

través de conclusiones en el capítulo de su Informe Anual sobre la situación de derechos humanos, en informes especiales referentes sobre la situación de derechos humanos en un Estado determinado, o en casos individuales, ha sido poco consistente y débil. En efecto, la Comisión tiene a su alcance las facultades necesarias para reforzar la garantía del cumplimiento de las obligaciones a través de la institución de un procedimiento de seguimiento de carácter periódico y previsible de las decisiones individuales.⁴² Es crucial que la Comisión instituya un procedimiento de seguimiento de sus recomendaciones finales en el marco de su jurisdicción contenciosa a fin de fortalecer el sistema de protección y garantizar la seguridad jurídica de las partes.

III. El Papel de los Estados

A) El Compromiso de los Estados de Respetar y Garantizar los Derechos a Nivel Local

La adquisición de compromisos internacionales a través de la ratificación de tratados multilaterales de derechos humanos establece en cabeza del Estado la obligación de respetar y garantizar los derechos fundamentales de las personas sujetas a su jurisdicción.⁴³ En este sentido, la Convención sostiene en su art. 1º, titulado “la obligación de respetar los derechos”, que: “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna...” Por ende, el Estado se compromete a omitir ciertas acciones violatorias a los derechos garantizados, así como a realizar determinadas acciones a fin de permitir el efectivo goce de los mismos.⁴⁴

Al respecto la Corte ha dicho que: “El art. 1º, I... pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en

los términos previstos por la misma Convención.”⁴⁵ En suma, la obligación primordial del Estado es la de realizar todos aquellos esfuerzos a fin de garantizar los derechos a nivel local.

En este mismo sentido, el art. 2º de la Convención compromete a los Estados a adoptar aquellas disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención.⁴⁶

Art. 2º: Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1º no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

El dictado, reforma, adecuación de la legislación local constituye una garantía para el adecuado ejercicio y protección de ciertos derechos. Los desarrollos legislativos tienen la importante función de prevenir la ocurrencia o la continuación de una violación a las obligaciones asumidas.

La cláusula federal establecida en el art. 28 de la Convención⁴⁷ es una de aquellas normas que exigen al Estado el dictado o la adecuación de su legislación. Ella parece restringir la responsabilidad del Estado federal por las acciones u omisiones de los estados provinciales,⁴⁸ y por ello ha sido caracterizada como un anacronismo,⁴⁹ en particular comparada con la cláusula sobre estados federales del Pacto – art. 50 – Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –. La Corte, por su parte, ha señalado, al referirse al art. 1º.1, que la obligación de garantía implica el deber de los Estados Partes de organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁵⁰ Ello sin distinguir si al Estado federal del local. Desde esta perspectiva corresponde considerar que la Convención establece como deberes fundamentales a cargo de los Estados la garantía de los derechos que implica en un estado de organización federal la

obligación federal la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno pertinentes y necesarias para cumplir con tales deberes (art. 2º y 28.3).⁵¹

Por otra parte, el Estado debe adoptar decisiones a través de sus distintos órganos – como el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial – que aseguren la conformidad de la conducta del Estado con sus compromisos internacionales. En este sentido, los Estados están obligados a “organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁵²; a adoptar todas las medidas necesarias para prevenir las violaciones, investigar diligentemente las violaciones a los derechos, castigar a los responsables, remediar la violación a través de la restitución íntegra a la situación anterior, si ella no es posible, indemnizar pecuniariamente y adoptar otras medidas adecuadas de reparación a fin de remediar la violación causada.⁵³

Como surge de lo expresado, el papel de los tribunales nacionales en la garantía de las obligaciones convencionales es fundamental. Por una parte, frente a una causa judicial, la capacidad de interpretar e implementar las normas convencionales o de costumbre internacional recaen sobre el poder judicial local;⁵⁴ y, en definitiva, ellas son quienes aseguran el inmediato goce de los derechos protegidos convencionalmente. En la experiencia europea, la interpretación de los tribunales de la región de los derechos protegidos por la Convención Europea se ha realizado de conformidad con las decisiones de su corte regional europea.⁵⁵ En nuestra región, la jurisprudencia de los tribunales – con honrosas excepciones – no tiene en cuenta las posibles fricciones con las decisiones de la Comisión y la Corte – aunque existe el sustento normativo a nivel local para cambiar esta práctica. Por otra parte, en virtud del principio de subsidiariedad, en la medida que el juez actúe diligentemente en la investigación de una violación a los derechos básicos de un individuo en su jurisdicción, o aplique los criterios adoptados en los tratados ratificados por su país, o adecue sus razonamientos a los lineamientos de los órganos internacionales de supervisión de los tratados que obligan a su Estado, no va a existir un litigio internacional que involucre al Estado. Asimismo, el papel de los tribunales es crucial en la

implementación de las decisiones de la Comisión y la Corte.

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos ha creado un mecanismo de protección de los derechos para los casos que no son resueltos a nivel nacional con el propósito de hacerlos efectivos; con el cual los Estados tienen el deber de cooperar.⁵⁶ Ello, sin embargo, de ninguna manera desplaza la responsabilidad en la supervisión y la garantía de los derechos fundamentales de cabeza de los Estados a los órganos regionales de fiscalización, esto es, la Comisión y la Corte Interamericanas.

B) La Adecuación de la Legislación y la Práctica de las Obligaciones Internacionales del Estado

Como explicamos más arriba, el art. 2º de la Convención requiere que los Estados adopten aquellas disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención. En la práctica, la incorporación de las obligaciones internacionales en el ámbito interno, así como el dictado, reforma, adecuación de la legislación local constituyen una de las mayores garantías de compatibilidad entre la conducta del Estado y lo prescripto por la Convención.

i. La Incorporación de las Normas con Efectos Inmediatos y Jerarquía Constitucional

En la tradición latinoamericana, uno de los mecanismos de garantía del cumplimiento de las normas del tratado es de incorporación con efecto inmediato en el ámbito interno a través de la doctrina de la autoejecutoriedad de los tratados (*self-executing treaty doctrine*). La teoría y su significado para la efectividad de los tratados ha sido resumida por Buergenthal de la siguiente manera:

Las disposiciones autoejecutables de un tratado debidamente ratificado tienen el carácter de ley nacional directamente aplicable y, como

tal, derogar cualquier ley previa que esté en conflicto con ella. ... si se considera que un tratado de derechos humanos no tiene carácter autoejecutorio, este no podrá ser esgrimido en los tribunales nacionales de modo que prime sobre leyes internas que estén en conflicto con aquél, lo que reduciría en gran medida la utilidad de estos tratados.⁵⁷

Un segundo aspecto que ha tenido impacto en la aplicación y efectividad de los compromisos internacionales del estado en las Américas es la jerarquía dada a las normas del tratado en cuestión o los tratados de derechos humanos en general.⁵⁸ Aunque el mero reconocimiento legal no garantiza la vigencia de los derechos, la misma representa un paso importante.⁵⁹ En algunos estados se ha determinado la jerarquía supraconstitucional o constitucional de la Convención Americana – entre otros tratados o a través de una referencia genérica a las obligaciones internacionales del Estado –, o de los derechos protegidos por ella. Por ejemplo, el art. 46 de la Constitución guatemalteca de 1985 establece: “el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”.⁶⁰ De este modo, se han evitado los conflictos que genera el dictado de normas posteriores de igual jerarquía que podrían derogar o disminuir el alcance de los derechos protegidos. En otros Estados se ha establecido un rango legal supralegal, o incluso legal a los tratados en general, incluidos aquellos que establecen protecciones a los derechos fundamentales de los individuos.⁶¹ Por ende o bien los tratados prevalecen sobre el derecho interno pero no sobre las normas constitucionales, o las obligaciones asumidas en el tratado tienen el mismo rango que la ley interna, siguiendo las reglas tradicionales de derogación y reforma – la ley anterior deroga a la posterior, la ley especial deroga a la general –. Entre los países de la región que brindan un tratamiento diferencial a los tratados de derechos humanos podemos mencionar a Nicaragua, Constitución de 1987, art. 46; Chile, Constitución de 1989, art. 5º(II), Colombia, Constitución de 1991, art. 93; Brasil, Constitución de 1988, art. 4º II, 1º III, 5º, II; Argentina, Constitución de 1994, art. 75 (22).⁶²

En los países europeos en los que las normas sustantivas de la Convención Europea han sido incorporadas con el carácter de ley interna, la misma ha tenido un impacto mayor que en aquellos países en los que la misma tiene sólo

carácter de derecho internacional.⁶³ Más aún, en aquellos países, como en Austria, donde tiene jerarquía constitucional, el impacto de las decisiones del sistema europeo han sido aún mayores; de manera similar ha actuado la jerarquía especial por sobre las leyes generales en Bélgica Luxemburgo, Holanda y Suiza.⁶⁴ Otro modelo que ha generado efectos positivos ha sido la incorporación del lenguaje convencional en el texto de la Constitución o la inspiración de la normativa constitucional en la Convención (Chipre, Malta, España).⁶⁵ Con el ánimo de consolidar los derechos de las personas, los países de Europa central y Europa del este que recientemente ratificaron la Convención Europea han incorporado en su totalidad las previsiones sustantivas en el derecho interno; y además, varios de ellos han otorgado una jerarquía especial a los tratados de derechos humanos.⁶⁶

Si bien los tratados de derechos humanos no establecen expresamente cuál es la jerarquía que las normas convencionales deben tener a nivel interno,⁶⁷ de lo expuesto se colige que la incorporación con efectos inmediatos y con jerarquía constitucional garantiza con mayor amplitud los derechos reconocidos en los tratados.

ii. La Compatibilidad de la Legislación y la Práctica

La enriquecedora experiencia europea de realizar ejercicios de compatibilidad con anterioridad a la ratificación del tratado en países con problemas estructurales de adecuación de la legislación y la práctica no tienen un paralelo en la experiencia de los países de las Américas y el Caribe.⁶⁸ Sin embargo, es importante notar que tanto la Comisión como la Corte tienen amplias facultades para apoyar a los Estados en la determinación de la compatibilidad de la legislación y las prácticas a nivel doméstico con la normativa internacional.

La Corte, a través de la jurisdicción consultiva puede – no *motu proprio*, pero sí a través de una petición de cualquiera de los Estados o de los órganos establecidos en el art. 64 de la Convención – analizar la legislación local y la práctica de un Estado a fin de determinar su compatibilidad con la Convención. Más aún, la Corte ha analizado en numerosas ocasiones las disposiciones locales a fin de determinar su compatibilidad con las disposiciones convencionales. Por ejemplo, en su Opinión

Consultiva 5, la Corte analizó las normas de compatibilidad de la Colegiación Obligatoria de Periodistas con la Convención a solicitud del gobierno de Costa Rica.⁶⁹ Sin embargo, la Corte no tiene la obligación sino la facultad de emitir dicha opinión, lo que restringe las posibilidades de los Estados de recurrir a una opinión consultiva como medio efectivo para solucionar las posibles incompatibilidades de la legislación o prácticas nacionales.

La Comisión también posee la facultad de analizar la compatibilidad de la legislación y las prácticas de los Estados a pedido de un Estado o de *motu proprio* (art. 41).⁷⁰ Por otra parte, el art. 43 de la Convención pone en cabeza de los Estados la obligación de proporcionar a la Comisión las informaciones que ella solicite sobre el modo en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de la Convención.

La Comisión ha utilizado estas facultades analizando, aun fuera del marco de los casos individuales, la compatibilidad de la legislación y la práctica de los Estados de la región. Así lo ha hecho en sus numerosos informes según la situación de los derechos humanos en los países de la región, a través de informes especiales de carácter temático como, por ejemplo, en su “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁷¹, o los sucesivos informes sobre los “campos en los cuales han de tomarse medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos, de conformidad con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.⁷²

En la actualidad la Comisión se encuentra abocada al estudio de temas centrales a la protección de los derechos en el continente: los derechos de los pueblos indígenas, la discriminación de la mujer, las prisiones, los desplazados internos, y los trabajadores migrantes y sus familias.⁷³

Varios Estados de la región se enfrentan a dilemas legislativos como cuestiones de garantías del debido proceso en la justicia anti-terrorista en Perú y Colombia; la censura previa, el delito de sodomía o la ausencia de divorcio vincular en Chile; la discriminación de la mujer en la legislación civil en Guatemala; el derecho a un recurso contra la sentencia penal condenatoria en

la ley de defensa a la democracia en Argentina; las reparaciones de los abusos del pasado en Paraguay etc.. Debates muy complejos con aspectos políticos y morales de fundamental importancia que tienen consecuencias para la protección de ciertos derechos básicos protegidos en los tratados internacionales ratificados por dichos Estados.

En estos y otros casos, los Estados tienen la oportunidad de dilucidar el mejor camino para evitar la desarticulación de su legislación o práctica interna con las normas y estándares del derecho internacional, solicitando a la Comisión o la Corte que evalúen la compatibilidad de éstas con la Convención o el derecho internacional de los derechos humanos; ello de modo de minimizar el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, y maximizar el goce de los derechos protegidos convencionalmente para las personas bajo su jurisdicción.

C) Los Mecanismos de Implementación de las Decisiones de la Comisión y la Corte

La implementación de las decisiones de la Comisión y la Corte es uno de los temas cruciales para lograr la efectiva protección de los derechos de las personas en la región. La protección internacional queda inconclusa si en efecto no alcanza su objetivo de proteger a las personas porque las decisiones de los órganos de supervisión internacional no son ejecutadas a nivel local. En este mismo sentido, el Juez de la Corte, Augusto Cançado Trindade, sostiene que el futuro de la protección internacional depende en gran parte de la adopción y perfeccionamiento de medidas nacionales de implementación.⁷⁴

Según lo desarrollado más arriba en virtud de los arts. 1º.1 y 2º de la Convención, los Estados de la región tienen la obligación de garantizar los derechos, de reparar las violaciones cometidas, y ello implica, a nuestro entender, su deber de adoptar aquellas disposiciones de derecho interno que hagan posible la efectiva protección de los derechos, incluida la ejecución de las decisiones de los órganos internacionales de supervisión de sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos.⁷⁵

Ahora bien, como ya vimos el sistema interamericano tiene la peculiaridad de establecer reparaciones de carácter específico que hacen más compleja la implementación de las decisiones de los órganos convencionales. Por ejemplo, una decisión puede contemplar la reforma de una ley, la liberación de una persona, la necesidad de procesar y castigar a los culpables del amedrantamiento de otra, la reparación pecuniaria a la víctima. En consecuencia, el efectivo cumplimiento de las decisiones de los órganos de fiscalización probablemente dependa en un caso concreto de la acción concurrente de distintos órganos del Estado; y por ende, los mecanismos que el Estado debe crear para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones internacionales van a ser variados y de naturaleza compleja.

En la actualidad, algunos países de las Américas ya han establecido mecanismos especiales o normas que facilitan cumplimiento a las decisiones. Por ejemplo, respecto a las resoluciones de la Corte, el acuerdo firmado entre Costa Rica y la Corte dispuso que las resoluciones de dicho órgano o de su Presidente tendrían el mismo efecto que aquellas dictadas por el poder judicial costarricense una vez que las mismas hayan sido comunicadas a las autoridades administrativas y judiciales de dicho país.⁷⁶ Por su parte, Colombia ha establecido por ley un procedimiento para hacer efectivo el pago de indemnizaciones compensatorias a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales. En este sentido, la Ley 288/96 establece un mecanismo que obliga al Gobierno Nacional a pagar las indemnizaciones de perjuicios causados por violaciones de los derechos que se hayan declarado, o llegaren a declararse, en decisiones expresas del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, previa realización de un trámite previsto en la ley. El Gobierno colombiano está en proceso de efectuar indemnizaciones pecuniarias en numerosos casos en aplicación de esta ley. Perú, por su parte, reconoce en su ley de *habeas corpus* y amparo (Ley N.º 23506) la obligatoriedad de las decisiones de los órganos convencionales y establece un procedimiento para su ejecución. El art. 40, de dicha ley, establece la “Ejecución y cumplimiento de resoluciones internacionales”. La resolución del organismo internacional a cuya jurisdicción obligatoria se halle sometido el

Estado peruano, no requiere para su validez y eficacia de reconocimiento, revisión ni examen previo alguno. La Corte Suprema de Justicia de la República recepcionará las resoluciones emitidas por el organismo internacional, y dispondrá su ejecución y cumplimiento de conformidad con las normas y procedimientos internos vigentes sobre ejecución de sentencias.⁷⁷ Honduras prevé en el art. 15 de su Constitución de 1982 que: “Honduras hace suyos los principios y prácticas del derecho internacional que propenden a la solidaridad humana, al respecto de la autodeterminación de los pueblos, a la no intervención y al afianzamiento de la paz y la democracia universales. Honduras proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional.” Por su parte, la República de Argentina está considerando un proyecto de ley para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones del Estado que no se restringe al cumplimiento del pago de la indemnización compensatoria. En efecto, la normativa y las decisiones judiciales existentes para la implementación de las decisiones de la Comisión y la Corte es escasa e insuficiente.⁷⁸

Con la consolidación de las democracias del hemisferio, y en el marco del profundo interés de algunos países del hemisferio en el perfeccionamiento del sistema interamericano, es razonable esperar que los Estados de la región asuman sus obligaciones de garantía de los derechos protegidos en la Convención a través de la adaptación de su legislación interna a fin de lograr la efectiva implementación de las decisiones de los órganos de supervisión internacional. En esta dirección, las organizaciones no gubernamentales a nivel local, los Estados y los propios órganos de supervisión tienen un largo camino que recorrer para lograr el diseño e implementación de aquellos mecanismos necesarios para hacer efectivos los compromisos de respeto y garantía establecidos en la Convención. A continuación, vamos a tratar tres temas de fundamental importancia en el establecimiento de mecanismos para reparar los derechos, en el entendido que sí bien estos temas no agotan la discusión sobre los mecanismos necesarios sí tocan tres cuestiones recurrentes en los procesos de ejecución de las decisiones de la Comisión y la Corte.

i. Cuestiones Legislativas

Una de las áreas en las que es necesario pensar en una solución particular para las Américas es la de las cuestiones legislativas. No existe en la legislación comparada una figura que permita la iniciativa de ley en virtud de una decisión de un tribunal internacional u órgano internacional de supervisión de los derechos humanos que encuentre a la legislación local en violación a las obligaciones asumidas internacionalmente. En numerosos países en América Latina, el mismo Poder Ejecutivo tiene iniciativa de ley; la mayoría de los parlamentos tienen comisiones de derechos humanos o relaciones internacionales que podrían dar iniciativa a una ley; podría establecerse en las constituciones más modernas un mecanismo para introducir el tratamiento de un tema legislativo cada vez que exista una decisión de un órgano internacional que determine la necesidad de modificar una ley; siguiendo las tendencias de las constituciones más democráticas que prevén sistemas flexibles para la iniciativa de ley, la Constitución podría dar legitimación a un grupo de interés – como una ONG – para presentar un proyecto de ley en el mismo caso.

Las soluciones de este tema son variadas en cuanto a la generación de un mecanismo que permita que se presente un proyecto de ley; sin embargo, en última instancia la adecuación de la legislación en concordancia con los estándares del sistema interamericano va a depender de la voluntad soberana del legislativo; en su comprensión del principio de unicidad de la responsabilidad del Estado,⁷⁹ y en su interés en minimizar la responsabilidad internacional del Estado y proteger los derechos de las personas bajo su jurisdicción.

ii. Cuestiones Relacionadas con el Derecho Penal

Una de las áreas de posible desarrollo legislativo o jurisprudencial a fin de adecuar la práctica interna a fin de cumplir con las recomendaciones de la Comisión y las sentencias de la Corte es la de los procesos penales; aquí se presentan tanto temas de derecho penal sustantivo como cuestiones de debido proceso en las que sería necesario profundizar frente a la necesidad de generar mecanismos para la efectiva implementación de las decisiones de los órganos

de supervisión. En esta área hay dos temas de especial interés a tratar: el primero, la ejecución de una decisión internacional que ordena la revisión de un proceso penal en el que existe una sentencia firme, o aquella que ordena la liberación de una persona con una sentencia firme dictada en violación a las garantías del debido proceso o en violación a una regla de derecho penal sustantivo; y el segundo, es la ejecución de una decisión que ordena la persecución penal. En el primer tema, la experiencia europea es relevante y enriquecedora; en el segundo, es importante prestar atención a los desarrollos legislativos y a la experiencia en la región.

En el sistema europeo no existe obligación alguna de establecer un mecanismo de revisión de las decisiones judiciales locales dictadas en violación a las garantías establecidas en la Convención Europea según lo determine la Corte o el Comité de Ministros.⁸⁰ Ello porque si bien las decisiones son consideradas de carácter obligatorio – art. 53 y art. 32 de la Convención Europea –, los Estados tienen gran discreción para determinar las medidas apropiadas a fin de reparar la violación establecida por la sentencia o resolución.⁸¹ Sin embargo, en el sistema interamericano, como explicáramos más arriba, la discrecionalidad del Estado está limitada en mayor manera que en el sistema europeo; y con frecuencia, los órganos del sistema establecen en sus resoluciones obligaciones del Estado que son relativas al proceso penal, como la ejecución de órdenes de arresto, o la inmediata liberación de un sentenciado o procesado – ver capítulo sobre reparaciones.

En la práctica del sistema interamericano, cuando los Estados han solucionado casos de violaciones a las garantías del debido proceso o a reglas de derecho penal sustantivo lo han hecho a través de actos del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, en el caso de Guillermo Maqueda v. Argentina, frente a la determinación de la violación de las garantías del debido proceso por la Comisión y el posterior sometimiento del caso a la Corte, el Presidente Menem conmutó su sentencia permitiéndole acceder al beneficio de la libertad condicional; o en El Salvador, en el caso de Miguel Guzmán.⁸²

La implementación de las decisiones de la Corte o la Comisión a través de un acto del Ejecutivo puedan ser una solución efectiva por su carácter expedito, por el beneficio de la libertad condicional ya que la dirección de la política

exterior del Estado se encuentra en cabeza del Poder Ejecutivo, o por el interés de minimizar las fricciones con el Poder Judicial que primero sentenció en violación a los derechos y garantías establecidas en la Convención o dejó de proteger el derecho a nivel local. Teniendo en cuenta esta tendencia podrían establecerse procedimientos a nivel local que actúen de modo subsidiario a la acción del Ejecutivo si no hay otro modo posible de reparación. Sin embargo, en algunas ocasiones las acciones del Poder Ejecutivo no bastan; por ejemplo, el indulto o la conmutación de la pena pueden constituir un mecanismo imperfecto de reparación ya que, por ejemplo, pueden subsistir los efectos de la condena. Así también podría suceder que la recomendación de la Comisión o la Corte en el caso no consista necesariamente en la liberación de una persona sino en la necesidad de que se realice un nuevo juicio (que se realice nuevamente el procedimiento que se considera viciado) a través de la figura del reenvío.

Frente a estos supuestos es más clara la necesidad de prever a nivel local un mecanismo que sirva para ejecutar la decisión del órgano internacional cuando trata acerca de una decisión en caso penal, o un mecanismo de revisión de la sentencia local.⁸³ Ello podría concretarse de diferentes maneras: 1. a través de legislación local específica, 2. a través de un desarrollo jurisprudencial en la interpretación de una norma ya existente, o 3. por medio de la creación jurisprudencial de la institución. El mismo art. 2º de Convención prevé la garantía efectiva de los derechos protegidos en la Convención y protegidos en última instancia por los órganos de supervisión de la Convención, a través de disposiciones legislativas o de otro carácter, como, por ejemplo, decisiones judiciales.

En Europa se plantea la discusión como la del establecimiento de un procedimiento de revisión en parte porque no existe una determinación del alcance de las obligaciones en la misma decisión vinculante a diferencia de lo que ocurre en el sistema interamericano; otros argumentos de carácter constitucional señalan los problemas inherentes a la delegación de poderes de tipo judicial en órganos no nacionales.⁸⁴

Un ejemplo de adecuación de la legislación local es Luxemburgo, que posee una figura en su Código de Procedimiento Criminal que permite que se reabra un juicio si la Corte Europea o el Comité de Ministros ha establecido que la persona fue juzgada en violación a la Convención

Europea.⁸⁵ Ahora bien, el establecimiento de sistemas de revisión no garantiza necesariamente la ejecución de la decisión, aunque la facilita. En realidad, quizás sea más adecuado plantear la discusión como el establecimiento de un tribunal de ejecución de la decisión, o de un mecanismo para garantizar la ejecución de la decisión.

Uno de los obstáculos que presenta al ejecutar las decisiones es el de respetar el principio de *res judicata*. Según el Comité de Expertos, tanto los jueces como los legisladores de ciertos países pueden ser reticentes a incluir las decisiones de los órganos internacionales como causales válidas para reabrir un proceso judicial socavando el principio de *res judicata*.⁸⁶ Sin embargo, teniendo en cuenta los principios del un proceso penal garantista, dicho principio sólo obstaculizaría la persecución penal de un caso ya cerrado pero no la apertura de proceso para rever una sentencia firme condenatoria.⁸⁷ En este mismo sentido, el derecho interno admite a través de diferentes recursos la revisión de la sentencia a favor del condenado que hace caer la cosa juzgada material, por lo cual no debería constituir un mayor obstáculo el establecimiento de un supuesto adicional de revisión de las sentencias.

Para el establecimiento de este tipo de procedimiento no es estrictamente necesario que se adecue la legislación local pues bien pueden utilizarse instituciones ya existentes para hacer efectivas las decisiones de los tribunales internacionales. En Austria, por ejemplo, el Procurador General – *General Public Prosecutor* – tiene el poder de presentar ante la Corte Suprema un pedido de nulidad de un procedimiento en función de la incorrecta o violatoria aplicación de una ley. Este fue el procedimiento utilizado en el caso *Unpertinger*.⁸⁸ Así en América Latina, existen en numerosos países recursos con estas características que podrían ser utilizados, o interpretados en este mismo sentido. Por ejemplo, el caso del recurso de casación o el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, o el recurso extraordinario etc..

La determinación de que constituye un “hecho nuevo” o una “razón válida” para reabrir un juicio penal puede tener un efecto importante en la capacidad de recurrir a dicho mecanismo; y en efecto, la determinación del contenido de estos conceptos puede ser tanto de orden legislativo como pretoriano. En el estudio del Comité de Expertos, por ejemplo, se citan varios casos en los

que las causales mencionadas han sido interpretadas de una u otra manera permitiendo o restringiendo la aplicación de procedimientos de revisión en virtud de una decisión de la Corte Europea o el Comité de Ministros.⁸⁹

Los abogados a nivel local podrían también hacer uso de la legislación de *habeas corpus* (también llamado amparo, recurso de exhibición personal etc.) para ejecutar de manera pronta las decisiones que establezcan por ejemplo, la necesidad de liberar a una persona.

Un segundo aspecto de gran importancia en el sistema interamericano es la persecución penal como medio de reparación. La mayor parte de las decisiones de la Corte y la Comisión tratan sobre violaciones al derecho a la vida y a la integridad personal que permanecen impunes. En consecuencia, una de las recomendaciones de rigor que realizan la Comisión y la Corte para reparar dichas violaciones es que “los Estados deben *prevenir, investigar y sancionar* toda violación de los derechos reconocidos por la Convención”.⁹⁰ Así numerosas decisiones ponen énfasis en la necesidad de investigar los hechos y castigar a los culpables.

Ahora bien, uno de los desafíos de los países de la región para cumplir con dichas resoluciones consiste en generar un sistema que sin, vulnerar los derechos de los acusados, ni el delicado balance de los poderes del Estado, permita hacer esta orden efectiva. La solución a este problema dependerá en gran medida de la estructura del proceso penal a nivel local – ello generará respuestas diferentes de los países del *common law* con un sistema acusatorio en contraposición a los de raigambre continental con un sistema inquisitivo o mixto.

En la mayoría de los países de América Latina, la función de perseguir penalmente está en cabeza del Estado en virtud del principio de oficialidad.⁹¹ El Ministerio Público y la policía son los órganos a los que les compete la investigación de los delitos y la persecución de autores y partícipes a nivel local; el Ministerio Público tiene en virtud del principio de legalidad el deber genérico de investigar todos los delitos cometidos en el estado – con ciertas excepciones.⁹² Sin embargo, razones de orden práctico y político han determinado que no haya una persecución e investigación efectiva de todos los delitos.⁹³

Una alternativa para garantizar que la resolución internacional impulse o promueva el proceso a nivel interno puede ser a través de la introducción de una figura dentro de la ley que regule el funcionamiento del Ministerio Público que vincule las decisiones de los tribunales internacionales con su actuación. De manera, por ejemplo, que frente a una decisión de un órgano internacional se establezca un fiscal especial para el caso; o se habilite a un comité de impulso para el proceso.

En esa dirección, una de las alternativas ensayadas por el sistema interamericano ha sido la creación de comisiones de investigación, impulso o seguimiento del proceso penal a nivel local, que se han dado en general en el marco de las soluciones amistosas promovidas por la Comisión. En este sentido, es interesante analizar la experiencia de la “Comisión de investigación de los sucesos violentos de Trujillo”, y las comisiones de impulso en los casos Los Uvos, Callotto, y Villatina – todos ellos de Colombia; o la Comisión de verificación en el caso de Colotenango – Guatemala. Su papel fue, en general, el de garantizar el impulso y la investigación exhaustiva de las responsabilidades en el proceso penal y disciplinario; a ese fin, las comisiones sugieren medidas procesales concretas que facultativamente son asumidas por los órganos de investigación correspondientes. Esta experiencia se ha utilizado de modo limitado en un caso con posterioridad al dictado de una sentencia de la Corte en el caso de Baigorria y Garrido c. Argentina a través del establecimiento de una comisión investigadora y un tribunal arbitral – el proceso investigativo incluía al caso Guardatti en trámite ante la Comisión –. Esta alternativa no brinda una respuesta efectiva a todos los casos con resoluciones de los órganos de fiscalización pero ha tenido ventajas significativas, para el esclarecimiento de la verdad y el establecimiento de responsabilidades, en los casos en concreto; aunque en la práctica en estos casos ha actuado en mayor medida como garantía del establecimiento de la verdad y no ha garantizado plenamente la justicia.

Otra de las alternativas de mayor garantía de la efectiva persecución penal es la promoción de la participación de la víctima o de un interesado, o de las organizaciones no gubernamentales en el proceso penal; institución que ha sido receptada por la legislación latinoamericana y comparada más moderna – bajo

diferentes nombres: querellante particular, parte civil etc..

En este sentido, la historia de nuestra región y la falta de respuesta del sistema judicial a las violaciones graves a los derechos humanos ocurridas en el continente, demuestran la incapacidad de la estructura tradicional del Estado para responder en aquellas situaciones en las que el Estado desarrolla un aparato represivo estatal y además está a cargo de la persecución legal de los delitos que promueve o consiente. Situación que se agrava cuando no existe un control o impulso de la investigación criminal por parte de la víctima, sus familiares o alguna institución con un interés en supervisar las acciones del Estado. En este sentido, asumir la obligación de garantía con perspectiva histórica en nuestra región llama a que los Estados promuevan este tipo de mecanismos de control que maximicen las posibilidades de llevar adelante un proceso penal cuando haya agentes estatales involucrados.

iii. La Indemnización Pecuniaria

La Convención prevé un mecanismo para la ejecución de las sentencias de la Corte en lo relativo a la indemnización pecuniaria, en su art. 68: “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”. A través de esta norma, la Convención trata de eliminar un posible vacío respecto al procedimiento aplicable para hacer efectivas las resoluciones de la Corte en lo que atañe a la indemnización pecuniaria. Sin embargo, la Convención no prevé un mecanismo para hacer efectiva la reparación determinada por la Comisión en ese mismo aspecto. Ello, como ya hemos visto a lo largo del artículo, no exime al Estado de su obligación de adoptar las disposiciones legislativas a nivel interno que permitan hacer efectivos los derechos protegidos en la Convención de acuerdo a lo dispuesto en los arts. 1º.1 y 2º. En particular, los Estados deben “realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de [la Comisión]”. En este sentido, y a falta de un mecanismo previsto convencionalmente, es crucial que los Estados aseguren mediante su legislación el sistema de pago de las indemnizaciones compensatorias establecidas por la Comisión.

Los Estados de las Américas tienen previstos en su legislación y jurisprudencia mecanismos para la ejecución de sentencias contra el estado; sin embargo, como explicamos anteriormente, los pagos de indemnizaciones se efectúan en general a través de actos del Ejecutivo o el dictado de legislación especial – como en el caso de las amnistías en Argentina. Un caso excepcional es el de Colombia, que ha establecido recientemente por ley un procedimiento para hacer efectivo el pago de indemnizaciones compensatorias a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales.⁹⁴ El mismo tiene la peculiaridad de ser de carácter facultativo – el establecimiento de reparación puede ser rechazado por un Comité a nivel interno, y que el monto de la indemnización se determina a nivel local de acuerdo a los criterios establecidos en dicho Estado.

La Corte ha establecido criterios claros sobre indemnización pecuniaria – aunque internamente varios Estados tienen jurisprudencia más generosa y protectoria que la de la Corte – y, en general, llama a las partes a fijar la misma o puede hacerlo de oficio. La Comisión, en cambio, no ha establecido estos criterios ni ha aplicado los establecidos por la Corte. Sería recomendable que la Comisión fijara el monto de las indemnizaciones, o estableciera criterios claros y garantistas para facilitar el cumplimiento cabal de sus decisiones por parte de los Estados. En el caso que los Estados establezcan un sistema para el pago de las indemnizaciones sería pertinente que los mismos apliquen los criterios nacionales o internacionales que sean más favorables al individuo en conformidad con los principios del derecho internacional de los derechos humanos y el art. 29.b. de la Convención.

Es importante que los países de la región, en virtud de lo establecido en el art.1º.1 y 2 de la Convención, establezcan con claridad aquellos mecanismos que permitan hacer efectiva la reparación de las víctimas, ya sea a través de legislación especial o de los mecanismos existentes.

D) La Acción Colectiva de los Estados Frente a Violaciones Graves y Masivas

En esta última sección retomamos uno de los temas desarrollados al principio del artículo que tienen que ver con el rol de los órganos políticos de la OEA en la supervisión de las recomendaciones de la Comisión. Como ya hemos visto, los Estados han asumido un compromiso explícito en defensa del sistema democrático durante los 90. Específicamente, han articulado una respuesta multilateral ante las amenazas de golpe de estado en el Compromiso de Santiago y la llamada Resolución 1080.⁹⁵ El mecanismo colectivo gira alrededor de una definición institucional de democracia, que no incluye aspectos de garantías de derechos básicos.

Por otra parte, las razones que justifican la acción colectiva de los Estados en el caso de la democracia: la garantía de la estabilidad regional, la paz y el desarrollo, son valores que también se ponen en riesgo por las violaciones graves y sistemáticas a los derechos de los individuos. Los Estados de la región han tenido reacciones desiguales en el uso de la Resolución 1080, y es difícil creer que en un ambiente y una tradición histórica de no injerencia en los asuntos internos de los Estados algunos de los países estarían dispuestos a aceptar un análisis cualitativo de la situación en sus países por los órganos políticos de la OEA.

Sin embargo, en casos de violaciones graves y sistemáticas, el mecanismo de peticiones individuales previsto en la Convención poco puede hacer para resolver en la práctica un problema estructural del Estado en cuestión, y en la mayoría de los casos no es ni siquiera efectivo para remediar el caso en concreto; ello porque la delegación a los órganos de ejecución local de las decisiones de los órganos de supervisión de los tratados sería probablemente ineficaz en este contexto debido a que en los países donde ocurren violaciones serias y sistemáticas, el poder judicial es generalmente incapaz – por ejemplo – de prevenir las violaciones, investigar, procesar penalmente y sancionar a los culpables. Teniendo en cuenta esta realidad, la acción colectiva puede ser una de las vías más eficaces de acción para lograr los resultados que la democracia pretende lograr como sistema político – que incluye el respeto a ciertos derechos básicos.

Por ello quizás sea apropiado, en el seno de la OEA, establecer un sistema de supervisión del cumplimiento de las recomendaciones de los órganos de fiscalización de carácter político, Consejo Permanente y Asamblea General que

distinga en las acciones a tomar en casos de violaciones graves y sistemáticas y en casos aislados.⁹⁶ Este monitoreo debería ser de carácter no excluyente del papel de los órganos autónomos de fiscalización de los derechos humanos, la Comisión y la Corte, con el fin de no subordinar el control del cumplimiento de los Estados a las decisiones políticas de sus pares. En este sentido, los Estados de la región con un mayor apego a los derechos humanos podrían promover una resolución que llame a la discusión de las medidas apropiadas a tomarse frente a las situaciones de violaciones graves y sistemáticas. Un criterio a tomar en cuenta para determinar aquellas situaciones que merecen especial atención por la situación de violaciones graves y sistemáticas, debería ser el señalamiento de dicha situación por la Comisión en su Informe Anual o en sus informes especiales sobre la situación de derechos humanos de distintos países.

IV. Conclusión

La protección internacional de los derechos humanos tal como está plasmada en el sistema interamericano fue diseñada en un contexto político, jurídico y social diferente al actual. A fines de los 90, con sistemas nacionales de protección de los derechos humanos más desarrollados, pero con fallas estructurales todavía en gran parte de la región en la protección de derechos básicos, es necesario establecer estrategias que estén a la altura de los tiempos. Para lograrlo es necesario: perfeccionar el funcionamiento del sistema regional de protección para que responda con la solidez y efectividad jurídicas necesarias para estar a tono con los desarrollos nacionales; promover una mayor articulación entre la protección nacional y la internacional a fin de lograr la garantía efectiva de los derechos humanos; y realizar las reformas a nivel local que permitan la adecuación de los mecanismos de garantía a nivel nacional a fin de garantizar los derechos protegidos convencionalmente y la ejecución de las decisiones de los órganos de supervisión. Para lograrlo se necesita de acciones por parte de los órganos del sistema, así como los Estados actuando a nivel local y colectivamente en el marco de la OEA.

Con el fin de realizar algunos aportes a este debate, hemos descrito algunas líneas de trabajo: ya sea a través de medidas, usos, normas que tienen un impacto en la implementación de las

obligaciones de los Estados al ratificar la Convención, hemos adoptado un enfoque comprensivo, no limitado a los mecanismos convencionales; en el entendido que el mismo permite una evaluación más acertada de la efectividad del sistema interamericano así como la formulación de estrategias frente a diferentes actores del sistema interamericano con el fin de fortalecer la protección de los derechos humanos.

En el análisis del trabajo de la Comisión y la Corte, hemos señalado el impacto que puede tener el desarrollo de los derechos protegidos en la Convención; así como el perfeccionamiento de los mecanismos previstos o permitidos por la Convención para la supervisión y ejecución de las decisiones de la Convención y la Corte. Esto es, los mecanismos establecidos convencionalmente, la participación de los órganos políticos de la OEA, así como el establecimiento de un procedimiento de seguimiento de las recomendaciones finales de la Comisión en los casos individuales.

Por otra parte, centrando nuestro análisis en el rol de los Estados, hemos abordado algunas de las áreas donde su accionar permitiría mejorar la garantía de los derechos a nivel interno, así como reforzar la articulación del sistema de protección internacional con la defensa de los derechos humanos a nivel local. Ello en cumplimiento con la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y adoptar

disposiciones de derecho interno que los Estados deben honrar de acuerdo con sus compromisos internacionales, así como también hemos sugerido medidas aún más garantistas que las exigidas en la propia Convención.

En ese sentido, hemos mostrado como la incorporación de las obligaciones internacionales en el ámbito interno, así como el dictado, reforma, adecuación de la legislación local constituyen una de las mayores garantías de compatibilidad entre la conducta del Estado y lo prescripto por la Convención. Asimismo, señalamos como los Estados tienen la oportunidad de dilucidar el mejor camino para evitar la desarticulación de su legislación o práctica interna con las normas y estándares del derecho internacional; ello de modo de minimizar el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, y maximizar el goce de los derechos protegidos convencionalmente para las personas bajo su jurisdicción. Un punto de crucial importancia para la efectiva protección internacional es el desarrollo de mecanismos de implementación de las decisiones de la Comisión y la Corte que permite una articulación eficaz de la protección a nivel interno y a nivel internacional; y por último, hemos sugerido la utilización de la acción colectiva de los Estados de la región para la protección de los derechos humanos en situaciones de violaciones graves y masivas.

Notas

1. Rosalyn Higgins: *Problems and Process: International Law and How We Use It*. Oxford University Press, 1994, p. 16 (en adelante, Higgins). Este método tiene la desventaja de no permitir la identificación del poder relativo de un tratado para influir en la conducta de un Estado, pero resulta sumamente útil para el objetivo del artículo, esto es, el diseño de políticas y mecanismos a nivel local e internacional que incentiven el cumplimiento de las obligaciones de los Estados.
2. Antônio A. Cançado Trindade: *Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*, IIDH, San José, 1996, p. 7. Esto es, debe considerar tanto el desempeño de los órganos públicos internos de los Estados Partes como de los órganos de supervisión internacional.
3. Por ejemplo, uno de los temas que no hemos abordado y que constituye un mecanismo que históricamente ha sido crucial para la garantía de los derechos en situaciones de violaciones graves y masivas de los derechos humanos, es el de las visitas *in loco* y la elaboración por parte de la Comisión de informes especiales sobre la situación de derechos humanos.
4. Si bien, como ya dijimos, el propósito principal del sistema de peticiones individuales es reparar el daño causado a la persona objeto del ilícito internacional.
5. Ello ha ocurrido en ocasiones con el mero sometimiento de un caso a la jurisdicción de la Corte. Ver www.dhcour.coe.fr/eng/effects.htm.
6. R. Ryssdal: *The Enforcement System Set Up under the European Convention on Human Rights, in Compliance with Judgements of International Courts*, editado por M.K. Bulterman and M. Kuijer, Martinus Nijhoff, La Haya, 1996 (en adelante, Ryssdal), pp. 61-62.
7. Informe Anual Comisión Interamericana, 1995. Informe art. 49, solución amistosa. Ver, asimismo, CEJIL/GACETA: *Estructura del Sistema Interamericano: La Solución Amistosa ante la Comisión Interamericana*, 1996, N° 4.
8. Opinión Consultiva 5, 13 de noviembre de 1985, serie A – Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.
9. Ver, asimismo, Yanette Bautista Fedefam: *El Cumplimiento de las Recomendaciones de la Comisión sobre Desapariciones Forzadas en la América Latina*. Bogotá, 1996 (manuscrito).
10. Ver Ariel Dulitzky: *Los Usos y Jurisprudencia del Sistema Interamericano Relativo a los Derechos de los Pueblos Indígenas*, IIDH, en prensa.
11. Steve Clark c. Grenada, 2/96; Martorell c. Chile, 11/96.
12. Ver OEA/Ser/L/V/II.95 Doc. 28, 1 de marzo 1997: Seminario sobre “El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, 2 al 4 de diciembre de 1996. pp. 85 a 92. Así como, por ejemplo, establecer que las decisiones de la Comisión no tienen carácter vinculante, en el caso Caballero - Santana c. Colombia; o por la caracterización de los efectos de la desaparición forzada en la sentencia de excepciones preliminares en el caso Blake c. Guatemala; o por la jurisprudencia sobre garantías del debido proceso en la resolución del fondo del caso Genie c. Nicaragua; uno de los problemas señalados por la Comisión y los representantes de las víctimas en el caso de Baigorria y Garrido c. Argentina es la falta de determinación de las violaciones ocurridas en los casos de allanamiento del estado.
13. El eje de las reparaciones es el principio de *restitutio in integrum*, que exige quien ha cometido el acto o la omisión ilícitos tiene la obligación de restablecer el *status quo ante* y, en caso de no ser posible, reparar el daño de otro modo que de buena fe, y conforme a los criterios de razonabilidad, sustituya a la restitución en especie. Caso *Velásquez Rodríguez*, Indemnización compensatoria (art. 63.1 Convención Americana sobre

- Derechos Humanos, Sentencia del 21 de julio de 1989, serie C, N.º 7, § 25; (en adelante, Velásquez Rodríguez, reparaciones) idem en las sentencias de la Corte sobre reparaciones en: Godínez Cruz; Aloboetoe y otros; el Amparo; Neira Alegria y otros; Caballero Delgado y Santana. Ver, asimismo, Georg Schwarzenberger: *International Law as applied by International Courts and Tribunals*, vol. 1, Third Edition, London, 1957, p. 655.
14. Para contrastar con el alcance de las reparaciones en el sistema europeo, en el que el Estado tiene la posibilidad de un amplio margen de discreción en la elección de los medios para dar cumplimiento a las sentencias de la Corte, ver Peter Leuprecht: *The Execution of Judgements and Decisions*, en R.ST.J. Macdonald *et al.*: *The European System for the Protection of Human Rights*, Kluwer, 1993, p. 793.
 15. Ver Viviana Krsticevic: *Fighting Impunity in the Inter-American System of Human Rights Protection*. in *Interights Bulletin*, London, 1996, vol. 10, N.º 3, pp. 91 y ss. Ver, asimismo, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1996, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7, Rev., 14 de marzo de 1997. En particular: Informes 38/96, 34/96, 56/96, 43/96.
 16. En contraste, la Corte Europea sólo establece la existencia de la violación y la responsabilidad internacional del estado, la “justa satisfacción” que puede materializarse como una compensación monetaria, si corresponde, y como el reembolso de las costas y costos razonables y necesarios para el litigio del caso. Sin embargo, los Estados pueden elegir con libertad los medios adecuados para garantizar la reparación de la violación. Ver Ryssdal, p. 51.
 17. Ver Víctor Rodríguez Rescia: *Las Reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*; en revista IIDH, N.º 23, enero-junio 1996, p. 138 (en adelante, Rescia).
 18. Ver César Gaviria: *Hacia una Nueva Visión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.G/CP/ doc. 2828/96, 26 de noviembre 1996, p. 17.
 19. Ver Faúndez, recogiendo la opinión de Buergenthal, p. 422.
 20. OEA/Ser.G, pp. 18 y 35-36.
 21. Ver Medina, p. 152.
 22. Ver Buergenthal, p. 418.
 23. Ver Faúndez, p. 422.
 24. En virtud de Protocolo de Washington, que enmendara a la Carta de la OEA, la Asamblea General puede suspender con dos tercios de los votos la membresía de un Estado cuando su nuevo gobierno haya depuesto a un régimen democrático – Carta de la OEA, nuevo art. 9º.
 25. Como ocurrió en el caso de Cuba. Ver Medina, p. 174.
 26. Ver Medina, pp. 327-329.
 27. Ver Viron P. Vaky: *The Organization of American States and Multilateralism in the Americas* (en adelante, Vaky), in *The Future of the Organization of American States*, The Twentieth Century Fund Press, New York, 1993, p. 19.
 28. Este subtítulo está parcialmente basado en la investigación realizada por Ariel Dulitzky, Viviana Krsticevic y Bárbara Zegers con motivo de una audiencia con el pleno de la Comisión, CEJIL y La Federación de Familiares de Detenidos Desaparecidos (Fedefam), para evaluar el cumplimiento de las recomendaciones de la comisión en los casos de desapariciones forzadas y sugerir la creación de un procedimiento de seguimiento. La investigación está en curso de ser editada para su publicación.
 29. En efecto, la Convención establece en sus arts. 50 y 51 tres etapas en el estadio final del caso. La primera etapa consiste en un informe preliminar de carácter confidencial en el que se da al Estado la posibilidad de cumplir con las recomendaciones establecidas por la Comisión – es el llamado informe art. 50 –. La segunda etapa permite a la Comisión emitir un segundo informe estableciendo sus opiniones, consideraciones, y recomendaciones a fin de que el Estado remedie la situación específica. La tercera

etapa constituye una oportunidad para la Comisión evaluar si el Estado ha tomado o no las medidas apropiadas, y asimismo decidirá si publica o no un informe final en el caso. Las dos primeras etapas establecen una doble oportunidad para que el Estado cumpla con las recomendaciones en el caso en concreto; la primera oportunidad se da con posterioridad a la transmisión del informe art. 50 y, la segunda con posterioridad a la transmisión del informe art. 41, inciso 1. Ver Opinión Consultiva OC-13/93.

30. P. 25, § 60.

31. Ver Opinión consultiva N.º 13 – Corte I.D.H., *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.

32. Sin embargo, en virtud de la sentencia de la Corte IDH, en el caso Caballero Delgado y Santana contra Colombia – sentencia del 8 de diciembre de 1995, § 23 – las recomendaciones de la Comisión no tendrían carácter vinculante en virtud de una interpretación estricta de la letra misma del tratado siguiendo las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena. Así la Corte sostuvo en el § 67 que: “... el término ‘recomendaciones’ usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la presente Convención la intención de las Partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el art. 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en reponsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria. “La sentencia de la Corte pone mayor énfasis en el significado ordinario del término ‘recomendaciones’ que el significado corriente de la letra del art. 51.2, el cual exige que el estado tome las medidas necesarias para remediar la violación al tratado. Así el art. 51.2 reza: “La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado *debe tomar las medidas* que le competan para remediar la

situación examinada”. De este modo, la Corte desvirtúa el principio de progresividad y *pro hominis* propios de la interpretación de los tratados de derechos humanos. Paradójicamente, la propia Corte – en una composición anterior a la que falla el caso Caballero – parece brindar un argumento adicional en favor de la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión basado en las particularidades de la estructura del sistema interamericano. En la Opinión Consultiva 13/93, la Corte explica como la Convención Americana prevé atribuciones particulares a la Comisión en la tramitación de los casos y la supervisión de la ejecución de las decisiones del sistema a falta de un Comité de Ministros – como establece el sistema europeo que sirvió de modelo del interamericano.

33. Es posible alegar que la falta de reparación de las violaciones a los derechos establecidos por la Comisión es una violación de tipo continuo que daría lugar a incoar el procedimiento de petición individual. Un ejemplo de esta situación es la falta de establecimiento del paradero del cuerpo en una desaparición forzada.

34. Opinión Consultiva 2, 24 de setiembre de 1982, Serie A, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, § 33.

35. Ver Medina.

36. Ver Manfred Nowak: CCPR Commentary, p. 154. El procedimiento se creó en virtud de la teoría de los poderes implícitos pese a que no estaba expresamente previsto en el Protocolo Facultativo. Conforme con esta doctrina, los propios órganos de control pueden interpretar sus instrumentos constituyentes de manera que, sin afectar la jurisdicción local de los Estados miembros o sus relaciones con otras organizaciones internacionales a través de esta labor interpretativa, puedan utilizar aquellas facultades que si bien no se señalan en forma expresa en los textos fundantes, son inherentes al órgano en consideración a sus fines. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th ed., p. 689.

37. Corte I.D.H.; caso Loayza Tamayo, sentencia de 17 de setiembre de 1997, §§ 81 y 80,

- revierte la jurisprudencia de la Corte sobre el carácter de las recomendaciones de la Comisión en los casos Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995. Serie C N.º22, § 67 y Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, N.º 30, § 93.
38. Informe Anual de la CIDH, año 1994, capítulo IV, *Situación de los Derechos Humanos en El Salvador*; resaltado es nuestro.
 39. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia. OEA/ser L/V/I.84.Doc.39. rev., 14 de octubre de 1993.
 40. En el año 1995, surgieron hechos nuevos a raíz de las declaraciones públicas de agentes, ex-agentes y funcionarios pertenecientes a las Fuerzas Armadas argentinas, que daban cuenta de arrepentimientos personales e institucionales respecto de los hechos acaecidos; a su vez, reconocían la existencia de documentación e información sobre el destino de los desaparecidos. Por ello, Cejil, Human Rights Watch/America y el Dr. Rodolfo M. Ojea Quintana, solicitaron a la Comisión la fijación de una audiencia, con la finalidad de requerir al Estado Argentino que informara sobre las medidas que había adoptado, o precedería a adoptar, y la realización de un informe de seguimiento en el caso. Como consecuencia de esta solicitud, se produjo un activo intercambio de notas con el gobierno argentino en el seguimiento del caso, y finalmente, en las sesiones de octubre de 1996 se concedió una audiencia en el caso, en la que se analizó el cumplimiento de las recomendaciones efectuadas en el informe de 1992.
 41. Con ese fin, durante el período de sesiones de septiembre de 1996, CEJIL y FEDEFAM presentaron propuestas muy concretas sobre como debería articularse el mismo. Los principios que lo regían eran la seguridad jurídica, contradicción en el proceso, la efectiva protección de la víctima. Esto se traducía en un procedimiento previsible establecido reglamentariamente de modo automático, en un período determinado – a los seis meses de la resolución definitiva – en el que el Estado estaba obligado a informar, de cuyo escrito se daba traslado a los peticionarios, y a partir del cual se elaboraba un informe sobre el cumplimiento total, parcial – ya que existen numerosos casos de cumplimiento parcial que merecen destacarse –, el incumplimiento en el caso en concreto. Dicho procedimiento podría en un procedimiento alternativo iniciarse a pedido de parte como de hecho ha sucedido hasta el momento en el procedimiento *ad hoc* iniciado en los casos individuales. Los informes finales serían publicados en el sucesivo informe anual de la Comisión.
 42. En este sentido la Corte Interamericana ha sostenido: “La Corte debe infatigar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. Opinión Consultiva 2,24 de setiembre de 1982, Serie A, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)*, § 29.
 43. La Corte ha desarrollado de manera comprensiva este tema en los casos hondureños. Ver *Velázquez Rodríguez*, § 160-165.
 44. Ver *Velázquez Rodríguez*, § 164.
 45. La Corte, en su Opinión Consultiva 7 – Corte I.D.H., *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1º.1 y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A, § 6º. – explicó la relación entre ambos artículos: “La obligación que resulta del art. 2º complementa pero de ninguna manera sustituye o suple a la obligación general no condicionada que resulta del art. 1º... su único sentido era clarificar y precisar, haciendo más

- determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación [la del art.1º].”
46. Art. 28. Cláusula Federal 1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. 2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención. 3. Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado las normas de la presente Convención.
 47. Mónica Pinto reseña la historia legislativa de la norma que muestra la vocación de EEUU, proponente de la cláusula, de limitar la responsabilidad internacional; sin embargo, la jurista contrapone a esta la necesidad de la interpretación *pro hominis* de la norma, sosteniendo que “ella puede servir para el deslinde de responsabilidades al interior del Estado Federal pero, en modo alguno, puede crear un vacío de responsabilidad internacional”. Mónica Pinto, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, pp. 72 a 74.
 48. Ver Viviana Krsticevic y Ariel Dulitzky: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, La Denuncia Individual ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en prensa, EUDEBA. OEA/Ser/L/V/II.95 Doc. 28 11 marzo de 1997; Seminario sobre “El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, p.73.
 49. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de Julio de 1988, § 166.
 50. En ese sentido, la Comisión ha señalado en su informe N.º 8/91 del caso 10.180 seguido contra el Estado de México: “... el artículo 28.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconociendo y respetando cada sistema federal en particular, requiere que el gobierno central adopte las medidas que permitirán a las autoridades de las entidades componentes de la Federación lograr “el cumplimiento de esta Convención”. Esta norma permite a los estados partes organizados en un régimen federal asegurar el total cumplimiento de la Convención en el marco de su sistema federal.”
 51. Ver *Velásquez Rodríguez*, § 166.
 52. *Velásquez Rodríguez*, § 176-177; art. 63.2 de la Convención. Ver, asimismo, Rescia, p. 133.
 53. Thomas M. Franck & Gregory H. Fox: *Introduction: Transnational Judicial Synergy*; en *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers Inc., New York, 1996. p. 3.
 54. La interpretación de los órganos de supervisión de la Convención Europea ha sido aceptada ampliamente por los tribunales de los distintos estados de la región no sólo por su capacidad de persuadir sino por el hecho de que los tribunales a nivel local reconocen que en efecto sus decisiones pueden ser cuestionadas con éxito ante la Convención y la Corte Europea. Polakiewicz, p. 141.
 55. Dicha obligación deriva de la calidad de parte del tratado respectivo, y del principio de derecho internacional que requiere que los Estados cumplan los tratados de buena fe; Ver Cecilia Medina Quiroga: *Sistema Jurídico y Derechos Humanos: El Derecho Nacional y las Obligaciones Internacionales de Chile en Materia de Derechos Humanos*. Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, 1996, p. 51.
 56. Ver Buergethal, p. 88.
 57. Ver Antônio Augusto Cançado Trindade: *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Volumen I, Sergio Antonio Fabris Editor, Brasil, 1997, pp. 403 y ss; Ariel Dulitzky: *Los Tratados de Derechos humanos*

- en el constitucionalismo iberoamericano”, en *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, IIDH, Costa Rica, 1996, pp. 152 a 160; Carlos Ayala Corao: *La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos* (ponencia presentada en el Seminario sobre el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos organizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos), OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 28, 11 de marzo de 1997 (en adelante Corao).
58. Ver Cançado Trindade: *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Volumen I, Sergio Antonio Fabris Editor, Brasil, 1997, p. 432.
 59. Desgraciadamente, la Corte de Constitucionalidad ha interpretado que “derecho interno” es derecho infra-constitucional solamente.
 60. Ver Corao, pp. 10-14.
 61. Ver Cançado Trindade: *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Volume I, Sergio Antonio Fabris Editor, Brasil, 1997, pp. 403 a 410
 62. Polakiewicz, p. 66.
 63. Polakiewicz, p. 141.
 64. Polakiewicz, p. 142.
 65. Ver Andrew Drzemczerwski: Ensuring Compatibility of Domestic Law with the European Convention on Human Rights Prior to Ratification: The Hungarian Model, en *Human Rights Law Journal*, vol. 16, N.º 7-9, 1995, p. 242.
 66. Advisory Opinion, *Exchange of Greek and Turkish Populations*, 1925, PCIJ, Serie B, N.º 10, p. 20
 67. El Consejo de Europa ha realizado numerosos ejercicios de compatibilidad de las normas y las prácticas de los países de Europa Central y del Este de carácter previo a la ratificación de dicha Convención a fin de minimizar los conflictos con posterioridad a la ratificación así como llegado el caso de poder realizar las reservas al tratado que fueran necesarias. Ver Drzemczerwski, p. 248.
 68. Opinión Consultiva 5, de 13 de noviembre de 1985, Serie A, *La Colegiación de Periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.
 69. La Corte ha reconocido que la Comisión tiene la capacidad de analizar la legislación doméstica a fin de determinar su compatibilidad con la Convención. Opinión Consultiva 13, 16 de julio de 1993, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*.
 70. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, OEA/Ser.L/V/II.88 Doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995.
 71. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1993, OEA/Ser.L/V/II.85 Doc. 8 rev., 11 de febrero 1994. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994, OEA/Ser.L/V/II.88. Doc. 9, rev., 17 de febrero 1995. *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996*, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc.7 rev., 14 de marzo de 1997.
 72. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev., 14 de marzo de 1997.
 73. Ver Cançado Trindade: *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Volume I, Sergio Antonio Fabris Editor, Brasil, 1997, p. 402. De esta preocupación también se hace eco el Secretario General, en su “Nueva visión”. Gaviria recoge la preocupación respecto de la implementación de las decisiones de los órganos de control/fiscalización del sistema a nivel nacional y propone la elaboración ejecutoria de normas modelos o pautas. En la estructura actual del sistema interamericano, correspondería a la Comisión la elaboración de dichas pautas. OEA/Ser.G/CP/doc.2828/96, 26 de noviembre de 1996, pp. 18-19.
 74. En este sentido, el art. 1º.1 de la Convención pone en cabeza de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y garantía,

- que debe entenderse como estrechamente vinculada a la obligación plasmada en el art. 2º de la Convención de adoptar aquellas disposiciones legislativas o de otro carácter, como, por ejemplo, decisiones judiciales, que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la Convención.
75. Ver Medina, citando el art. 27 del acuerdo entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, p. 173.
 76. [Ley orgánica del Poder Judicial, art. 151. Ejecución de las Sentencias de Tribunales Internacionales]. En la actualidad está procesándose un recurso para hacer efectiva la decisión de la Corte en el caso Neira Alegría c. Perú interpuesto por el Dr. Iván Bazán Chacón aplicando esta ley. Sin embargo, el estado de la justicia peruana hace que no alberguemos mayores esperanzas en la suerte de dicho recurso. Un recurso interpuesto por los familiares de María Elena Loayza en virtud de la resolución de la Corte en dicho caso ha sido rechazado durante el mes de octubre de 1997 por la Corte Suprema del Perú – sala sin rostro.
 77. En Perú y en Honduras, con sentencias de la Corte en etapas de reparaciones, el cumplimiento se llevó a cabo a través de acciones del Ejecutivo y no con el concurso del Poder Judicial.
 78. Ian Brownlie: *Principles of International Law*, Oxford University Press. El autor establece el principio reseñado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 27) por el que un Estado no puede alegar sus propias leyes o deficiencias en las leyes para excusarse respecto de una posible infracción a sus obligaciones internacionales; continúa recordando que los actos de la legislatura y otras fuentes de derecho interno y de toma de decisiones locales – como el poder judicial – son considerados actos del Estado y no de un tercero bajo las reglas del derecho internacional; y cita en este sentido a la CPIJ en el caso *Polish Nationals in Danzig*: a State cannot adduce as against another state its own Constitution with a view to evading obligations incumbent upon it under international law or treaties in force”.
 79. Nada consta (Nota de los organizadores).
 80. Sin embargo, la discrecionalidad del sistema europeo no implica que los estados no tengan la obligación de cumplir, o que el establecimiento de procedimientos de revisión no sea uno de los mecanismos posibles para hacer efectivas las obligaciones del estado. Sólo significa que dichos procedimientos son de carácter facultativo.
 81. Corte IDH, Maqueda c. Argentina, sobreseimiento; La conmutación de la pena permitió a Maqueda obtener su libertad antes del dictado de la sentencia de la Corte; en el caso salvadoreño, la conmutación de la pena ocurrió previa a la decisión de la Comisión.
 82. Ver Committee of Experts for the Improvement of Procedures for the Protection of Human Rights of the Council of Europe; The European Convention on Human Rights: Institution of review proceedings at the national level to facilitate compliance with Strasbourg decisions: *Human Rights Law Journal*; Vol. 13 N.º 1-2, 1992, pp. 71 y 78 (en adelante, Comité de Expertos). Uno de los posibles obstáculos en el establecimiento de dicho mecanismo es que las decisiones de la Comisión no siempre son claras en el establecimiento de la reparación adecuada. Por ejemplo en un sonado caso cuya resolución conocimos a través de noticias periodísticas, el caso de la Tablada aún en etapa confidencial, no es claro de las recomendaciones de la Comisión que debería hacer el Estado argentino.
 83. Ver Committee of Experts, p. 72.
 84. Jorge Polakiewicz and Valerie Jacob-Foltzer: The European Human Rights Convention in Domestic Law: The Impact of Strasbourg caselaw in states where direct effect is given to the Convention; *Human Rights Journal*, Vol. 12, N.º 4, p. 126.
 85. Ver Committee of Experts, p. 72.
 86. La situación sería diferente frente a un proceso de carácter civil que estableciera, por ejemplo, una distribución de la herencia de tipo discriminatoria.

87. Ver Committee of Experts, p. 73.
88. Ver Committee of Experts, pp. 74 y 76.
89. *Ibidem*, § 166 (el énfasis nos pertenece).
90. Julio Maier, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Fundamentos, Editores del Puerto, 1997, (en adelante, Maier), pp. 811 a 881.
91. Maier, pp. 828 y ss.
92. En algunos casos, esto está determinado porque los delitos que necesitan ser perseguidos penalmente caen bajo la legislación local en la jurisdicción militar.
93. La Ley 288/96 establece un mecanismo que obliga al Gobierno Nacional a pagar las indemnizaciones a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, previa realización de un trámite previsto en la ley. El Gobierno está en proceso de efectuar indemnizaciones pecuniarias en numerosos casos en aplicación de esta ley.
94. AG/Res 1080 (xxi-0/91) Democracia representativa. Dicha resolución creó un

mecanismo que provoca un proceso de consulta regional frente a la interrupción súbita o irregular del proceso institucional democrático o del ejercicio legítimo del poder por un gobierno elegido democráticamente en un Estado miembro de la OEA. En dicho proceso, el Consejo Permanente de la organización se reúne para examinar la situación y para decidir si llama a una reunión *ad hoc* de Ministros de Relaciones Exteriores o a una sesión especial de la Asamblea General – dentro de un período de 10 días – a fin de evaluar la necesidad de adoptar las que los estados consideren apropiadas según corresponda. Ver Vaky, Heraldo Muñoz: A New OAS for the New Times, in *The Future of the Organization of American States*, The Twentieth Century Fundamental Press, New York, 1993, pp. 67 a 100; *Beyond Sovereignty: Collectively Defending Democracy in the Americas*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1996 (editado por Tom Farer).

Ver Medina, pp. 326-331.

XV

SOBRE LA IMPORTANCIA DEL PROCESO Y DEL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD PARA EL DERECHO ACTUAL*

.....

WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará (Fortaleza, Brasil).

1. El presente estudio parte de la constatación de que las direcciones más diversas en teoría y filosofía del derecho están apuntando, actualmente, en el sentido de una reflexión sobre los procedimientos a través de los cuales se realiza, con la preocupación de establecer parámetros de justicia y racionalidad para balizarlos, justicia y racionalidad que, a su vez, el derecho tendrá que atender por medio de aquellos procedimientos. La cuestión de la justicia, por ejemplo, por la cual volverán a discutir recientemente los filósofos, en el ámbito de una rehabilitación de la filosofía práctica, es tratada en una de las más importantes doctrinas del momento, la del filósofo norte-americano **John Rawls**, como indisolublemente ligada al procedimiento de su realización, donde la idea que va a buscar en **Brian Barry**, de una “Justicia Procedimental” (*procedural justice*).¹ Esta puede presentarse sobre dos formas: una pura o perfecta, cuando se trata de un procedimiento “estrictamente técnico”, como el de distribuir una tarta entre varias personas (el ejemplo es de **Rawls**), y otra imperfecta, que es la revestida de mayor importancia práctica, de la cual los procesos judiciales (penal, civil etc.) son un ejemplo.²

También la tematización del derecho natural, que hoy se coloca en un terreno menos jurídico, que moral, asume una formulación en los condiscípulos de **Arthur Kaufmann**, como **Winifried Hassemer** y **Gunther Ellscheid**, dotado de carácter eminentemente procedimental, pues para ellos lo que importa no es tanto establecer principios con un contenido moral, sino principios procedimentales (*prozedurale Prinzipien*), para guiar interesados en hacer asertivas dotadas de contenido iusnaturalista.³

Así es que, tanto el iusnaturalismo, como también aquella otra vía que tradicionalmente se le contraponen, por privilegiar el análisis del derecho tal como se presenta en cuanto dato positivo y el llamado positivismo lógico terminan por consagrarse, actualmente, a los problemas en torno de la argumentación jurídica. Ya que es allí donde se define tanto la cuestión de la justicia – enfatizada por los defensores de aquella primera vertiente –, como igualmente la cuestión de la racionalidad – la que más interesa a los positivistas – de los actos practicados para cumplir el derecho. Los estudiosos de tendencia analítica pasan así a ocuparse no sólo con las normas jurídicas que se encuadran en el esquema “previsión normativa/consecuencia jurídica”, las llamadas “reglas”, sino también con aquellas otras sobre las que se erige el ordenamiento jurídico en su totalidad - sin dejar de integrarlo -, que son sus principios fundamentales. Es en este contexto que se coloca la reciente doctrina de **Robert Alexy**, con su modelo de argumentación jurídica e interpretación constitucional basado en la distinción entre reglas, principios y procedimiento (*Regel/Prinzipien/Prozedur-Model*).

2. En este contexto, parece también oportuno aludir al concepto desenvuelto recientemente por el iusfilósofo de Frankfurt, **Rudolf Wiethölter**,⁴ según el cual el derecho, en su estadio presente, ingresa en una fase caracterizada por una necesidad de procedimentalización (*Prozeduralisierung*) en su modo de manifestarse. En ella se consumaría la superación dialéctica (*Aufhebung*) de los dos periodos inmediatamente anteriores – e iniciales – de la sociedad civil moderna, los cuales fueron definidos, en la teoría sociológica de **Max Weber**, por la

tendencia a la formalización, del primero, y materialización, en el segundo, que predomina en el derecho moderno. Esto significa que, en el momento en que se trataba de poner un fin a las formas de dominación feudales y absolutistas, se tienen como función jurídica principal la garantía formal del respeto a la posición social de los individuos y su posibilidad de libre actuación. En seguida, sobreviene la quiebra de este modelo político, por su incapacidad de suplir demandas básicas de la colectividad, lo que lleva al uso del derecho a materializar ciertas exigencias sociales, realizando concretamente la igualdad básica de posiciones de los individuos, antes apenas (presu)puesta formalmente en la ley. Todavía, así como el control realizado en el momento inicial mediante una intervención jurídica puntual, mínima, provoca daños sociales insoportables, también a la administración constante y ubicua de los diversos sectores de la vida en sociedad, llevada a cabo para cumplir el programa político que se ofrecía como alternativa, termina costando un sacrificio abominable de prerrogativas de los individuos, antes garantizadas, aunque mínima y formalmente.

Traspolando los términos del dilema en el ámbito del derecho constitucional, da como resultado una tensión entre aquellos derechos fundamentales que se pueden llamar tradicionales, surgidos para la protección de una esfera de libertades civiles de los individuos y, de otro lado, los derechos fundamentales previstos para asegurar la concretización de objetivos de la colectividad. La decisión sobre cual de los dos debe prevalecer no puede ser tomada sin verificar previamente las situaciones de conflicto, en las que adviene la inadecuación de las normas generales y abstractas para regularlas. Lo que se precisa y se puede, entonces, hacer, es establecer procedimientos para que se llegue a estas decisiones, estos procedimientos que naturalmente, deberán ser dotados de determinadas características para cumplir la función socio-política que asumen en este contexto. La adopción de un procedimiento para tomar decisiones favorece el acatamiento y aceptación de lo decidido por los participantes en ello, según la conocida tesis luhmanniana de la “legitimidad por el procedimiento”, como por los otros, ausentes, desde que no se “cierre” la cuestión, dejándola abierta para ser decidida de manera diferente en el futuro, en situaciones diversas. Es de fundamental importancia, al estructurarse un procedimiento, que se le permita a la integración del mayor número posible de

puntos de vista sobre la cuestión a decidir, y también que la decisión alcanzada pueda sufrir modificaciones, ante la experiencia adquirida al aplicarla.

Otro aspecto de la “procedimentalización” del derecho sería su progresiva “desjurisdificación” (*Entrechtlichung*), consecuencia paradójica de la intensiva “jurisdificación” (*Verrechtlichung*), causada por la modernización de la sociedad, y que hoy se vuelve inocua y contraproducente.⁵ La nueva constitución brasileña, por ejemplo, revela eso muy bien, por el ánimo del legislador constituyente, de reglamentar los más diversos sectores de la vida social, para atender las expectativas de quien lo invistió del poder para elaborar el texto constitucional. Cabe todavía al legislador ordinario hacer viable el cumplimiento de una serie de mandamientos constitucionales por medio de leyes complementarias. No espérese, todavía, de una “inflación legislativa” las soluciones definitivas para la compleja problemática nacional, pues siempre permanecerá decisivo el proceso en el que se interpreta y aplica el derecho constitucional – algunas veces, en el límite, *contra legem*.

También se tiene que resaltar que la idea de procedimentalización del derecho se encuentra situada en el ámbito de una teoría crítica (= filosofía) de la sociedad, como la que esta asume en el pensamiento de su representante actual, **Jürgen Habermas**.⁶ Se trata de un “camino del medio”, una vía más discreta, que se ofrece como alternativa a los proyectos grandiosos, con sus promesas de tener la fórmula de resolución de todos los problemas. Ante la complejidad del mundo (pos-)moderno, las mejores soluciones sólo aparecen cuando se busca colocar las opiniones divergentes en comunicación, partiendo de un consenso en torno a la posibilidad de llegar a un entendimiento mutuo; por ello no se puede partir de ideas preconcebidas, con la pretensión de imponerlas a los demás. Lo mejor para hacer es dejar que la solución se muestre, pragmáticamente, en la situación comunicativa; y de antemano se puede reflejar sobre el procedimiento a ser empleado para llegar a soluciones que armonicen derechos individuales y colectivos, bien como los intereses públicos, en base en el principio de proporcionalidad.

3. La idea subyacente a la “proporcionalidad” (*Verhältnismässigkeit*), noción dotada actualmente de un sentido técnico en el derecho público y

teoría del derecho germánico, es decir, la de una limitación del poder estatal en beneficio de la garantía de integridad física y moral de los que le están subrogados, se confunde en su origen, como es fácil percibir, con el nacimiento del moderno Estado de derecho, respaldado en una constitución, en un documento formalizador del propósito de mantenerse el equilibrio entre los diversos poderes que forman el Estado y el respeto mutuo entre éste y aquellas personas sometidas a ello, a quien son reconocidos ciertos derechos fundamentales inalienables. Un marco histórico para el surgimiento de este tipo de formación política se acostumbra apuntar en la Magna Charta inglesa de 1215, en la cual aparece mencionada, cuando establece: “El hombre libre no debe ser punido por un delito menor, sino en la medida de este delito, de acuerdo con su gravedad”. Esta especie de contrato entre la corona y los señores feudales es el origen del “*Bill of Rights*”, de 1689, donde entonces adquieren fuerza de ley los derechos frente a la corona, extendidos ahora a los súbditos en su conjunto.

Para este reconocimiento, el soporte doctrinario viene de los teóricos del derecho natural, con sus tesis sobre la libertad innata a los individuos y su igualdad entre sí, de las cuales resultan los derechos humanos fundamentales, reconocidos en la “*Declaration of Rights*” americana, de 1776, y en la “*Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen*”, francesa, de 1789.

Característica del iusnaturalismo, de fondo racionalista, como es sabido, era la creencia en la existencia de principios generales deductibles de la naturaleza humana, en los cuales se debía basar la elaboración científica del derecho. Es así que, en 1791, **Svarez**, en conferencia proferida delante del Rey de Prusia, **Friederich Wilhelm**, propone como principio fundamental del derecho público “que el Estado solamente esté autorizado a limitar la libertad en la medida que sea necesaria para garantizar la seguridad fundamental del Derecho de Policía (*Polizeirecht* o, como hoy se diría, “Derecho Administrativo”); que apenas para evitar un perjuicio de grandes proporciones a la sociedad civil, lo cual se teme venga a ofender la conciencia moral, o la esperanza fundamentada de poderse alcanzar una ventaja considerable y duradora para todos, autorizan al Estado limitar la libertad natural de sus ciudadanos individuales a través de normas de policía”.⁷ En 1802, **von Berg** emplea el término “*verhältnismässig*”, “proporcional”, al tratar de esa posibilidad de

limitación de libertad en virtud de la actividad policial, refiriéndolo a la indemnización de la víctima por el perjuicio sufrido. Es con apoyo en **Otto Mayer**, todavía, que **Wolzendorf** denomina de “principio de proporcionalidad”, “*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*”, la proposición de validez general (*allgemeingültigen Satz*) que prohíbe a la fuerza policial ir más allá de lo necesario y exigible para la consecución de su finalidad.⁸

Durante la primera mitad del siglo en curso el principio que ahora tomamos en consideración fue tratado como pertinente sólo a la reglamentación de la actividad policial, destinado a evitar excesos en su práctica, lo cual no es sorprendente, teniendo en cuenta su formulación originaria en el tratamiento de esa materia, como acabamos de verificar. Por otro lado, no se puede olvidar que primitivamente “*Polizei*”, “policía”, es el término definitorio de la actividad estatal como un todo, e incluso la propia noción de “Estado de Derecho”, “*Rechtsstaat*”, es mencionada por la primera vez en obra tratando de esa materia.⁹ Parece probable que aquéllos que primero atinaron para el empleo de un principio de proporcionalidad en los asuntos del Estado ya intencionaban una aplicación amplia, tal como hoy se preconiza.

Ya en el periodo en que no más se confundía el “*Polizeirecht*” con el Derecho Administrativo, sería injusto considerar que en su monografía sobre la aplicación de la norma jurídica y la proporcionalidad, de 1913, **Walter Jellinek**, esté limitándose a tratar el problema refiriéndolo al “Derecho de la Policía”, o, al máximo, al proceso ejecutivo administrativo, como es costumbre aparecer referido en monografías contemporáneas sobre el principio en cuestión.¹⁰ Verdaderamente, es de él el mérito de haber relacionado la proporcionalidad con el problema central del Derecho Administrativo, i.e., la discrecionalidad (*freies Ermessen*), considerando las cuestiones dotadas de igual significado, una vez que las leyes no distinguen el poder discrecional de la policía de aquel de los demás órganos de la administración.¹¹

Con esto se abre la posibilidad de extender la problemática hasta incluir las demás funciones estatales, ya que al órgano judicial también es vedada la arbitrariedad en la aplicación de la ley y el legislativo se encuentra igualmente sometido a un control en su actividad de producción normativa, ya que se debe mantener

dentro de los límites constitucionales. El modo como se dió la “proliferación” del uso de la *Verhältnismässigkeit* en el Derecho de Alemania Federal es lo que a partir de ahora merece tratamiento separado. Para eso se va a examinar la contribución dada por el Tribunal Constitucional alemán (*Bunderverfassungsgericht*), acompañado de cerca en su desarrollo por el desenvolvimiento de la doctrina en el periodo de segundo pos-guerra.

4. La transposición del principio de la proporcionalidad del campo del derecho administrativo para el plano constitucional, de donde puede venir a ser identificado en los más diversos sectores del derecho, se debe en gran parte a las posiciones asumidas por el Tribunal Constitucional, en Alemania. Esta corte suprema, investida que está por la Ley Fundamental de la tarea de velar en último grado por su cumplimiento y respeto, a partir de un determinado momento, pasa a referir con frecuencia expresiones en su argumentación, que se asocian claramente al “pensamiento de la proporcionalidad”; expresiones tales como “excesivo” (*Übermässig*), “inadecuado” (*unangemessen*), “necesariamente exigible” (*erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig*), hasta establecer de forma incisiva que el referido principio y la correlata “prohibición de exceso” (*Übermassverbot*), en cuanto “regla conductora de toda la actividad estatal deducida del principio del Estado de derecho (posee) estructura constitucional”.¹² En decisión anterior, el *Verhältnismässigkeitsprinzip* ya fue presentado como resultante “en el fondo de la esencia de los propios derechos fundamentales”, argumentando, de forma asimilable a la referida doctrina clásica de *Svarez*, que se trata de una “expresión del anhelo general de libertad de los ciudadanos frente al Estado, ante el poder público, que sólo puede ser limitado si eso es exigido para protección de intereses públicos”.¹³

La cuestión es como fundamentar mejor la inscripción de un principio de proporcionalidad en el plano constitucional, sea deduciéndose de la opción por un Estado de derecho, sea de los propios derechos fundamentales, asume relevancia más doctrinaria, ya que, en la práctica, la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional no deja duda en cuanto a su inserción en la “base” del ordenamiento jurídico, como se puede referir de manera figurada a la constitución. Además de eso, nuestro principio aparece relacionado con aquel que se puede

considerar el problema principal a ser resuelto con la adopción de un régimen constitucional por el Estado: aquello del relacionamiento entre él, la comunidad sometida a ello y las personas que la componen, problema a ser resuelto – y regulado por el derecho – de forma equitativamente ventajosa para todas las partes. Para que el Estado, en su actividad, atienda a los intereses de la mayoría, respetando los derechos individuales fundamentales, es necesario no sólo la existencia de normas para demarcar esa actividad – y que, en ciertos casos, ni por voluntad de una mayoría pudiese derogar (Estado de derecho) –, sino también se ha de reconocer y aplicar un principio regulativo para ponderar hasta que punto dar preferencia al todo o a las partes (principio de proporcionalidad), con lo que también no se puede ir más allá de un cierto límite, para no retirar el mínimo necesario a una existencia humana digna de ser llamada así.¹⁴

El *Bundesverfassungsgericht* (abrev. *BVerfG*) emplea el principio tratado, con más frecuencia, para controlar la constitucionalidad de medidas ya tomadas por alguno de los demás poderes estatales, el ejecutivo y el legislativo – especialmente en el que se refiere al respeto de un derecho fundamental de los individuos. Se puede decir que la más alta corte alemana se vale de lo que la doctrina apunta como la tríplice manifestación del “mandamiento de la proporcionalidad” (*Verhältnismässigkeitsgebot*), también llamado “prohibición de exceso” (*Übermassverbot*): “adecuación” (*Geeignetheit*), “exigibilidad” (*Erforderlichkeit*) y “proporcionalidad en sentido estricto” (*Verhältnismässigkeit im engeren Sinn*). La primera decisión en que se encuentra una clara y precisa formulación de este pensamiento es de 16.3.1971, en el siguiente pasaje: “El medio empleado por el legislador debe ser adecuado y exigible para que sea alcanzado el fin buscado. El medio es adecuado, cuando con su auxilio se puede promover el resultado deseado, es exigible cuando el legislador no pudiera escoger otro igualmente eficaz, pues sería un medio no -prejudicial o portador de una limitación menos perceptible al derecho fundamental”.¹⁵

Resumidamente se puede decir que una medida es adecuada si cumple su finalidad, exigible por causar el menor perjuicio posible y, finalmente, proporcional en sentido estricto, si las ventajas que traerá superan las desventajas.

Para haber adecuación, lo que importa es la

conformidad con el objetivo (*Zielkonformität*), es la “prestabilidad” para alcanzar el fin (*Zwecktauglichkeit*) de la medida. El *BVerfG* reconoce que el establecimiento de objetivos y de medios para alcanzarlos es un problema de política legislativa (o administrativa), que no cabe a él resolver en sustitución de las autoridades constitucionalmente competentes, reservándose para interferir sólo en casos excepcionales y no comunes, donde es patente su inadecuación y objetivamente imprestable la medida, siendo la evaluación realizada para volverla claramente errónea y refutable.¹⁶

La exigibilidad acostumbra a estar asociada a la búsqueda del “medio más suave” (*mildeste Mittel*) dentro de varios posibles, para alcanzar el fin buscado, en el que se reconoce que hay un margen de acción (*Handlungsspielraum*) y campo para realización (*Gestaltungsbereich*) al legislador (y también a la Administración pública).¹⁷ La proporcionalidad en sentido estricto importa en la correspondencia (*Angemessenheit*) entre medio y fin, lo que requiere un examen de como se estableció la relación entre uno y otro, con el “sopesamiento” (*Abwägung*) de su recíproca apropiación, colocando de un lado el interés y el bienestar de la comunidad y de otro lado las garantías de los individuos que la integran, a fin de evitar beneficios excesivos de uno respecto al otro.¹⁸

En este particular, se debe destacar, con relación al control de medidas provenientes de la Administración Pública, que por tratarse de una función estatal siendo ejercida en obediencia a normas preexistentes, no hay tanto que discutir sobre finalidad y objetivos “deseados”, pero sí, por encima de todo, sobre la adecuación de aquellas medidas a tales propósitos, previstos normativamente. Caso de que las mismas supongan limitaciones de derechos fundamentales, se debe verificar antes que nada si el acto administrativo no dejó de corresponder al sentido de la norma que debería realizar concretamente.¹⁹ Es que este acto, así como las decisiones provenientes del poder judicial, se vuelven para la aplicación del derecho en situaciones individuales, en que la importancia del empleo de la proporcionalidad será tanto mayor, en la medida del margen de discrecionalidad dejada por el legislador para la evaluación de las autoridades administrativas (o del órgano judicial). Así, se comprende el desenvolvimiento reciente de la jurisprudencia alemana en el sentido

de controlar la proporcionalidad y adecuación de medidas judiciales en la ejecución civil.²⁰

Así es que se vuelve admisible y también necesaria la atribución de competencia al Estado para tutelar primordialmente el interés público, hacer la debida demarcación de la esfera hasta donde van los intereses particulares y comunitarios para lo que inevitablemente se restringirán derechos fundamentales, para asegurar la mayor eficacia de los mismos, visto que no podrían todos, concretamente, ser atendidos absoluta y plenamente.²¹ Es en esta dimensión, objetiva, que aparecen principios como los de la isonomía y proporcionalidad, engranajes esenciales del mecanismo político-constitucional de acomodación de los diversos intereses en juego, en dicha sociedad, y, luego, indispensables para garantizar la preservación de los derechos fundamentales, donde se incluyen la categoría equiparable de las “garantías fundamentales”.²²

Con **Larenz**, se puede decir que, partiendo de la isonomía en sentido estricto, en cuanto afirmación de la igualdad formal de todos ante la ley, se atribuye derechos civiles y políticos, en cuanto a la distribución de los deberes y cargas correlatas se debe hacer obedeciendo la “igualdad relativa a la proporcionalidad”.²³ El mismo autor, con todo, destaca que hay un sentido propio en que se puede hablar de un principio de proporcionalidad como diferente del principio de igualdad, en cuanto “prohibición de exceso”,²⁴ como nos referíamos más atrás. En su acepción propia, tal como lo concebimos, el principio de proporcionalidad aparece como más importante que la isonomía, incluso si son ambos presupuestos de la propia existencia, jurídico-positiva, de derechos fundamentales, pues en cuanto esta determina, abstractamente, la extensión a todos de estos derechos, es la aplicación de aquél que permite, concretamente, la distribución compatible de los mismos derechos.²⁵

De lo expuesto hasta aquí, se espera haber puesto con suficiente evidencia la íntima conexión entre el principio de proporcionalidad y el concepto anteriormente expuesto del orden jurídico como un conjunto de principios y reglas, a que se agregan procedimientos. Es en los principios que acostumbran a venir consagrados – o “declarados”, si se quiere hacer una concesión a la filosofía iusnaturalista de los derechos humanos – los derechos fundamentales. Como asevera **R. Alexy**, atribuir el carácter de principio a las

normas jurídicas implica lógicamente el reconocimiento de aquel principio mayor, de proporcionalidad, y viceversa.²⁶ Es este principio el que permite hacer la ponderación o sopesamiento (*Abwägung, Balancing*) de los diversos principios y derechos fundamentales, así como de los intereses y bienes jurídicos en que se expresan, cuando se encuentran en estado de contradicción, solucionándola de forma que maximiza el respeto a todos los envueltos en el conflicto. El principio en cuestión comienza por ser una exigencia cognitiva de elaboración racional del derecho – y merece recordar la sinonimia y origen común, en la matemática de los términos “razón” (lat. *ratio*) y “proporción” (lat. *proportio*) –, lo que explica la circunstancia de ello remitir a uno de los cánones de la interpretación constitucional, aquella a que se debe recurrir cuando el empleo de la hermenéutica jurídica tradicional no ofrece un resultado constitucionalmente satisfactorio: el principio de la “concordancia práctica”.²⁷

Así es que el principio de proporcionalidad, en su triple manifestación, trae una referencia extremadamente abstracta, la hipótesis de hecho, que en verdad serían “hechos normativos”, pues no se subsumiría a ellos hechos directamente, pero sí a otras normas, tanto

subsumen, propiamente, los hechos. Entonces, de la misma forma como los principios para ser aplicados y, luego, para mostrarse válidos, necesitan de reglas que les “densifique” (**Gomes Canotilho**), ellas también, por su propia naturaleza, o mejor, por el estado de colisión potencial en el cual se encuentran, van a implicar la aplicación del principio de proporcionalidad. Esa aplicación va a requerir un conflicto actual entre principios para que se configure la hipótesis “fático-normativa” prevista en el principio de la proporcionalidad; y aplicación en (y del) derecho, como sabemos, requiere procedimientos.

Si quisiéramos concebir un modelo de ordenamiento jurídico a partir del expuesto hasta ahora, ese sería un modelo con tres niveles, donde en un primer nivel se tendrían normas con la estructura de reglas, en que se daría la descripción jurídica de la realidad; en el segundo nivel se tendría ya las normas que son principios, consagrando los valores jurídicamente relevantes en el ordenamiento jurídico; y hay un tercer nivel, que se sitúa ya en otra dimensión, a ser postulada, donde se tienen los procedimientos de aplicación y (auto)producción del derecho.²⁸

aquellas que son principios, como las reglas, que concretan tales principios, en las cuales se

Notas

* Agradezco a Mariona y Marc Garcia Solé por la colaboración inestimable en la tarea de traducción de este texto del portugués al español.

1. Cf. BARRY: *Political Argument*, London, 1965, cap. VI, y RAWLS, op. cit., pp. 83ss.
2. En este punto, se puede aprovechar para cuestionar la opinión, extremadamente difundida aún en una procesualística actualizada como es la brasileña, según la cual el ordenamiento procesal es un “instrumento eminentemente técnico” - la expresión es de ALFREDO BUZUID, autor del proyecto del Código Procesal Civil vigente, en su “exposición de motivos”, ahora presentado como prefacio a *Il Processo Civile Brasileiro*, N. PICARDI/A. GIULIANI (ed.), Rimini, 1988, p. I. Que el derecho procesal sería un “Derecho técnico”, lo postulaba ya FRIEDRICH STEIN, en el prefacio a la 1ª ed. de su *Grundrisses des Zivilprozessrechts und Konkursrechts* (1921). Con defender esa idea, no pretendió el autor del proyecto de nuestro CPC excluir el proceso de la dimensión axiológica, ya que lo concibe “permeable a principios rigurosamente éticos” (id. ib., p. 2). Tampoco STEIN, en su turno, abandonó por completo las reflexiones iusfilosóficas, especialmente sobre la naturaleza de la ejecución forzosa, como recuerda FRIEDRICH WEBER, en *Methodik des Prozessrechts*, in *STUDIUM GENERALE* (Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden), n. 13, 1960, pp. 183ss., 183, texto y nota 1. Por otro lado, es hoy indudable la influencia que la ideología ejerce sobre el proceso. Cf., v.g., ERNST J. COHN, Zur Ideologie des Zivilprozessrechts, in *Erinnerungsgabe für Grünhut*, Marburg, 1965, pp. 31ff.; DIETER LEIPOLD, Zivilprozessrecht und Ideologie, *JZ*, 37, 1982, pp. 441ss.; TARELLO, L'opera di Giuseppe Chiovenda nel Crepuscolo dello Stato Liberale, in Id. (ed.), *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, T. III, vol. I, Bologna, 1973, pp. 691ss.; MAURO CAPPELLETTI, *Processo e Ideologie*, Bologna, 1969.
3. Una concepción procedimental del Derecho Natural fue presentada por HASSEMER en el seminario que impartió en el Curso de Maestría de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará, en 1984. Cf., de ELLSCHEID, Das Naturrechtsproblem. Eine Systematische Orientierung, in *Einführung in der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, A. KAUFMANN/W HASSEMER (ed.), 4ª ed., Heidelberg, 1985, pp. 125ss., esp. pp. 158ss.
4. Cf., por último, WIETHÖLTER: Proceduralization of the Category of Law, in Ch. JOERGES/D. M. TRUBEK (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, 1989, pp. 501ss.; Id., *Ist unserem Recht der Prozess zu machen?*, in FS Habermas, Frankfurt a. M., 1989, pp. 833ss.; G. BRÜGGEMEIER: Der Rechtsbegriff in Habermas' Theorie des kommunikativen Handelns und die Prozeduralisierungskategorie bei R. Wiethölter, in Id./Ch. JOERGES (eds.): *Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts*, ZERP (= Zentrum für Europäische Rechtspolitik), Materialien, 4, 1987, pp. 65ss.; G. MARTIN/HEIDEMARIE RENK / MARGARETHA SUDHOF, *Maßstabe, Foren, Verfahren: Das Prozeduralisierungskonzept Rudolf Wiethölters*, KJ, n. 22, 1989, pp. 244ss., esp. p. 250.
5. De un modo general, v. MICHAEL BOCK: *Recht ohne Mass: die Bedeutung der Verrechtlichung für Person und Gemeinschaft*, Berlin, 1988. La “paradoja” a que nos reportamos es uno de los puntos inconsistentes que E. BLANKENBURG indica en la teoría del derecho reflexivo de TEUBNER, en el estudio arriba indicado (nota 20). Véase, otrosí, la réplica de este último, en el mismo *Law & Society Rev.*, 1984, pp. 191ff., *Autopoiesis in Law and Society: A Rejoinder to Blankenburg*.
6. Cf. HABERMAS: *Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter*, KJ, n. 22, 1989, pp. 138ss., esp. 143ss..
7. *Vorträge über Recht und Staat von CARL GOTTLIEB SVAREZ*, H. CONRAD y G.

- KLEINHEYER (eds.), Köln, 1960, pp. 486/487. En la misma época escribía BLACKSTONE en sus Comentarios, en Inglaterra, que la libertad natural no debería ser limitada por ley sino en cuanto fuese necesario y conveniente (*expedient*) al beneficio general de los ciudadanos (*public*). Apud ZIPPELIUS, *Staatslehre*, 4^a ed., München, 1973, p. 169.
8. Cf. MICHAEL JAKOBS: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (mit einer exemplarischen Darstellung seiner Geltung im Atomrecht)*, Köln (Carl Heymann), 1985, pp. 2ss.
 9. Cf. ROBERT v. MOHL: *Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*, vol. I, 3^a ed., Tübingen, 1866, pp. 19ss., esp. 41.
 10. Así, en la monografía pionera de RUPPRECHT v. KRAUSS: *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht)*, Hamburg, 1955, p. 8, nota 35.
 11. Cf. *Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmassigkeitserwägung (zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und -verfügungen). Eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung*. Reimpresión de la ed. orig., de 1913, Aalen, 1964, p. 89, cuando asevera que “como las leyes no hacen ninguna diferenciación entre discrecionalidad de las autoridades policiales y otra discrecionalidad administrativa cualquiera, entonces el problema de la discrecionalidad es totalmente idéntico a la cuestión de la necesidad y conveniencia”.
 12. BVerfGE 23, 133 (= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, vol. 23, p. 133).
 13. BVerfGE 19, 348/349.
 14. En la constitución alemana, teniendo en cuenta este hecho, consagra el art. 19, 2^a parte, el principio según el cual los derechos fundamentales jamás deben ser ofendidos en su esencia (*Wesensgehaltsgarantie*). Exactamente de esa norma es que los autores como LERCHE y DÜRIG deducen, *a contrario sensu*, la consagración del principio de la proporcionalidad por el derecho constitucional, pues esa garantía implica la aceptación de ofensa a derechos fundamentales solamente “hasta un cierto punto”, donde la necesidad de ese principio para establecer el límite que no se debe sobrepasar. Cf. BVerfGE 34, 238.
 15. BVerfGE 30, 316.
 16. Cf. id. ib., p. 263/264 y E 39, 210/211.
 17. BVerfGE 37, 21 y E 39, loc. cit. Anteriormente, E 21, 157 y E 30, 347.
 18. BVerfGE 28, 280.
 19. BVerfGE 14, 114; 18, 363; 19, 347/348 y, especialmente, E 20, 157/158.
 20. BVerfGE 221/222; 57, 356; 61, 135. V. todavía el “voto vencido” (*Sondervotum*) de BOHMER, E 49, 228ss., que causó mucha perplejidad en la doctrina, al afirmar que en la ejecución forzosa no se debe privilegiar arbitrariamente (i.e., en toda y cualquier hipótesis) el acreedor, frente al deudor, debiendo siempre al Estado, también en esos casos, controlar la proporcionalidad de sus actos. Lo que resulta de la exigencia en la observancia del principio, por ejemplo, es una regla de que bienes inmuebles sean sacrificados para satisfacer un crédito apenas en el último caso. Esta problemática fue objeto de ponencia del eminente procesalista alemán WOLFGANG GRUNSKY en seminario realizado en la Universidad Federal de Ceará (Fortaleza, Brasil), en febrero de 1988, cuando entonces los debates evidenciaron, e.g., la “desproporcionalidad”, de una norma como aquella del art. 737, CPC brasileño, por la cual el deudor, para defenderse de una ejecución, a veces patentemente absurda, precisa comprometer su patrimonio, para oponer los embargos. El profesor alemán, todavía, se afilió, en aquella oportunidad, a la corriente tradicional, manifestando su descontento con las nuevas ideas, recordando que también el acreedor posee el derecho fundamental a tener protegida su propiedad (cf. NOMOS - Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, ns. 7/8, 1988/1989, pp. 90/91). Favorable a la nueva orientación se muestra EBERHARD WIESER, en trabajos publicados en la ZZP, n. 98, 1985.

21. Cf. K. HESSE: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 14a. ed., Heidelberg, 1984, n. 290, p. 118, y J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, p. 148, donde se lee que “los poderes públicos tienen el deber de respetar los derechos fundamentales, pero también los de intervenir para condicionarlos, garantizar y restringir cuando se vuelve necesario para salvaguardar los valores de intereses comunitarios”.
22. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a propósito, se refiere al principio de igualdad teniendo por objetivo “propiciar la garantía individual”, y, adelante, que la “isonomía se consagra como el mayor de los principios garantizadores de derechos individuales”. Cf. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, 2a. ed., São Paulo, 1993, pp. 23 y 45. PAULO BONAVIDES, por su turno, en su *Curso de Direito Constitucional*, 4a. ed., São Paulo, 1993, después de avalar el entendimiento de que el principio de la proporcionalidad sería de aquellos “más fáciles de comprender que de definir” (p. 356), le atribuye la naturaleza, primero, de un principio general de derecho y específicamente, de Derecho Constitucional; después en el plano positivo, sería el una garantía fundamental, o sea, no “un derecho de libertad, pero sí un derecho que protege la libertad” (p. 364).
23. Cf. *Derecho Justo*, trad. LUIS DIEZ-PICAZO, Madrid, 1990, p. 141.
24. Cf. id. ib., p. 144.
25. Principios, a la diferencia de las reglas, como acentúa DWORKIN, se presentan, en determinadas situaciones de conflicto entre sí, como siendo unos más importantes que los otros, por tener esta “dimensión de peso (relativo)” (*dimension of weight*), debido a la cual tiene sentido preguntarse, en esas situaciones, que principio tiene más peso, es más importante para que pueda prevalecer. Cf. *Taking Rights Seriously*, Cambridge (Mass.), 1978, pp. 26/27. Cuando se dice que el principio de la proporcionalidad es más importante que el de isonomía es lo mismo que considerarlo, abstractamente, el más importante de todos, por ser la expresión objetiva de esta dimensión de todo y cualquier principio.
26. Cf. ALEXY: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, p. 100. V. tb. PAULO BONAVIDES, op. ult. cit., p. 365.
27. Cf. K. HESSE, op. cit., pp. 19 y segs.; J. J. GOMES CANOTILHO: *Direito Constitucional*, 4a ed., Coimbra, 1989, p. 162 y segs.; WILLIS S. GUERRA FILHO: *A Interpretação Especificamente Constitucional*, in RPGE-Ce (Revista da Procuradoria Geral do Estado do Ceará), n. 10, 1993, pp. 105 e segs. V. tb. BONAVIDES, ib., cap. 11, n. 9 (¿“Es el principio de la proporcionalidad un principio de interpretación?”), pp. 344 y segs. Ya el Prof. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO refiere el principio de la igualdad como un principio también de interpretación. Cf. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 1989, cap. 31, n. 4, p. 242.
28. Sobre el papel destacado de los procedimientos en el sistema jurídico cf. R. ALEXY: *Rechtssystem und praktische Vernunft*, in RECHTSTHEORIE, n. 18, Berlin, 1987, pp. 405 ss., y KARL-HEINZ LADEUR: *Postmoderne Rechtslehre: Selbstreferenz - Selbstorganisation - Prozeduralisierung*, Berlin, 1992. Que el ordenamiento jurídico no puede ser visto como un sistema apenas estático de normas que regulan conductas, mas también dotado de otra dimensión, dinámica, en que se tienen conductas produciendo normas, de acuerdo con normas, ya aparece evidenciado en la llamada Teoría Pura del Derecho. La doctrina kelseniana, por consecuencia, ya presentaba esta conotación “procedimentalista”, como bien acentúa otro gran responsable para la entronización definitiva de la categoría del procedimiento en el centro de las preocupaciones en teoría del derecho: NIKLAS LUHMANN. Cf. *Legitimation durch Verfahren*, Berlin, 1969, p. 11, nota 2. De este mismo autor, sobre la importancia del procedimiento, refiriéndose, aún, al significado capital que el asume más recientemente en la filosofía jurídica de HABERMAS y otros frankfurtianos, cf. *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, pp. 344, 345 y 558. Anteriormente, cf. *Rechtssoziologie*, vol. I, Reinbek bei Hamburg, 1972, p. 142. Ya para concebirse el derecho, como LUHMANN, en cuanto

sistema “autopoiético”, esto es, que se auto-produce, tenemos que verlo “como constituyendo un verdadero sistema de acción (o conductual - *Handlungssystem*), más que un

mero sistema simbólico”. GUNTHER TEUBNER: *O Direito como Sistema Autopoiético*, trad. J. E. ANTUNES, Lisboa, 1993, p. 39.

ANEXO

XVI

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES

Informação Para o Senhor Presidente da República

Data: 27 de agosto de 1998.

Índice: Direitos Humanos. Reconhecimento da Competência Contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Ementa

Sugere o reconhecimento, pelo Brasil, da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

I

O reconhecimento da competência contenciosa (ou jurisdição obrigatória) da Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma cláusula facultativa da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José). O Brasil aderiu ao Pacto de São José em setembro de 1992 e a Mensagem Presidencial que submeteu o texto do Pacto à aprovação do Congresso Nacional (Mensagem N.º 621, de 28 de novembro de 1985) referia-se nos seguintes termos às cláusulas facultativas: “No tocante às cláusulas facultativas contempladas no § 1º do Art. 45 – referente à competência da CIDH para examinar queixas apresentadas por outros Estados sobre o não-cumprimento das obrigações – e no § 1º do Art. 62 – relativo à jurisdição obrigatória da Corte – não é recomendável, na presente etapa, a adesão do Brasil”.

II

O Governo brasileiro optou por aprofundar seu diálogo com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), órgão que monitora a implementação da Convenção, antes de dar o passo de reconhecer a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Avaliou-se que seria necessário, primeiramente, amadurecer o relacionamento com a Comissão e dotar-se dos

mecanismos internos necessários à implementação do Pacto de São José antes de reconhecer a competência de um Tribunal que, à época da adesão do Brasil à Convenção, ainda possuía atuação limitada. Não obstante, o Governo brasileiro nunca deixou de assinalar que a questão precisava ser vista de uma perspectiva dinâmica e que o reconhecimento da competência contenciosa da Corte poderia ser feito a qualquer momento, conforme prevê a própria Convenção Americana de Direitos Humanos.

III

Desde sua criação em 1978, a Corte vem ampliando sua atuação, com base na aceitação de sua jurisdição obrigatória por número crescente de países. Atualmente, dos 24 Estados Partes da Convenção apenas 7 não reconhecem a competência contenciosa da Corte (Brasil, Barbados, Granada, Haiti, Jamaica, México e República Dominicana). O México já anunciou que deverá fazê-lo ainda em 1998. Reconhecida sua competência contenciosa, a Corte passa a julgar os casos que lhe são submetidos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou pelo Estado interessado e poderá emitir sentença em que determina se o Estado é ou não responsável por violações da Convenção, além de estipular a obrigação de fazer cessar as violações e indenizar as vítimas ou seus herdeiros legais. As sentenças condenatórias da Corte, apesar de não substituírem as ações penais que tramitam internamente, pois não se trata de um tribunal penal com capacidade de invalidar sentenças dos tribunais domésticos, traduzem-se em obrigação do Estado de pagar indenizações pecuniárias às vítimas.

IV

No que diz respeito ao Brasil, o Programa Nacional de Direitos Humanos, lançado por Vossa Excelência no dia 13 de maio de 1996, estabelece como meta de médio prazo o fortalecimento da cooperação com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e com o Instituto Interamericano de Direitos Humanos. Além disso, pode-se dizer que o Brasil tem demonstrado crescente maturidade no relacionamento com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tendo em vista, inclusive, a aceitação da solução amistosa para determinados casos que lá tramitam e que envolvem o pagamento de indenizações às vítimas de violações e a seus familiares. A maior visibilidade do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos tem gerado manifestações favoráveis da sociedade civil ao reconhecimento da Corte pelo Brasil, como demonstra campanha nesse sentido lançada recentemente por entidades de defesa dos direitos humanos e personalidades dos mundos acadêmico, jurídico, político e religioso.

V

O então Consultor Jurídico do Itamaraty, Professor João Grandino Rodas, em parecer datado de 8 de novembro de 1995, concluiu que as normas constitucionais brasileiras são compatíveis com o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana, e que a adesão à sua competência coaduna-se com a soberania nacional. O atual Consultor Jurídico do Itamaraty, Professor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, em parecer datado de 4 de agosto último, pronunciou-se favoravelmente ao reconhecimento e deu-me conhecimento de que em encontros mantidos, a meu pedido, com o Secretário Nacional dos Direitos Humanos, Doutor José Gregori, e com o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Mello, ambos coincidiram na mesma opinião. De acordo com o Professor Cachapuz de Medeiros, o Ministro Celso de Mello é da opinião de que não há qualquer incompatibilidade entre o reconhecimento da competência contenciosa da Corte e o ordenamento jurídico nacional. Ao contrário, o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabelece que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”, que já existe, na verdade, consubstanciado na própria Corte Interamericana.

VI

A esse respeito, cabe recordar as razões enumeradas pelo ex-Consultor Jurídico do Itamaraty e hoje Vice-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, que recomendariam a aceitação pelo Brasil da competência contenciosa da Corte, quais sejam:

- a) o reconhecimento constituiria uma garantia adicional, a as todas pessoas sujeitas à jurisdição brasileira, da proteção de seus direitos tais como consagradas no Pacto de São José, quando as instâncias nacionais não se mostrarem capazes de garanti-los e de assegurar com isso a realização da justiça;
- b) o reconhecimento projetaria no plano internacional o compromisso sincero do Brasil com a causa da salvaguarda dos direitos humanos, e em muito fortaleceria a posição da própria Corte, ao passar a contar esta com o apoio de um país de dimensão continental e com uma vasta população, necessitada de maior proteção de seus direitos;
- c) a Constituição brasileira propugna pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos, que já existe (a Corte Interamericana de Direitos Humanos) e cuja criação foi proposta exatamente pela Delegação do Brasil, na IX Conferência Interamericana, realizada em Bogotá, no ano de 1948;
- d) o Brasil participou dos trabalhos preparatórios do Pacto de São José e apoiou a inclusão do art. 62;
- e) a melhor doutrina jusinternacionalista brasileira sustenta o reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana;
- f) o reconhecimento geraria interesse maior, em particular por parte das novas gerações, pelo estudo e difusão da jurisprudência da Corte Interamericana e de outros órgãos de proteção internacional dos direitos humanos;
- g) o Brasil já possui experiência própria no diálogo com órgãos de supervisão internacional dos direitos humanos, que pode ser valiosa no contencioso perante a Corte Interamericana;

- h) a Corte Interamericana age segundo o Pacto de São José, baseia suas decisões em regras jurídicas, constituindo essa via judicial a forma mais evoluída de proteção internacional dos direitos humanos;
- i) não faria sentido aceitar o conteúdo do Pacto e não aceitar os mecanismos para garantir os direitos consagrados no mesmo;
- j) há interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto de proteção, e as jurisdições internacional e nacional, motivadas pelo propósito convergente e comum de proteção do ser humano, são aqui co-partícipes na luta contra manifestações do arbítrio e da impunidade.

VII

Do ponto de vista da política externa, o Brasil está amadurecido para aceitar a jurisdição de uma Corte Internacional de direitos humanos. Tal gesto seria condizente com a linha de atuação do Brasil nos foros multilaterais e com nosso interesse em assumir responsabilidades crescentes no cenário internacional. O gesto, se realizado no ano em curso, teria ainda o sentido simbólico de ocorrer no ano em que se comemora o Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, reforçando a imagem do Brasil como país identificado com os valores de direitos humanos e pronto a aceitar plenamente as responsabilidades e obrigações que tal identificação implica.

VIII

No que tange ao modo de proceder ao reconhecimento da competência contenciosa da Corte Interamericana, identificam-se duas correntes discordantes (em anexo pareceres divergentes sobre a matéria do ex-Consultor Jurídico do Itamaraty, Professor João Grandino Rodas, e do atual titular da Consultoria Jurídica, Professor Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros). Alguns juristas acreditam que não seria necessário solicitar aprovação prévia do Congresso Nacional, uma vez que esta já teria sido dada quando o Congresso aprovou integralmente o texto do Pacto de São José e que contém dispositivo (art. 62) que prevê aquela possibilidade. Outra corrente, contudo, acredita que a aprovação parlamentar do reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte seria sim necessária, em função de três razões principais: a) a anuência do Congresso nacional para a adesão ao Pacto de São José foi dada na latitude proposta pelo

Executivo, que não solicitou aprovação para a declaração de reconhecimento da competência contenciosa da Corte e declarou expressamente considerar que não era recomendável, naquele momento, fazer tal declaração; b) tendo em vista que, em última análise, os julgamentos da Corte podem levar à obrigação de pagar indenizações monetárias, a aceitação da obrigatoriedade de sua competência poderá acarretar “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”, nos termos do art. 49, inciso I da Constituição de 1988, o que *a fortiori* exige expressa aprovação parlamentar; c) as decisões da Corte, uma vez reconhecida sua competência, passam a ser de execução obrigatória pelo Estado brasileiro, o que exige o envolvimento do Congresso no sentido de aparelhar o ordenamento jurídico nacional com vistas a dar cumprimento efetivo àquelas decisões. A essas razões jurídicas somam-se considerações de ordem política que, em minha opinião, recomendam uma consulta de Vossa Excelência aos Presidentes das duas Casas do Congresso Nacional sobre o reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte, em lugar do envio de Mensagem ao Congresso.

IX

Para acompanhar a contento a eventual tramitação de casos no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos será necessário contar com o concurso de funcionários habilitados a atuarem como defensores da União perante aquele Tribunal internacional. Nesse sentido, poder-se-ia envolver a Advocacia Geral da União, que forneceria ao Itamaraty o aporte jurídico essencial à elaboração das respostas às solicitações da Corte.

X

Diante do exposto, elevo à apreciação de Vossa Excelência a sugestão de reconhecimento pelo Brasil da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem caráter retroativo, nos casos relativos à interpretação e aplicação do Pacto de São José da Costa Rica, conforme previsto no § 1º do Art. 62 daquele instrumento jurídico. Caso se opte pelo reconhecimento, muito agradecerá a bondade da orientação de Vossa Excelência sobre o envio ou não de Mensagem Presidencial ao Congresso Nacional naquele sentido.

XI

A decisão de reconhecer a jurisdição obrigatória da Corte, ou de enviar Mensagem ao Congresso, poderia ser anunciada por Vossa Excelência na cerimônia comemorativa relativa aos direitos humanos, programada para o próximo dia 7 de setembro.

Respeitosamente,

LUIZ FELIPE LAMPREIA
Ministro de Estado das Relações Exteriores

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 Vice-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Ex-Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Membro dos Conselhos Diretores do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e do Instituto Internacional de Direitos Humanos; Membro Associado do “Institut de Droit International”.

César Oliveira de Barros Leal (Presidente)

Mestre em Direito; Procurador do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Conselheiro Científico do ILANUD (Instituto Latino-americano das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente); Membro da Sociedade Americana de Criminologia; Vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Vitimologia.

Paulo Bonavides (1º Vice-Presidente)

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

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

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

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 Paulo Cachapuz de Medeiros

Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Professor Titular de Direito Internacional da Universidade Católica do Rio Grande do Sul e da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Carlos Weis

Procurador do Estado de São Paulo; Professor de Direitos Humanos da Academia de Polícia do Estado de São Paulo.

Emmanuel Teófilo Furtado

Mestre em Direito; Doutorando pela Universidade Federal de Pernambuco; Juiz do Trabalho; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Gonzalo Elizondo Breedy

Professor Titular da Universidade da Costa Rica; Diretor da Área de Instituições Públicas do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

Hélio Bicudo

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

Hermes Vilchez Guerrero

Mestre em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Professor da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Membro Titular do Conselho Nacional

de Política Criminal e Penitenciária; Secretário Geral da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais; Membro do Conselho Editorial da Livraria Del Rey Editora Ltda..

Ivana Maria Medeiros Barros Leal

Promotora de Justiça da 12ª Vara de Família (Entrância Especial) - Fortaleza-Ceará; 1ª Secretária do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

Jaime Ordóñez

Professor Titular da Universidade da Costa Rica; Ex-Diretor do Programa de Administração da Justiça do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

Manuel E. Ventura Robles

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

Margarida Genevois

Membro da Comissão de Justiça e Paz do Estado de São Paulo; Coordenadora da Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos.

Roberto Cuellar

Diretor Executivo do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Ex-Diretor de Investigação e Desenvolvimento do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

Willis Santiago Guerra Filho

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld (Alemanha); Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.