ISSN 1677-1419

Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 3, Vol. 3, Número 3 - 2002

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; Membro da Academia Cearense de Letras.

Paulo Bonavides (1º Vice-Presidente)
Doutor em Direito; Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Professor Visitante nas Universidades de 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.

Antonio Sánchez Galindo

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 Autônoma do México; Juiz e Ex-Presidente da Corte In-teramericana 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).

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.

Ruth Villanueva Castilleja

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.

Wagner Rocha D'Angelis
Mestre e Doutorando em Direito; Presidente da Associação de Juristas pela Integração da América Latina; Professor de Direito Internacional Público e Direito da Integração da Universidade Tuiuti (Paraná).

APRESENTAÇÃO

O Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH) tem a satisfação de dar a público o terceiro 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 terceiro número da *Revista do IBDH* enfeixam uma variedade de tópicos atinentes à temática dos direitos humanos. As contribuições enfocam pontos de extrema relevância, como... Em anexo, ...

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

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

Antônio Augusto Cançado Trindade
César Oliveira de Barros Leal

I
DOMESTIC VIOLENCE AGAINST WOMEN AS A HUMAN RIGHTS VIOLATION

ALDA MARIA SOUSA GANT

Research Assistant, Solicitors Indemnity Fund, London, England, UK; Master of Laws, University of London – University College London, England, UK; Qualified Lawyer, Federal University of Ceara, Fortaleza, Brazil; Member of the International Law Association, Committee on Feminism and International Law, London, England, UK.

"Murder cannot be conceived of as legitimate response to adultery and what is being defended in this type of crime is not honor, but self-esteem, vanity and the pride of the Lord who sees his wife as property". (Decision of the Superior Tribunal of Justice, Brazil's highest Court of Appeal, Brasilia, March 11, 1991).

Introduction

This paper focuses on domestic violence as a human rights violation. The study of domestic violence as a human right violation means that the application of international human rights law can have the effect of reinforcing the state's obligations to respect the individual rights of each and every person and thus be held accountable for abuse of those rights by private individuals. Although the state does not actually commit the abuse, its failure to prosecute the abuse and to guarantee legal protection to women victims amounts to complicity in it. As a result, domestic violence can be a matter subject to scrutiny and review by the international community.

This subject will be explored in four parts. First, certain essential definitions will be made, for example, the definition of domestic violence. Secondly, I will focus in this article on an examination of domestic violence against women in Brazil, which I have chosen to illustrate various examples of violence.

Third, I will focus on the response of Brazil to international law. I will appraise how human rights instruments are made part of the Brazilian legal system. This will include examining the possibility of using international human rights law before national courts to combat and provide protection against domestic violence. In addition, I shall analyze whether Brazil has taken judicial, administrative and constitutional measures to eliminate discrimination against women in the field of domestic violence.

Fourth, I will discuss whether the international human rights law system can help with an adequate response in tackling domestic violence against women. In this part, I will question two concepts, which so often mask the mistreatment of women within the family. The first is the historic dichotomy between public and private sphere in international law. The second is the notion of state liability for gender-based violence by non-state actors. I shall emphasize that both the norms shielding the family from direct state interference and the norms of state responsibility have acted together to limit recognition of domestic violence as a human rights violation. In addition, I will discuss the desirable results of using human rights law within international systems to combat domestic violence.

I. Definitions and Concepts of Domestic Violence

Men and children are victims of domestic violence as well as women[1]. However, certain types of domestic violence are directed by men against women exclusively because they are women. Therefore this kind of violence is gender-based which is distinguished from other types of violence in that it is rooted in prescribed behaviors, norms and attitudes based upon gender. It is violence that attempts to establish or enforce gender hierarchies and perpetuate gender inequalities[2]. So, for the purposes of this paper,

domestic violence shall be understood as gender-based violence encompassing but not limited to physical, sexual and psychological violence occurring against women in the family, including battery, attempted murder, wife or partner murder, marital rape, threat, calumny, defamation and injury. It is interesting to note that domestic violence itself is not classed as a crime under Brazilian law. Instead, there are articles in the Penal Code that make it legal but without taking into account the family or personal relationships when applying justice.

Here, the definition of "family" is not restricted to legally married couples but extends to cover couples who are cohabiting. Within human rights law, the "family" is always defined in the context of marriage between a man and a woman. However, there can be little doubt that the concept of "family" in its original form is changing rapidly.

II. Types of Domestic Violence Women Experience and Examples of it in the Legal Justice System in Brazil[3]

A. Battering

Woman battering is the most common form of domestic violence, characterized by the use of physical or psychological force, or the threat of such force, by the domestic partner. Women victims who survived battering report that such violence often includes kicking, punching, biting, slapping, burning, throwing acid, beating with fists or objects, strangling, stabbing and shooting. Perpetrators often use a debilitating combination of physical and psychological violence in a process of domination and exertion of control, meant to destabilize, victimize and render the woman powerless[4].

The statistics for physical attacks are unpleasant. As reported by United Nations statistics, one woman in Brazil is beaten every 18 seconds[5]. For example, the statistics available and records from SWPS in Goiania for a period of 14 years (1985-1999) demonstrate that there were 33.829 occurrences of violence against women registered at the Specialized Women Police Station to deal with Crimes of Domestic or Sexual Violence against Women (SWPS). And the majority of the cases referred to physical assault. 70% of the latter incidents inflicted on women and reported to the WPS happened at home and the attacker was the victim's husband or partner. The majority of the victims were aged between 18-42 years and the aggressors were between 20-45 years old at the time of the event. It was also established that domestic violence is no respecter of social boundaries.[6] Such violence is not confined to poorly educated and low-income sectors, but occurs also among university-educated and middle-income sectors[7].

According to a unique survey carried out by the Women Rights National Committee/or National Committee for the Rights of Women/or Brazilian Women Rights Committee between Sept/00-Mar/01, there is an average of one specialized Women Police Station to deal with Crimes of Domestic or Sexual Violence against Women for every 18 municipalities in Brazil. However, 61% of the 307 SWPS installed in the country are in the Southeast region and 16% in the South, although they are practically unheard of in rural areas. The result of the study shows that from 411,213 notifications registered in 1999 by the 267 SWPS who took part in this research project, 113,727 were of physical assaults[8]. In 1999 alone, the SWPS in Rio de Janeiro recorded about 11.557 allegations of physical assault committed against women by their husbands or partners[9].

The Brazilian Penal Code does not explicitly criminalize woman battering. This is included within the scope of "Physical assault" contained in Article 129. It means " any offence to someone's physical integrity or health". The penalty for the perpetrators is imprisonment from 3 to 12 months and from 4 to 12 years if it results in the victim's death. This is considered a crime of Public Penal Action, which means the victim, does not need to be directly represented, by a solicitor.

B. Threat

Threat can also be considered an act of domestic violence against women. In line with Article 147 of the Brazilian Penal Code, threat means to intimidate a person by words, writing or gestures or by any other method to cause that person harm. The penalty is as follows: 1-6 years imprisonment. And this is considered a crime of Public Penal Action, which means the victim, does not need to be directly represented by a solicitor. Claims brought forward by women at the SWPS in Goiania from 1997 to 1999 show a sharp increase in this type of crime as the table below shows[10]:

NOTIFICATIONS OF VIOLENCE AGAINST WOMEN AT SPECIALIZED WOMEN POLICE STATIONS IN GOIANIA, 1997 - 1999

Crime	1997	1998	1999
Threats	712	1,753	1,819

Furthermore, as it can be seen from the table below, the notifications of threats at both district and Specialized Women Police Stations in Rio de Janeiro rose 256,6% from 1991 to 1999. This alarming rise follows an enhancement in the adoption of significant social measures to combat abuse and violence against women. It also reflects both a change in women's behavior as well as the ascent of a broad-based culture of respect for women's rights within the Brazilian society[11].

NOTIFICATIONS OF VIOLENCE AGAINST WOMEN AT DISTRICT POLICE STATIONS AND SWPS IN RJ, 1991 - 1999

YEAR	THREATS
1991	4,243
1992	5,581
1993	6,343
1994	5,912
1995	7,876
1996	9,085
1997	10,864
1998	12,295
1999	15,132
% Growth	256,6%

C. Attempted Murder

This crime is outlined in Article 12 of the Brazilian Penal Code. It reads, "Try to kill a person". For instance, a husband tries to kill his wife but she does not. The case of *Maria da Penha Maia Fernandes*[12] brought before the Inter-American Commission on Human Rights on 20/08/1998 illustrates this kind of crime. The petition states that on May 29, 1983, Mrs. Maria da Penha Maia Fernandes, a pharmacist, was the victim of attempted murder by her then husband, Marco Antônio Heredia Viveiros, an economist, at her home in Fortaleza, Ceará State. He shot her while she was asleep, bringing to a climax a series of acts of aggression carried out over the course of their married life. As a result of this, Mrs. Fernandes sustained serious injuries, had to undergo numerous operations, and suffered irreversible paraplegia and other physical and psychological trauma.

The penalty for attempted murder varies from 6-20 years imprisonment in the case of *Simple Attempted Murder* and from 12-30 years for *Q*ualifying *Attempted Murder.* This type of criminal injury is tried by a jury. What is more, the victim does not need the assistance of a lawyer for an effective access to court because a State Attorney must deal with the legal procedure against the accused.

D. Murder

"To kill someone" is the definition of murder outlined in Art. 121 of the Brazilian Penal Code. Imprisonment from 6 - 20 years is the penalty for *Simple Murder* or from 12 - 30 years for *Qualified Murder.* This punishment can be reduced from 1/3 to 2/3. It is also a crime decided by the jury and it is compulsory for a State Attorney to take legal procedures against the murderer.

Punishment of a wife or partner-murder is far from being the legal norm in Brazil. In cases of murder of wives by their husbands, a certain cultural extenuating argument that justifies the acquittal and reduces the sanction applied to the defendant has been applied. It is the so-called "honour defence" which is a defence not formally recognized in law[13]. This argument is always invoked as a way of blaming the victim who is accused of betraying the honour of the husband/partner and the home. Therefore, the woman becomes the culprit and the perpetrator becomes a hero. "Honour" is broadly defined to include perceived adulterous conduct – any activity by the woman outside of the conjugal norm is deemed an attack on the man himself legitimating a violent response[14]. Although the Supreme Court abolished the concept of "defence of honour" as justification for murdering a wife, the courts are still reluctant to prosecute and convict men who claim they killed their wives for marital infidelity. This last point is particularly significant, given that, in June 1998, the National Human Rights Movement reported that female murder victims were 30 times more likely to have been killed by current or former husband or lover than by others[15]. The case below is an example[16]:

Act I. In 1990, Joao Lopes, a bricklayer, stabbed to death his wife and her lover after catching them together in a hotel room;

Act II. He is on State Jury Trial. The lower court acquitted Lopes of the double murder on the grounds of legitimate defense of honor. Under Article 483 of the Criminal Procedure Code, the lower court judge cannot interfere in the Jury's decision;

Act III. On March 11, 1991, the Superior Tribunal of Justice, Brazil's highest Court of Appeal, nullified the lower and appellate court decisions. The court found that there is no offence to the husband's honor by the wife's adultery. In addition, the highest court found that "homicide is not an appropriate response to adultery". Finally, the court proclaimed that "what is defended in

such cases is not honor but the pride of the lord who sees his wife as property"[17];

Act IV. The case returns to the State Jury Trial. The Lopes case was re-tried on August 29, 1991; the lower court ignored the High Court's ruling and again acquitted Lopes of the double homicide on the grounds of honor[18].

In wife-murder cases, Brazilian courts ignore evidence of premeditation and intent to kill, and focus instead on the behavior of the victim[19]. Hence, the accused's lawyers call attention to the behavior of the victim, who "arrived late at home", "wore sexy clothes", "travelled to work", "went to the gym", "started to drive a car"[20].

E. Marital Rape

Like wife or partner-murder, reliable sources indicate that men who commit marital rape are rarely convicted. This is maybe because the understanding of domestic violence has pre-eminently been limited to physical violence: non-consensual sex aspects have been comparatively neglected or omitted. Rape is broadly defined as involuntary sexual intercourse through the use of physical force, threats or intimidation. Many countries do not recognize rape by a man of his wife either as a criminal offence or as a violation of human rights. In Brazil, for example, according to Article 213 of the Penal Code, the meaning of rape is restricted to "sexual intercourse with a woman involving violence or serious threat of violence". *However, t*he above provision is inadequate because only theoretically applies to sexual violence, which occurs within the family. And, under this concept of rape, marital rape does not encompass all sort of coercive and forced sexual activity. If Brazilian domestic law were to be changed to perceive all sex without a woman's approval as rape, not just beyond marriage, then the numbers of legally recognized rapes would be much higher than those of present official figures.

In this essay rape is considered a grave violation of the fundamental human right to liberty and security of person. In addition, marital rape also may be a violation of the right to life if it results in the death of the victim. For example, when rape results in infection with the AIDS virus, the ultimate consequence is also a violation of the right to life.

The Brazilian Criminal Law treats women victims of rape in a discriminatory manner because it considers rape a crime against a person. And because sexual relations are considered a marital duty and refusal to perform it, is a legal motive for separation. Thus, in Brazil, the prevalent idea is that, sexual violence against a woman by her husband is seen as defence of marital rights[21]. For example, Art 107 of the Penal Code (1940) allows rapists to go free if they marry their victims. Also, Article 1520 of the current Civil Code Draft reinforces the denial of women's sexual autonomy and bodily integrity. This article allows the marriage of a minor to avoid imposition or servicing of criminal sentence. As a result, the general idea is that marriage reinstates the honour of the victim. As stated by the Brazilian human rights lawyer Leila Linhares, the proposition is that rape affects only the honor of the victim not her body. Therefore, the State supposes that the punishment of the perpetrator is of interest only to the victim herself, not to the whole society. As a result, the majority of victims of rape do not take court action.

It appears that marriage is the only acceptable space in which women's honour can be considered to be safe. As in many other situations it is the women and girls who are deemed to be in danger who must be removed from that danger, rather than the sexually predatory men who must change or be punished. Danger is defined by being subject to this abuse outside marriage; once married the same acts are no longer considered unacceptable. Corrective action does not focus on the sexuality of the men or their behaviour. Young girls and adult women are raped and sexually abused; their abusers have the social legitimacy of marriage in which to carry out their assaults[22].

III. The Response of International Law

A. How Human Rights Instruments are made part of the National Legal System

The first option for those who seek to remedy breaches of women's international rights may be to petition the domestic courts. How the woman's suit will be perceived depends in part on the status of a treaty in the national law. A treaty will only be binding upon a state by accession or signature followed by ratification. Furthermore, states might adopt the provisions of human rights instruments within its national legal system either by the "transformation" approach or by the "incorporation" approach. For instance, the approach of Brazil to treaties is the "transformation

approach". It means that Brazil use the treaty provisions as the basis for enacting appropriate national legislative rules. Accordingly, Article 5, paragraph 1 of the 1988 Brazilian Constitution reads: "The provisions defining fundamental rights and guarantees are immediately applicable" and Article 5 paragraph 2 compliments as follows: " The rights and guarantees expressed in this Constitution do not exclude others deriving from the regime and from the principles adopted by it, or from the international treaties in which the Federative Republic of Brazil is a party".

So, if a woman wishes to invoke articles of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW) in a national court or before an administrative tribunal, the woman relies upon the corresponding national provision and not on the articles of the treaty itself. In spite of this, nothing can impede women of using, in national courts, provisions established in human rights treaties to back up what is actually made up in the Constitution but not covered extra-upon by local legislation. The aforementioned innovative advocacy strategy could be justified since ratification of treaties by a nation state without reservations is a clear testimony of the willingness by that state to be bound by the provisions of such a document.

This strategy has been used successfully in the *Unity Dow-v-Attorney General case*[23]. In this case, the applicant, Unity Dow, was a citizen of Botswana by birth and descent. On March 1984 she married Peter Nathan Dow, a citizen of the United States of America. One child was born to them on 29 October 1979 (prior to their marriage) and two children were born to them after the marriage. The first child was a citizen of Botswana under s21 of the Constitution. The Citizenship Act 1984 repealed s 21 of the Constitution and provided in s 4 is that a person born in Botswana after the Act would be a citizen if at the time of his birth his father was a citizen or, in the case of a child born out of wedlock, his mother was a citizen. Therefore, the two children born after the marriage were not citizens of Botswana.

The applicant contended that s4 of the Citizenship Act 1984 contravened rights and freedoms guaranteed by the Constitution and international human rights instruments. Botswana had not signed up to CEDAW convention and ICCPR at the time. But what is interesting is that it had signed up to the African Charter. Art. 18 of that instrument ensures the elimination of every discrimination against women and children. In addition, the African Charter makes provisions for incorporation of other Conventions and Declarations, which by definition means that in acceding to the African Charter, Botswana also had taken on board the provisions of other conventions.

In this case, the Botswana Court of Appeal, under s 24 of the Interpretation Act 1984 states that " as an aid to the construction of the enactment a court may have regard to any relevant international treaty agreement or convention". So, the Court decided that ICCPR and CEDAW convention applied. And using that construction they held that the Citizenship Act s 4 contravened the Botswana Constitution; the Anti-gender discrimination provision and it also contravened Art. 18 (3) of the African Charter and all other articles of the international conventions which do not allow gender discrimination. The decision in *Unity Dow case* is in tune with Art 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 which says that states parties may not invoke its provisions of internal law as a justification for not complying with an international treaty.

Similarly, in *Longwe-v-Intercontinental Hotels* ([1993] 4 LRC), the High Court of Zambia held that "the petitioner had clearly been discriminated against on the basis of gender, contrary to the Constitution of Zambia, the African Charter and the CEDAW Convention".

Again, in Ephrahim-v-Pastory and Another ([1990] LRC), the High Court of Tanzania held that the Inheritance Laws were discriminatory to females in that, unlike their male counterparts, they were barred from selling clan land. The High Court concluded that this customary law flew in the face of the CEDAW Convention, African Charter and Bill of Rights, which had been ratified by Tanzania.

B. Legal, Judicial and Administrative Measures taken by Brazil to combat Domestic Violence

The Women's movement in Brazil helped insert a new constitutional clause in the post-dictatorship Constitution (1988) and stimulated society and state to take a new look at the problem of domestic violence. Article 226 (VIII) of Brazil's Constitution establishes that " the state shall ensure assistance to the family in the person of each of its members, creating mechanisms to suppress violence within the family". Moreover, Article 226 (V) reads: " The rights and duties of marital society shall be exercised equally by the man and the woman". Since then, the range of individuals and collective rights and duties, both from private as well as public sphere have been considerably amplified

incorporating other dimensions of life[24]. Today, for instance, the concept of human rights violations includes domestic violence as a serious crime against the individual and society, which will not be excused or tolerated. However, notwithstanding formal guarantees of equality, Brazilian women's lives continue to be characterized by pervasive discrimination and substantive inequality.

Since 1988 the above guarantees have not been as well advanced as hoped at the legal, judicial and administrative level. This is not due to any failure to address this area. The women's movement in Brazil has submitted proposals to change the Civil Code and the Penal Code, and to create other laws to guarantee women's rights. For example, as a result of their great effort, the new Civil Code Draft Project represents an undeniable advance because its provisions are designed with a view to compatibility with the Brazilian Constitutional standards. Among those the Principle of equality of rights of men and women adopted in Article 5o, I of that Bill of Rights: "Men and women have equal rights and duties under the terms of this Constitution".

In fact, the new Civil Code Draft is innovative in that it introduces legal rights so as not to discriminate on a number of specified grounds, including gender, in the protection of women's human rights. For instance, among the new innovations there has been the elimination of the notion that the man must be in charge for the introduction of the concept that man and woman shall share together administration of the matrimonial alliance. Furthermore, it also adopts as the norm the concept of adequate balancing of responsibilities of the spouses or partners as to children instead of the predominance of fatherhood. Moreover, it replaces the term "man" for "person" when used broadly to refer to a human being. Additionally, it allows the husband to adopt his wife's surname. Finally, the aforementioned draft establishes that the custody of a child will be given to the parent who is in the best position to take care of the best interests of the child[25].

The final adoption of the above measures will prove that the government of Brazil has taken reasonable steps to prevent women's human rights violations. Undoubtedly, the measures that this new law introduces will represent considerable advancement in the Brazilian legal and judicial system and consist of a meaningful achievement for the women's movement, which for decades, has claimed that there was an urgent need for legislation along the lines of the 1988 Constitution. But more can be done to ensure that any act of domestic violence against women is considered and treated as a illegal act. It is clear that these guarantees were not approved long ago due to the politico-economic difficulties, which made the legislature deal with daily crises instead of necessary structural functions. It is also due to certain incompetence of the legislative branch, and to the rigid structure of the juridical system, which discourages conditions for easy access or rapid action, innovations, which would harm the system's patriarchal logic. Nor can one deny that the majority of parliamentarians and indeed, the majority of jurists – are not well prepared and keep their distance from the juridical problems of women[26].

It is worth mentioning some achievements of Brazilian Women since the enacting of the 1988 Constitution. At state level, the State Council of the Status of Women of the State of Sao Paulo decided to undertake a creative project. Inspired by the CEDAW Convention, this governmental organization decided to open for signature a treaty between the mayors of all municipalities and the governor of the State of Sao Paulo. In September '92, they ratified the Convencao Paulista sobre an Eliminacao de todas as Formas de Discriminacao contra a Mulher. The document states that " violence against women is the most tragic manifestation of sex discrimination and it is a duty of everyone who combats or prevents violence in our society to recognize, identify, denounce, and punish physical and social aggression that harms the dignity of the body, of the feelings, and of the image of women"[27].

At the national level, in 1992 the women's movement in Brazil called the National Congress to implement a Parliamentary Commission of Inquiry (CPI) to identify violence against women. From January 1991 to August 1992 three women Federal Deputies analyzed 265,219 cases from 20 counties. The reports of the Specialized Women Police Stations constituted the main source of information. In the end, the CPI proposed a number of measures to tackle violence against women[28].

Moreover, as a result of a regional seminar on " Penal Law and Women in Latin America and the Caribbean" (Sao Paulo, April 1992), a specific draft law on domestic violence was formulated. And in 1995, the Federal Deputy Marta Suplicy proposed this draft as a Law Project No. 132/1995 to the National Congress.

It is also worth mentioning the launch of the *National Programme for Human Rights* by the Brazilian Federal Government on 14 May 1996. This program calls for an integrated set of public policies and initiatives on the part of the civil society to eliminate gender discrimination and consolidate citizenship. Violence against women is one of the critical areas of concern. Federal, State and Municipal government are

committed to the targeting of domestic and sexual violence against women providing, for example: training for lawyers and using media for raising awareness. Institutional arrangements have also been made and Women's Rights Defence bodies, different ministries and the National Council for Women's Rights are to implement and monitor human rights treaty commitments. Furthermore, the Legislative and judicial bodies are to enforce the laws on equality. For instance, it is recommended that a gender perspective be taken into account in all legislative proposals, whenever they are pertinent[29].

V. Can the International System Help with an Adequate Response to Domestic Violence Against Women?

A. The Distinction between Public and Private Life

After an overall analysis of domestic violence against women, it is not difficult to infer that the issue has not been taken as a human rights violation as it should be by international institutions. There are several explanations for such exclusion. The distinction between public and private life in international law as well as the concept of state responsibility for violations of rights by private persons are some of the explanations.

International law has its own public/private distinction. Formerly, international law was defined literally as the " law between and among states", and encompassed only relations between nations. After World War II, the theory of International Law expanded to include individual action within states. As a result, the public and private distinction consisted in the continued differentiation between " external" and " internal" matters (that is, between matters involving the international community ("public sphere") and those involving the exclusive domestic jurisdiction of a state ("private sphere"). For example, Article 2 (7) of the United Nations Charter provides that: [n]othing contained in the present charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the members to submit such matters to settlement under the present charter." Article 2 (7) was intended to ensure that the human rights clauses of the charter would not be construed as giving authority to the organization to intervene in the domestic affairs of member states[30].

In international law a further public/private distinction is drawn. It is almost exclusively addressed to the public, or official activities of states; states are not held responsible for "private" activities of their nationals or those within their jurisdiction[31]. For example, personal relations and family issues are consigned to the " private" sphere. Therefore, there is a general view that family should not be subjected to any interference. For example, Art 17 of the ICCPR states " No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honor and reputation". In addition, there is also the idea that the family is the fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the state in accordance to Art. 23 of the ICCPR. As a result, the family is insulated as a matter of privacy.

Obviously, both the obligations to protect the family and privacy rights restrain the direct state interference in the life of the family. This assumption has particular consequences upon women's lives within the family because for women, sometimes, the family is the basis for subordination whereas for men, the family is the basis for support. While the concept of privacy has served to protect women from state intervention into intimate relations, it has also caused damage to women through its failure to effectively protect them in those same relationships. Consequently, domestic violence against women within the family remained untouched for a long time. To summarise, domestic violence was perceived as a private rather then public issue and consequently there should be no interference by the state. For example, in Brazil, before the implementation of the SWPS, if a woman victim of domestic violence by her husband or partner went to the police claiming that she had been beaten up by her husband, the attitude of the police was one of non-interference "Sorry, that's a private matter only, we are not going to act upon that". Despite the fact that domestic violence clearly constitutes an offence in criminal law in many cultures, the effects of non-intervention in cases of domestic violence are astonishing.

Hence, there is an extent to which the notion of privacy should be looked upon with some suspicion. For example, Art 17 of the ICCPR provides protection against states and also against private individuals. The bias of protection rests on two words. One is the question of arbitrary interference and the other is the matter of unlawful interference. The former simply means interference that is not justified at all on the basis of law. The latter is interference that does not find

support on the basis of any law as such. As a result, if a state wishes to interfere with the family because there is a demonstrable objective of the state than that interference will be lawful. This was demonstrated in the case of *Airey-v-Ireland*[32]. The applicant wished to petition for a judicial separation in the Irish High Court because her husband was an alcoholic who frequently threatened her with, and occasionally subjected her (and her children) to physical violence. But she lacked the means to employ the services of a lawyer and legal aid for civil proceedings was not available. In an application to the Commission, the applicant alleged that these facts constituted violations of Art.6 European Convention on Human Rights (right to a fair hearing in the determination of civil rights) by reason of the fact that her right of access to a court was effectively denied, and Art.8 of the Convention (right to respect for private and family life) by reason of the State's failure to provide an accessible legal procedure for the determination of rights and obligations created by Irish family law. The Commission formed the view that there had been a violation of Art.6 of the Convention, which conclusion in its view rendered examination under Art.8 of the Convention unnecessary, and referred the case to the Court.

The Court took the view that "respect for family life" does not simply compel the state to abstain from such interference. In addition to this primary negative undertaking there may be positive steps to be taken by the states to ensure effective protection and respect for family life.

In *Marckx-v-Belgium*, the same approach was used to establish a positive obligation. There the Court stated, in the context of the right to *" respect for family life"*, that " it does not merely compel the state to abstain from such interference…there may be positive obligations inherent in an "effective respect" for family life"[33]. One could argue that Brazil has failed to undertake positive steps to ensure respect for private and family life because it has been very slow in providing preventive measures, including public information and education programs to change attitudes concerning stereotyped roles for men and women.

B. State Responsibility for Violation of Women's Rights

The use of violence towards women by the State's representatives does not generate academic problems for attributing state responsibility. States are generally perceived as responsible for acts of its agents. Nevertheless, international law has not been very clear in dealing with the issue of the responsibility of the state when private individuals infringe women's rights. Not all international human rights instruments make it clear in its provisions that a state which is a party to it either acquire or do not acquire responsibility for private or non-governmental interference with various rights that are guaranteed. It has been argued that one must rely on the general principles governing state responsibility. Article 3 of the Draft Articles on State Responsibility drawn up by the International Law Commission states that

"There is an international wrongful act of a state when:

(a) Conduct consisting of an action or omission is attributable to the state under international law; and

(b) That conduct constitutes a breach of na international obligation of the state".

Whilst Article II (II) of this draft provides that states cannot be held responsible for non-state actors, Article 8 broadens the range of conduct attributable to a state, it provides that:

"The conduct of a person or a group of persons shall also be considered as an act of the state under international law if:

(a) It is established that such person or group of persons was in fact acting on behalf of that state..."

Clearly, Article 8 can be demonstrated by the Brazilian case. Magistrates, prosecutors, police and lawmakers all perform certain duties under the scope of law and on behalf of that state. However, the concept of imputability proposed by the International Law Commission does not encompass the maintenance of a legal and social system in which violence or discrimination against women is endemic and where such actions are trivialized or discounted. It could be argued that, given the extent of the evidence of violence against women, failure to improve legal protection for women and to impose effective sanctions against the perpetrators of violence against women should engage state responsibility[34].

Some provisions in international human rights documents make state liability for violation of rights very clear. For example, Article 2(e) of the CEDAW Convention stipulates that " states parties agree to pursue all appropriate measures to eliminate discrimination against women by any person, organization or enterprise"; Moreover, the CEDAW Committee, the expert body that considers the progress made in the implementation of the CEDAW Convention, in its Recommendation No 19 emphasizes "that gender discrimination is not restricted to action by or on behalf of governments...under general international law and specific human rights covenant,

states may also be responsible for private acts if they fail to act with due diligence to prevent violations of rights or to investigate and punish acts of violence, and for providing compensation".

The decision of the European Court of Human Rights in the *X and Y –v- Netherlands* and the opinion of the Inter-American Court of Human Rights in the *Velasquez Rodrigues-v-Honduras* case both define state responsibility as being centered on affirmative duties to protect against violations even if performed by private citizens.

In *X and Y v. Netherlands*[35] the court held that the positive obligation on the state extended to the circumstances of private activities. Here, there had been a sexual assault on a 16-year-old, mentally handicapped girl by an adult male of sound mind. It had not been possible to bring a criminal charge against the man because of a procedural gap in Dutch law. The Court conceded that there was a wide discretion for a state to determine what steps it should take to intervene between individuals. The government's position was that there were civil remedies available to the girl and so she was not bereft of protection. However, affirming the *Airey case*, the court found that the civil remedies were not without their practical drawbacks and that the absence of an effective criminal remedy in these circumstances constituted a failure by the Dutch authorities to respect Y's right to private life[36]. Arguably, privacy in the sense of physical integrity offers greater latitude for countering forms of domestic violence. Hence, in states that do not investigate a persistent pattern of severe forms of domestic violence and that lack adequate civil remedies and criminal prosecutions, victims of such violence might have a cause of action under human rights treaties[37].

In *Velasquez Rodriguez v Honduras case*[38] the Inter-American Court concluded that Honduras was responsible for disappearances even if they were not carried out by agents who acted under cover of public authority, because the state's apparatus failed to act to prevent the disappearances or to punish those responsible. This case concerned Velasquez Rodriguez, a student at the National Autonomous University of Honduras who disappeared on September 12, 1981. He was allegedly kidnapped and detained without a warrant for his arrest, by members of the National Office of Investigations and of the Armed Forces of Honduras. During his detention he was taken to various locations where he was interrogated and tortured. Therefore, because Honduran officials either carried out or acquiesced in the kidnappings, the court concluded that the government failed to guarantee his human rights[39]. The Inter-American Court essentially said that the state was responsible for failing to take necessary diligence to provide an environment in which human rights could be enjoyed. Therefore, this focus undertaken in *Velasquez Rodrigues case* offers a framework for holding states like Brazil liable for domestic violence against women by non-state actors, i.e., their husbands or partners.

In *Velasquez Rodrigues-v-Honduras* the Inter-American Court criticized disappearances because they were " a means of creating a general state of anguish, insecurity and fear..." Women victims of intrafamilial violence testify that they experience similar feelings. Such feelings are contrary to the right to a sense of physical privacy as protected by international human rights law. Thus, states parties to treaties that enshrine the protection of privacy have an emerging duty to prevent intrafamilial violence where there is an established pattern of domestic violence. Furthermore, party states are obliged to investigate and punish those violations that do occur[40].

Regarding the obligation to investigate the Inter-American system has been categorical. In Mejia Egocheaga-v-Peru the Inter-American Commission on Human Rights explicitly stated that " investigation must be for a purpose and be assumed by the state as a specific duty and not as a simple matter of management of private interests that depends on the initiative of the victim or his family in bringing suit or on the provision of evidence by private sources, without the public authority effectively seeking to establish the truth..."[41]. Moreover, in its recent decision on reparation in the cases of El Amparo-v-Venezuela and Neira Alegria-v-Peru (both in September 1996) the Inter-American Court reaffirmed the duty of the State to effectively investigate the facts and punish the authors of every human rights violation[42].

Therefore, the reasoning used in the aforementioned cases offers a framework for holding states liable for domestic violence against women by their husbands or partners. For instance, Brazil can be held responsible since it has failed to prevent domestic violence or to respond to it as required by the American Convention on Human Rights. Article 1 (1) of the convention says: "The State Parties to this convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms".

C. Individual Petition and Reporting Mechanism

The International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR, American Convention on Human Rights-ACHR, Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women-CEDAW Convention, OAS Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women and the Special Rapporteur mandate offer a wide variety of legal measures and mechanisms that if used in conjunction with national effort can help to tackle domestic violence against women in Brazil and elsewhere. The following section will begin by analyzing the significant role that the reporting and individual mechanisms provided in human rights instruments can play in that.

The Human Rights Committee established under the ICCPR has both a reporting and individual complaint procedure. The latter is only available to women from countries that have ratified the First Optional Protocol to the ICCPR. A mechanism is therefore established for women victims of domestic violence to bring complaints before the Human Rights Committee against their countries. The function of the committee is to gather all necessary information, by means of written exchanges with the parties (the State and the Complainant), to consider the admissibility and merits of complaints and to issue its "views". It should be noted that the Committee is not a court, does not issue " judgments" and has no means to enforce any views, which it might adopt[43]. *Avellana-v-Peru*[44] is an example of a case where a woman used the Optional Protocol to the ICCPR to challenge sex discrimination. Ms Avellana claimed that the Government of Peru has violated, articles 2, paragraphs 1 and 3, 16, 23, paragraphs 4 and 26, of the Covenant, because she has been allegedly discriminated against simply because she is a woman. The author is the owner of two apartment buildings in Lima, which she acquired in 1974. It appears that a number of tenants took advantage of the change in ownership to cease paying rent for their apartments. After unsuccessful attempts to collect the overdue rent the author sued the tenants. The court of first instance found in her favour and ordered the tenants to pay her the rent. The Superior Court reversed the judgment on the procedural ground that the author was not entitled to sue because, according to article 168 of the Peruvian Civil Code, when a woman is married only the husband is entitled to represent matrimonial property before the Court. The author appealed to the Peruvian Supreme Court submitting_that the Peruvian Constitution abolished discrimination against women. However, the Supreme Court upheld the decision of the Superior Court.

Having thus exhausted domestic remedies in Peru, and pursuant to article 39 of the Peruvian Law No. 23506, which specifically provides that a Peruvian citizen who considers that his or her constitutional rights have been violated may appeal to the Human Rights Committee of the United Nations, the author seeks United Nations assistance in vindicating her right to equality before the Peruvian courts. The Committee is of the view that Peru is under an obligation, in accordance with the provisions of article 2 of the Covenant, to take effective measures to remedy the violations suffered by the victim. In this respect the Committee welcomes the State party's commitment, expressed in articles 39 and 40 of Law No. 23506, to co-operate with the Human Rights Committee, and to implement its recommendations.

Brazil ratified the ICCPR in 24.04.92 but did not ratify the First Optional Protocol. Thus, currently Brazilian women cannot complain before the Committee that Brazil's failure to prosecute domestic violence infringes, for instance, their right to equality before the law guaranteed in Article 26 of the ICCPR.

The American Convention on Human Rights establishes the reporting and individual petition system for the protection of women's rights. The Inter-American Human Rights Commission and the Inter-American Court of Human Rights are the organizations which promote respect for and defence of human rights in the states parties to the convention. Both are judicial bodies. The American Court has the power, for instance, to take action on women's petition containing denunciations of domestic violence as a violation of human rights guaranteed in the convention. It is important to note that, according to Article 61(1) of the ACHR, " *only States parties and the Commission shall have the right to submit a case to the court"*. Thus, so far, under the American Convention individuals do not have automatic and direct access to the American Courts of Human Rights as an international tribunal. Accordingly, the main function of the American Commission is not to be a party of the legal procedures but to play the role of legal assistant of the American Court to safeguard the applicability of the American Convention. The claims of female victims of marital battering, rape and murder should contain facts demonstrating that the general failure of the state to prosecute domestic violence led to their physical and mental suffering. And, according to Article 48 ACHR, when the Commission considers the women's petition admissible, it shall request information from the government of the state indicated as being responsible for the alleged violations.

The Commission will then examine the matter in order to verify the facts. If necessary, the Commission will carry out an investigation and, if requested, receive

oral or written statements. Moreover, the Commission places itself at the disposal of parties concerned with a view to reaching a friendly settlement. According to Article 50, if a settlement is not reached, the Commission transmits a report stating its conclusions and recommendations to the parties concerned. Article 61(2) states that the Commission is free to submit a case to the Court after issuing its report.

However, Article 62(I) reads that the Court has only jurisdiction upon party states who have recognized that in their instrument of ratification to the convention. Finally, according to Article 63(I), if the Court has jurisdiction over a case and finds that there has been a violation of a right, it will specify the measures necessary to remedy the violation. It can also rule that fair compensation be paid to the victim.

Brazil deposited its instrument of ratification to the ACHR on 25 September 1992 but without accepting the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights. This meant Brazilian women could lodge a petition with the Commission but could not have their case heard by the Inter-American Court, under the individual petition mechanism, although individual cases might be cited as examples by NGO's presenting evidence and observations under the reporting mechanism. Fortunately, all this changed on 10 December 1998 when the State of Brazil deposited, in accordance with Article 62 of the ACHR, its instrument of recognition of the compulsory contentious jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights on all matters relating to the interpretation or application of the convention for events that occur as from that date[45].

The *Maria da Penha Maia Fernandes-v-Brazil* case is an example of petition lodged with the Inter-American Commission on Human Rights (hereinafter "the IACHR"). On August 20, 1998 the IACHR received a petition filed by Mrs. Maria da Penha Maia Fernandes, the Center for Justice and International Law (CEJIL), and the Latin American and Caribbean Committee for the Defense of Women's Rights (CLADEM) (hereinafter "the petitioners"). The IACHR analyzes admissibility requirements and considers the petition admissible pursuant to Articles 44, 46(2)(c) and 47 of the ACHR, and 12 of the Convention of Belém do Pará. With respect to the merits of the case, the IACHR concludes that the State violated the right of Mrs. Fernandes to a fair trial, equal protection and judicial protection, guaranteed in Articles 8, 24 and 25 of the ACHR, in relation to the general obligation to respect and guarantee rights set forth in Article 1(1) of that instrument because of the unwarranted delay and negligent processing of this case of domestic violence in Brazil. In addition, Articles II and XVIII of the American Declaration of the Rights and Duties of Man, as well as Article 7 of the Convention of Belém do Pará. It also concludes that this violation forms a pattern of discrimination evidenced by the condoning of domestic violence against women in Brazil through ineffective judicial action. The IACHR recommends that the State conduct a serious, impartial and exhaustive investigation in order to establish the criminal liability of the perpetrator for the attempted murder of Mrs. Fernandes and to determine whether there are any other events or actions of State agents that have prevented the rapid and effective prosecution of the perpetrator. It also recommends prompt and effective compensation for the victim, and the adoption of measures at the national level to eliminate tolerance by Brazil of domestic violence against women.

The most extensive instrument dealing with the protection and promotion of women's rights as human rights is the United Nations CEDAW Convention. It was adopted in 1979 by the United Nations General Assembly and entered into force on 03 September 1981. It explains what constitutes discrimination against women and determines an agenda for national action plans to terminate discrimination against women in all spheres of life such as: politics, education, employment, health care, economics, marriage, family, law and the application of the law. However, although CEDAW establishes rights for women in areas not previously subject to international standards, it does not contain explicit provisions for confronting violence against women. To compensate for this *lacuna*, the CEDAW Committee in its General Recommendation No. 19 specifically addressed gender-based violence. It includes gender-based violence as " a form of discrimination that seriously inhibits women's ability to enjoy rights and freedoms on a basis of equality with men"[46].

Until the entry into force of the Optional Protocol to the CEDAW Convention on 22 December 2000, there were only two ways for women to tell the government and the international community *if* and *how* they were discriminated against: by the *Reporting Procedure* (Art.18) and by the *Inter-state Procedure* (Art.29). The latter is susceptible to an extensive number of reservations and has never been enforced. The aforementioned protocol incorporated a third option, the *Communication Procedure*.

Party States are required to submit reports within one year of the Convention coming into effect for the state concerned and thereafter every four years and whenever the committee so requests. Articles 2 and 18 stipulate that reports should indicate the legislative,

judicial, administrative or other measures to eliminate all forms of discrimination against women, including discriminatory treatment of women victims of domestic violence. Moreover, Recommendation No. 19 requires states to take into consideration gender-based violence when reporting under the CEDAW Convention.

Prior to the Optional Protocol the only power the CEDAW Committee had was the moral pressure it could exert based on general awareness about domestic violence in a population, and the accompanying public international debate. This is because the *reporting method* of promoting and protecting human rights is often seen as one of the powerless forms of enforcement. Also, because a self-reporting system tends to produce reports which describe only the bare legal provisions. In general, states do not provide critical information on targets to be achieved, but monitoring committees may refer to data received from NGO's and others in their " comments" or their alternate reports.

Norma Forde, a member of CEDAW Committee, noted that the work of CEDAW is far more effective when its members have recourse to sources of information in addition to data contained in reports of states parties. Accordingly, she explained, CEDAW has requested the Division for the Advancement of Women (DAW) at the UN Secretariat in New York to compile statistics garnered from official UN sources relevant to member's reports. CEDAW has also requested UN specialized agencies to provide it with relevant information and encourages NGOs to send them information particularly on major problems facing women in the reporting countries[47]

According to DAW, as of May 2001, 168 countries are party and four have signed the CEDAW Convention. Brazil ratified this treaty on 01 February 1984 with a number of reservations regarding domestic life and it entered into force on 21 March 1984. The Initial Report by Brazil was due on 02 March 1985; and afterwards the periodic reports were due on 02 March 1989, on 02 March 1993; 02 March 1997 and finally 0 March 2001. So far Brazil has no reports submitted to the CEDAW Committee, despite the fact that one year prior to the due date, the UN General Secretary invites the state party to submit its reports. Consequently, the CEDAW committee has been unable to verify the progress Brazil has made to comply with its treaty obligations. Although Brazil promised to use the convention as a basis for reforms that would improve its legal system's treatment of violence against women, it has yet to take concrete steps to comply with it. At least, in Brazil, women used CEDAW to ensure that women's human rights protections were included in the process of redrafting the 1988 national constitution.

The Communication Procedure introduced by the Optional Protocol to CEDAW is the first international individual complaint procedure specifically directed to gender issues. Article 2 allows either individuals or groups of individuals to submit individual complaints to the CEDAW monitoring Committee. Communications may also be submitted on behalf of individuals, with their consent, unless it can be shown why that consent was not received. Under this communication mechanism, the CEDAW Committee is equipped to express its views on what is required from States in individual circumstances. This enables Party States to better understand the significance of the duties they have agreed by assenting to CEDAW. The Committee findings would result in jurisprudence providing both understanding about specific issues and direction about state's commitments under CEDAW. In accordance with DAW until 22 September 2001, 27 countries are party to the Optional Protocol and 68 signatories have signed it. Brazil signed the protocol on 13 March 2001 but it has not ratified it yet despite the pressure of women's human rights activists.

The Inter-American Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against Women was adopted by countries of the Latin American Region on 9 June 1994 in Belem do Para, Brazil. Brazil ratified this landmark document on 27 November 1995. Article 10 sets out the mechanism of protection available for women. It includes a reporting system similar to that under the CEDAW Convention but also provides an individual right of petition and a right for non-governmental organizations to lodge complaints with the Inter-American Commission of Human Rights.

On 4 March 1994 the United Nations Commission on Human Rights appointed Radhika Coomaraswamy as the first person to hold the position of Special Rapporteur on Violence against Women. Dr. Coomaraswamy explains that special rapporteurs are independent fact-finders whose mandate contains three main components. The first is to set out the pervasive and grievous nature of violence against women. The second involves identifying and investigating factual situations, as well as allegations, which may be put before her by governments and non-governmental organizations (NGOs). The third component is to recommend measures aimed at preventing women's rights violations. The Special Rapporteur visited Brazil in May 1996 to investigate and identify more precisely the issue of domestic violence. One of her tasks was to establish dialogue with the government of Brazil to find

solutions for the elimination of domestic violence. She looked at the criminal justice system and spoke to individual victims, often brought by NGOs. The reports of Special Rapporteurs have been regarded as one of the most authoritative mechanisms in the UN's monitoring and reporting system. The Special Rapporteur on women also can play a very important role in cases of domestic violence. In the case of individual complaints, if the Special Rapporteur is satisfied that it is a genuine case falling within her mandate, she can submit it to the relevant government for their comments.

Conclusion

The right to be free from domestic violence is not directly stated in international human treaties. Because domestic violence often results in battery, rape and murder, it is implied in the " right to life" (Article 4 ACHR), " to physical, mental and moral integrity" (Article 5 ACHR) and "security of person" (Article 7). Including " freedom from slavery or servitude" (Article 6 ACHR), "equality before the law" (Article 24 ACHR), " equal rights of men and women" (Article 1 ACHR), " right to privacy"(Article 11 ACHR) and "right of the family" (Article 17 ACHR). These norms are cited as a basis for arguing that domestic violence constitutes a human rights violation meaning, ultimately, that all human rights have a gender amplitude that ought to be understood in order for women's human rights to be realized, safeguarded and enjoyed.

Analysis of domestic violence as an abuse of human rights can be addressed in national courts with the view to improve protection available to women. Cases such as *Unity Dow*, *Longwe* and *Ephrahim* have resulted in rulings that are favorable to this advocacy strategy. However, when domestic courts fail to protect women against that violence, international litigation represents a positive mechanism. Women's right to state protection from domestic violence can be achieved. Victims have to prove a pattern of violence and a systematic failure by the state to act with due diligence to prevent violations of rights and to investigate and punish acts of domestic violence. Cases like *Maria da Penha Maia Fernandes-v-Brazil* illustrate that the law can be changed. The Inter-American Commission on Human Rights thus recommends that the Brazilian State continues to expand the reform process that will put an end to the condoning of domestic violence against women in Brazil and discrimination in handling it. In particular, the Commission recommends:

a. Measures to train and raise the awareness of officials of the judiciary and specialized police so that they may understand the importance of not condoning domestic violence.

b. The simplification of criminal judicial proceedings so that the time taken for proceedings can be reduced, without affecting the rights and guarantees related to due process.

c. The establishment of procedures that serve as alternatives to judicial mechanisms, to resolve domestic conflict in a prompt and effective manner and create awareness regarding its serious nature and associated criminal consequences.

d. An increase in the number of special police stations to address the rights of women and to provide them with the special resources needed for the effective processing and investigation of all complaints related to domestic violence, as well as resources and assistance from the Office of the Public Prosecutor in preparing their judicial reports.

e. The inclusion in teaching curriculums of units aimed at providing an understanding of the importance of respecting women and their rights recognized in the Convention of Belém do Pará, as well as the handling of domestic conflict.

There are many problems in approaching human rights with reference to domestic violence: firstly, the distinction between public and private life in international law. It means that states are almost exclusively responsible for acts of its officials. Secondly, there is a limited concept of state responsibility for violations of rights by private individuals. Thirdly, human rights practice does not tend to focus on the causes of domestic violence, which are rooted in economic, legal and social factors. These factors do not work to women's advantage.

Nevertheless, such problems should not obscure the advantages in using human rights system. It employs the reporting and individual petition mechanism to bring pressure on states that fail to prosecute domestic violence. The former should produce positive results by embarrassing offending governments in the international arena. The latter provides the possibility for specific redress and opportunity for development of a detailed jurisprudence. Thus, it aims to bring changes to law and practice, which presently discriminate against women. Both these mechanisms depend on international as well as national political will to protect women in domestic violence.

Notas

1. Children's exposure to domestic violence and sex-based stereotypes socializes them to accept such violence as a legitimate response to stress. Studies of battered spouses consistently reflect that men who grow up in abusive home environments are far more likely to become abusive as adults. See Rhode, D.L., Justice and Gender: Sex discrimination and the law, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, (1989) 244.

2. http://www.uninstraw.org/mensroles/background.html

3. Calumny, defamation and injure should be perceived as forms of psychological gender-based violence when committed by men against their wives or partners. See Articles 138, 139 and 140 of the Brazilian Penal Code.

4. U.N. Doc. Op. cit., p.15.

5. Herman, J. and Barsted, L., O Judiciário e a Violência contra a Mulher: A Ordem Legal e a (Des) Ordem Familiar, Cadernos Cepia, RJ, (1995) 79.

6. http://www.redesaude.org.br/jornal/html/body_vi-vdomest.html.

7. 1999Ann.Rpt. Inter-Am. C.H.R. 1443, OEA/ser. L/V/II.106 doc. 3 rev., p. 14.

8. http://www.ccr.org.br (Brazilian Newspaper: Folha de São Paulo, p. 10, 1-15/06/01)

9. Brazilian Newspaper: "O Globo", 24/11/00.

10. See footnote 5.

11. http://www.iser.org.br/portug/indicador_mulher.html

12. Inter-American Commission on Human Rights, Organization of American States, Report N. 54/01, Case 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brazil, April 16, 2001.

13. CEDAW Committee General Recommendation N. 19, in its Art 16 (r), (ii) recommends that states should include legislation to remove the defense of honor in regard to the assault or murder of a female family member. See International Human Rights Report Vol. 1, n. 1 (1994).

14. Romany, C, " State Responsibility Goes Private: A Feminist Critic of the Public/Private Distinction in International Human Rights Law", in Coo, R. (ed.) Human Rights of Women: National and International Perspectives, (1994) 326.

15. 1999 IACHR 1443, p.14.

16. Human Rights Watch, Criminal Injustice: Violence Against Women in Brazil, Washington DC, (1991) 25 – 26.

17. Before Brazil became independent from Portugal in 1822 the colonial laws permitted the murder of a woman and her lover by her husband. Nevertheless, the opposite was not allowed. Until as recently as 1962 women had to have their husbands authorization to work outside the home or to travel nearby.

18. Human Rights Watch, op. cit., pp. 25 – 28.

19. Thomas, D & Beasley, M., " Domestic Violence as a Human Rights Issue" 15 Human Rights Quarterly (1993) 53.

20. Herman, J. and Barsted, L., " O Judiciário e a Violência…" note 9 at 59.

21. Barsted, L., Violêcia contra a Mulher e Cidadania: uma Avaliação das Políticas Públicas, Cadernos Cepia, Rio de Janeiro, (1994) 21.

22. Sen, P., LSE, for CHANGE, Change Programme on Non-Consensual Sex in Marriage, Pilot Phase Country Report: India, 1991.

23. Unity Dow-v-Attorney General [1991] LRC (Const) 575.

24. Pimentel, S., "O novo Codigo Civil representa um avanço significativo na legislação?" In Folha de São Paulo, Brazilian Newspaper, 18/08/2001, p. 2 – Tendências/Debates.

25. Ibid., p. 2.

26. Pimentel, S., *"Special Challenges Confronting Latin American Women" in* Kerr, J. (Ed.) *Ours by Right: Women's Rights as Human Rights*, Zed books, (1993) 30.

27. Ibid., p. 31

28. Soares, L.E., Violência Contra a Mulher: Levantamento e Análise de dados sobre o Rio de Janeiro em Contraste com Informações Nacionais, ISER, Rio de Janeiro (1993) 17.

29. Summary of the national action plans and strategies for implementation of the platform for action; document prepared by DAW as an informal paper for the 42nd session of the Commission on the Status of Women (March 1998).

30. Kim, N., " Toward a Feminist Theory of Human Rights: Straddling the Fence between Western Imperialism and Uncritical Absolutism", 25 Columbia Human Rights Law Review (1993) 68/69.

31. Charlesworth H., and Chinkin, C., " Violence Against Women: A Global issue". I*n* J. Stubbs (Ed.). Women, Male Violence and the Law (Institute of Criminology Series, n. 06, (Sydney 1994) 14.

32. Eur. Ct. H. R. (Ser A), (1979).

33. Harris, D.J., O'Boyle, M. and Warbrick, C., Law of the European Convention on Human Rights, Butterworths, London (1995) 19.

34. Charlesworth, H., and Chinkin, C., " The Gender of Jus Cogens" 15 Human Rights Quarterly (1993) 73.

35. *X and Y v. Netherlands*. 91 Eur. Ct. H. R. (Ser A), (1985).

36. Harris, D.J., O'Boyle, M., and Warbrick, C., " Law of the European Convention on Human Rights", Butterworths (1995), 323.

37. -Van Bueren, G., " The International Protection of Family Member's Rights as the 21st Century Approaches", *17Human Rights Quarterly (1995)0 752;*

38. *Velasquez Rodrigues v. Honduras, Human Rights Law Journal, Vol.: 9: 212.*

39. See Shelton, D., " Private Violence, Public Wrongs and the Responsibility of States" Fordhamm Int'l L. J., 13 (1990) 5, 10.

40. Van Bueren, G., *loc. cit.*

41. *Mejia Egocheaga and another v. Peru,* "Butterworths Human Rights Cases", Butterworths, London (1996) 256.

42. 10 *Interights Bulletin* (1996) 94.

43. O'Flaherty, M., *Human Rights and the UN Practice Before the Treaty Bodies*, Sweet & Maxwell, London (1996) 47.

44. Graciela A. del Avellana-v-Peru, Communication N.202/1986 (28 October 1988), U.N. Doc. Supp. n. 40 (A/44/40) at 196 (1988).

45. 1999 IACHR1443.

46. International Human Rights Report, Vol. 1, n. 1 (1994).

47. Cook, R.. (ed.) " Women's International Human Rights Law: The Way Forward". *In Human Rights of Women: National and International Perspectives,* Routledge, (1995) 24.

II
A PERSONALIDADE E CAPACIDADE JURÍDICAS DO INDIVÍDUO COMO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL[1]

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge); Juiz Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; Membro Titular do Institut de Droit International; Membro dos Conselhos Diretores do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo) e do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

I. Introdução

Constitui para mim motivo de particular satisfação poder aceder ao convite para retornar ao Congresso Nacional brasileiro, a fim de participar em mais uma iniciativa da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, abordando um tema a cujo exame tenho me dedicado por muitos anos: o da personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. Ao longo de minha exposição, buscarei resumir os pontos principais de meus mais recentes trabalhos publicados a respeito[2], consoante o seguinte plano de exposição: examinarei, de início e em seqüência, a subjetividade internacional do indivíduo no pensamento dos autores clássicos, a exclusão do indivíduo do ordenamento jurídico internacional pelo positivismo jurídico estatal, e o resgate do indivíduo como sujeito do Direito Internacional na doutrina jurídica do século XX. Em seguida, passando à consideração da capacidade jurídica internacional do indivíduo, concentrar-me-ei nos fundamentos jurídicos do acesso do ser humano aos tribunais internacionais de direitos humanos, e sua participação direta no procedimento perante estes últimos, com atenção especial à natureza jurídica e ao alcance do direito de petição individual; por último, relatarei os desenvolvimentos recentes nos sistemas europeu e interamericano de proteção, apresentando minhas reflexões finais sobre a matéria.

II. O Indivíduo como Sujeito do Direito das Gentes, no Pensamento dos Autores Clássicos

Ao considerar a posição dos indivíduos no direito internacional, não há que perder de vista o pensamento dos chamados fundadores do direito das gentes. Há que recordar a considerável importância, para o desenvolvimento do tema, sobretudo dos escritos dos teólogos espanhóis assim como da obra grociana. No período inicial de formação do direito internacional era considerável a influência exercida pelos ensinamentos dos grandes mestres, – o que é compreensível, dada a necessidade de sistematização da matéria[3]. Mesmo em nossos dias, é imprescindível ter presentes tais ensinamentos.

É amplamente reconhecida a contribuição dos teólogos espanhóis Francisco de Vitoria e Francisco Suárez à formação do Direito Internacional. Na visão de Suárez (autor do tratado De Legibus ac Deo Legislatore, 1612), o direito das gentes revela a unidade e universalidade do gênero humano; os Estados têm necessidade de um sistema jurídico que regule suas relações, como membros da sociedade universal4. Foi, no entanto, o grande mestre de Salamanca, Francisco de Vitoria, quem deu uma contribuição pioneira e decisiva para a noção de prevalência do Estado de Direito: foi ele quem sustentou, com rara lucidez, em suas aclamadas

Relecciones Teológicas (1538-1539), que o ordenamento jurídico obriga a todos – tanto governados como governantes, – e, nesta mesma linha de pensamento, a comunidade internacional (totus orbis) prima sobre o arbítrio de cada Estado individual5.

Não poderíamos deixar de transcrever um breve trecho de sua celebrada De Indis – Relectio Prior (1538-1539), a saber: – "(...) No que toca ao direito humano, consta que por direito humano positivo o imperador não é senhor do orbe. Isto só teria lugar pela autoridade de uma lei, e nenhuma há que tal poder outorgue(...). Tampouco teve o imperador o domínio do orbe por legítima sucessão, (...) nem por guerra justa, nem por eleição, nem por qualquer outro título legal, como é patente. Logo nunca o imperador foi senhor de todo o mundo.(...)"6. Na concepção de Vitoria, o direito das gentes regula uma comunidade internacional constituída de seres humanos organizados socialmente em Estados e coextensiva com a própria humanidade; a reparação das violações de direitos (humanos) reflete uma necessidade internacional atendida pelo direito das gentes, com os mesmos princípios de justiça aplicando-se tanto aos Estados como aos indivíduos ou povos que os formam7. Decorridos mais de quatro séculos e meio, sua mensagem retém uma notável atualidade.

A concepção do jus gentium de Hugo Grotius – cuja obra, sobretudo o De Jure Belli ac Pacis (1625) é situada nas origens do direito internacional, como veio a ser conhecida a disciplina, – esteve sempre atenta ao papel da sociedade civil. Para Grotius, o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para assegurar o ordenamento social consoante a inteligência humana, de modo a aperfeiçoar a "sociedade comum que abarca toda a humanidade"8. Os sujeitos têm direitos vis-à-vis o Estado soberano, que não pode exigir obediência de seus cidadãos de forma absoluta (imperativo do bem comum); assim, na visão de Grotius, a razão de Estado tem limites, e a concepção absoluta desta última torna-se aplicável nas relações tanto internacionais quanto internas do Estado9.

No pensamento grociano, toda norma jurídica – seja de direito interno ou de direito das gentes – cria direitos e obrigações para as pessoas a quem se dirigem; a obra precursora de Grotius, já no primeiro meado do século XVII, admite, pois, a possibilidade da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado10. Ainda antes de Grotius, Alberico Gentili (autor de De Jure Belli, 1598) sustentava, em fins do século XVI, que é o Direito que regula a convivência entre os membros da societas gentium universal11.

Há, pois, que ter sempre presente o verdadeiro legado da tradição grociana do direito internacional. A comunidade internacional não pode pretender basear-se na voluntas de cada Estado individualmente. Ante a necessidade histórica de regular as relações dos Estados emergentes, sustentava Grotius que as relações internacionais estão sujeitas às normas jurídicas, e não à "razão de Estado", a qual é incompatível com a própria existência da comunidade internacional: esta última não pode prescindir do Direito12. O ser humano e o seu bem estar ocupam posição central no sistema das relações internacionais13.

Nesta linha de pensamento, também Samuel Pufendorf (autor de De Jure Naturae et Gentium, 1672) também sustentou "a sujeição do legislador à mais alta lei da natureza humana e da razão"14. Por sua vez, Christian Wolff (autor de Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum, 1749), ponderava que assim como os indivíduos devem, em sua associação no Estado, promover o bem comum, a seu turno o Estado tem o dever correlativo de buscar sua perfeição15.

Lamentavelmente, as reflexões e a visão dos chamados fundadores do direito internacional (notadamente os escritos dos teólogos espanhóis e a obra grociana), que o concebiam como um sistema verdadeiramente universal16, vieram a ser suplantadas pela emergência do positivismo jurídico, que personificou o Estado dotando-o de "vontade própria", reduzindo os direitos dos seres humanos aos que o Estado a estes "concedia". O consentimento ou a vontade dos Estados (o positivismo voluntarista) tornou-se o critério predominante no direito internacional, negando jus standi aos indivíduos, aos seres humanos17. Isto dificultou a compreensão da comunidade internacional, e enfraqueceu o próprio direito internacional, reduzindo-o a direito estritamente inter-estatal, não mais *acima* mas *entre* Estados soberanos[18]. As conseqüências desastrosas desta distorção são sobejamente conhecidas.

III. A Exclusão do Indivíduo do Ordenamento Jurídico

Internacional pelas Distorções do Positivismo Jurídico Estatal

A personificação do Estado todo-poderoso, inspirada na filosofia do direito de Hegel, teve uma influência nefasta na evolução do direito internacional em fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX. Esta corrente doutrinária resistiu com todas as forças ao ideal de emancipação do ser humano da tutela absoluta do Estado, e ao reconhecimento do indivíduo como sujeito do direito internacional. Contra esta posição reacionária se posicionou, entre outros, Jean Spiropoulos, em luminosa monografia intitulada *L'individu en Droit international*, publicada em Paris em 1928[19]: a contrário do que se depreendia da doutrina hegeliana, ponderou o autor, o Estado não é um ideal supremo submisso tão só a sua própria vontade, não é um fim em si mesmo, mas sim "um meio de realização das aspirações e necessidades vitais dos indivíduos", sendo, pois, necessário proteger o ser humano contra a lesão de seus direitos por seu próprio Estado[20].

No passado, os positivistas se vangloriavam da importância por eles atribuída ao método da *observação* (negligenciado por outras correntes de pensamento), o que contrasta, porém, com sua total incapacidade de apresentar diretrizes, linhas mestras de análise, e sobretudo *princípios* gerais orientadores[21]. No plano normativo, o positivismo se mostrou subserviente à ordem legal estabelecida, e convalidou os abusos praticados em nome desta. Mas já em meados do século XX, a doutrina jusinternacionalista mais esclarecida se distanciava definitivamente da formulação hegeliana e neo-hegeliana do Estado como repositório final da liberdade e responsabilidade dos indivíduos que o compunham, e que nele [no Estado] se integravam inteiramente[22].

A velha polêmica, estéril e ociosa, entre monistas e dualistas, erigida em falsas premissas, não surpreendentemente deixou de contribuir aos esforços doutrinários em prol da emancipação do ser humano *vis-à-vis* seu próprio Estado. Com efeito, o que fizeram tanto os dualistas como os monistas, neste particular, foi "personificar" o Estado como sujeito do direito internacional[23]. Os monistas descartaram todo antropomorfismo, afirmando a subjetividade internacional do Estado por uma análise da pessoa jurídica[24]; e os dualistas – a exemplo de H. Triepel e D. Anzilotti – não se contiveram em seus excessos de caracterização dos Estados como sujeitos únicos do direito internacional[25].

Toda uma corrente doutrinária, – do positivismo tradicional, – formada, além de Triepel e Anzilotti, também por K. Strupp, E. Kaufmann, R. Redslob, dentre outros, passou a sustentar que somente os Estados eram sujeitos do Direito Internacional Público. A mesma postura foi adotada pela antiga doutrina soviética do direito internacional, com ênfase na chamada "coexistência pacífica" interestatal[26]. Contra esta visão se insurgiu uma corrente oposta, a partir da publicação, em 1901, do livro de Léon Duguit *L'État, le droit objectif et la loi positive*, formada por G. Jèze, H. Krabbe, N. Politis e G. Scelle, dentre outros, sustentando, *a contrario sensu*, que em última análise somente os indivíduos, destinatários de todas normas jurídicas, eram sujeitos do direito internacional (cf. *infra*).

A idéia da soberania estatal absoluta, que levou à irresponsabilidade e à pretensa onipotência do Estado, não impedindo as sucessivas atrocidades por este cometidas contra os seres humanos, mostrou-se com o passar do tempo inteiramente descabida. O Estado – hoje se reconhece – é responsável por todos os seus atos – tanto *jure gestionis* como *jure imperii* – assim como por todas suas omissões. Criado pelos próprios seres humanos, por eles composto, para eles existe, para a realização de seu bem comum. Em caso de violação dos direitos humanos, justifica-se assim plenamente o *acesso direto* do indivíduo à jurisdição internacional, para fazer valer tais direitos, inclusive contra o próprio Estado[27].

O indivíduo é, pois, sujeito do direito tanto interno quanto internacional[28]. Para isto tem contribuído, no plano internacional, a considerável evolução nas últimas décadas não só do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como do mesmo modo do Direito Internacional Humanitário. Também este último considera as pessoas protegidas não como simples objeto da regulamentação que estabelecem, mas como verdadeiros sujeitos do direito internacional. É o que se depreende, e.g., da posição das quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário de 1949, erigida a partir dos direitos das pessoas protegidas (e.g., III Convenção, artigos 14 e 78; IV Convenção, artigo 27); tanto é assim que as quatro Convenções de Genebra proíbem claramente aos Estados Partes

derrogar – por acordos especiais – as regras nelas enunciadas e em particular restringir os direitos das pessoas protegidas nelas consagrados (I, II e III Convenções, artigo 6; e IV Convenção, artigo 7)[29]. Na verdade, as primeiras Convenções de Direito Internacional Humanitário (já na passagem do século XIX ao XX) foram pioneiras ao expressar a preocupação internacional pela sorte dos seres humanos nos conflitos armados, reconhecendo o indivíduo como beneficiário direto das obrigações convencionais estatais[30].

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

Ao reconhecimento de direitos individuais deve corresponder a capacidade processual de vindicá-los, nos planos tanto nacional como internacional. É mediante a consolidação da plena capacidade processual dos indivíduos que a proteção dos direitos humanos se torna uma realidade[32]. Mas ainda que, pelas circunstâncias da vida, certos indivíduos (e.g., crianças, enfermos mentais, idosos, dentre outros) não possam exercitar plenamente sua capacidade (e.g., no direito civil), nem por isso deixam de ser titulares de direitos, oponíveis inclusive ao Estado[33]. Independentemente das circunstâncias, o indivíduo é sujeito *jure suo* do direito internacional, tal como sustenta a doutrina mais lúcida, desde a dos chamados fundadores da disciplina[34]. Os direitos humanos foram concebidos como *inerentes* a todo ser humano, independentemente de quaisquer circunstâncias.

IV. O Resgate do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional na Doutrina Jurídica do Século XX

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

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

Com efeito, já nas primeiras décadas do século XX se reconheciam os manifestos inconvenientes da proteção dos indivíduos por intermédio de seus respectivos Estados de nacionalidade, ou seja, pelo exercício da proteção diplomática discricionária, que tornava os Estados "demandantes" a um tempo "juízes e partes". Começava, em conseqüência, para superar tais inconvenientes, a germinar a idéia do acesso direto dos indivíduos à jurisdição internacional, sob determinadas condições, para fazer valer seus direitos contra os Estados, – tema este que chegou a ser efetivamente considerado pelo Institut de Droit International em suas sessões de 1927 e 192935.

Em monografia publicada em 1931, o jurista russo André Mandelstam alertou para a necessidade do reconhecimento de um *mínimo jurídico* – com a primazia do direito internacional e dos direitos

humanos sobre o ordenamento jurídico estatal, – abaixo do qual a comunidade internacional não devia permitir que recaísse o Estado[36]. Em sua visão, a "horrível experiência de nosso tempo" demonstrava a urgência da consagração necessária desse *mínimo jurídico*, para por um fim ao "poder ilimitado" do Estado sobre a vida e a liberdade de seus cidadãos, e à "completa impunidade" do Estado violador dos "direitos mais sagrados do indivíduo"[37].

Em seu celebrado *Précis du Droit des Gens* (1932-1934), Georges Scelle se investe contra a ficção da contraposição de uma "sociedade inter-estatal" a uma sociedade de indivíduos (nacional): uma e outra são formadas de indivíduos, sujeitos do direito interno e do direito internacional, sejam eles simples particulares (movidos por interesses privados), ou investidos de funções públicas (governantes e funcionários públicos), encarregados de velar pelos interesses das coletividades nacionais e internacionais[38]. O fato de serem os Estados compostos de seres humanos individuais – com todas as suas conseqüências – não passou despercebido de outros autores.

Também no continente americano, mesmo antes da adoção das Declarações Americana e Universal de Direitos Humanos de 1948, floresceram manifestações doutrinárias em prol da personalidade jurídica internacional dos indivíduos. Dentre as que sustentaram tal personalidade, situa-se, e.g., as obras de Alejandro Álvarez[39] e Hildebrando Accioly[40]. Do mesmo modo se posicionou Levi Carneiro a respeito, ao escrever que "não subsiste obstáculo doutrinário à admissão de pleitos individuais perante a justiça internacional. (...) Ao Direito Internacional o indivíduo interessa cada vez mais", mesmo porque "o Estado, criado no interesse do indivíduo, a este não se pode sobrepor"[41]. E Philip Jessup, em 1948, ponderou que a velha acepção da soberania estatal "não é consistente com os princípios da interdependência ou interesse da comunidade e do status do indivíduo como sujeito do direito internacional"[42].

Não hesita Hersch Lauterpacht, em seu *International Law and Human Rights* (1950), em afirmar que "o indivíduo é o sujeito final de todo direito", nada havendo de inerente ao direito internacional que o impeça de tornar-se sujeito do *law of nations* e de tornar-se parte em procedimentos perante tribunais internacionais[43]. O bem comum, nos planos tanto nacional como internacional, está condicionado pelo bem-estar dos seres humanos individuais que compõem a coletividade em questão[44]. Tal reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos também no plano do direito internacional acarreta uma clara rejeição dos velhos dogmas positivistas, desacreditados e insustentáveis, do dualismo de sujeitos nos ordenamentos interno e internacional, e da vontade dos Estados como fonte exclusiva do direito internacional[45].

Em outro estudo perspicaz, publicado também em 1950, Maurice Bourquin ponderou que a crescente preocupação do direito internacional da época com os problemas que afetavam diretamente o ser humano revelava a superação da velha visão exclusivamente inter-estatal da ordem jurídica internacional[46]. Em seu curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia, três anos depois, em 1953, Constantin Eustathiades vinculou a subjetividade internacional dos indivíduos à temática da responsabilidade internacional (dos mesmos, a par da dos Estados). Como reação da consciência jurídica universal, o desenvolvimento dos direitos e deveres do indivíduo no plano internacional, e sua capacidade de agir para defender seus direitos, encontram-se vinculadas a sua capacidade para o delito internacional; a responsabilidade internacional abarca, assim, em sua visão, tanto a proteção dos direitos humanos como a punição dos criminosos de guerra (formando um todo)[47].

Dada, pois, a capacidade do indivíduo, tanto para mover uma ação contra um Estado na proteção de seus direitos, como para cometer um delito no plano internacional, não há como negar sua condição de sujeito do direito internacional[48]. À mesma conclusão chegou Paul Guggenheim, em curso ministrado também na Academia da Haia, um ano antes, em 1952: como o indivíduo é "sujeito de deveres" no plano do direito internacional, não há como negar sua personalidade jurídica internacional, reconhecida inclusive pelo próprio direito internacional *consuetudinário*[49].

Ainda em meados do século XX, nos primeiros anos de aplicação da Convenção Européia de Direitos Humanos, Giuseppe Sperduti escrevia que os particulares haviam se tornado "titulares de interesses internacionais legítimos", porquanto já se iniciara, no direito internacional, um processo de emancipação dos indivíduos da "tutela exclusiva dos agentes estatais"[50]. A própria experiência jurídica da época contradizia categoricamente a teoria infundada de que os indivíduos eram simples *objetos* do ordenamento jurídico internacional, e destruía outros preconceitos do positivismo estatal[51]. Na doutrina jurídica de então se

tornava patente o reconhecimento da expansão da proteção dos indivíduos no ordenamento jurídico internacional[52].

Em um artigo publicado em 1967, René Cassin, que participara do processo preparatório da elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948[53], acentuou com eloqüência que o avanço representado pelo acesso dos indivíduos a instâncias internacionais de proteção, assegurado por muitos tratados de direitos humanos: – "(...) Se ainda subsiste na terra grandes zonas onde milhões de homens ou mulheres, resignados a seu destino, não ousam proferir a menor reclamação ou nem sequer a conceber que um recurso qualquer seja possível, estos territórios diminuem a cada dia. A tomada de consciência de que uma emancipação é possível torna-se cada vez mais geral. (...) A primeira condição de toda justiça, qual seja, a possibilidade de encurralar os poderosos para sujeitar-se a (...) um controle público, se satisfaz hoje em dia muito mais freqüentemente que no passado. (...) O fato de que a resignação sem esperança, de que o muro do silêncio e de que a ausência de todo recurso estejam em vias de redução ou de desaparecimento, abre à humanidade em marcha perspectivas alentadoras (...)"[54].

Na articulação de Paul Reuter, a partir do momento em que se satisfazem duas condições básicas, os particulares se tornam sujeitos do direito internacional; estas condições são, primeiramente, "ser titulares de direitos e obrigações estabelecidos diretamente pelo direito internacional", e, em segundo lugar, "ser titulares de direitos e obrigações sancionados diretamente pelo direito internacional"[55]. Para o jurista francês, a partir do momento em que o indivíduo dispõe de um recurso a um órgão de proteção internacional (acesso à jurisdição internacional) e pode, assim, dar início ao procedimento de proteção, torna-se sujeito do direito internacional[56]. Com efeito, estudos sucessivos sobre os instrumentos internacionais de proteção e as condições de admissibilidade das petições individuais no plano internacional passaram a enfatizar precisamente a importância histórica do reconhecimento da personalidade jurídica internacional dos indivíduos como parte demandante[57].

V. A Capacidade Jurídica Internacional do Indivíduo: Fundamentos Jurídicos do Acesso do Ser Humano aos Tribunais Internacionais

A par da construção de sua personalidade jurídica internacional, o acesso dos indivíduos aos tribunais internacionais contemporâneos para a proteção de seus direitos revela uma *renovação* do direito internacional – no sentido de sua *humanização*[58], – abrindo uma grande brecha na doutrina tradicional do domínio reservado dos Estados[59] (ou competência nacional exclusiva), definitivamente ultrapassada: o indivíduo é elevado a sujeito do direito internacional[60], dotado de capacidade processual. Perante os tribunais internacionais, o ser humano se defronta consigo mesmo, para proteger-se da arbitrariedade estatal, sendo protegido pelas regras do direito internacional[61]. Em última análise, todo o Direito existe para o ser humano, e o direito das gentes não faz exceção a isto, garantindo ao indivíduo seus direitos e o respeito de sua personalidade[62].

A questão da capacidade processual dos indivíduos perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ), e sua predecessora a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), foi efetivamente considerada por ocasião da redação original, por um Comitê de Juristas designado pela antiga Liga das Nações, do Estatuto da Corte da Haia, em 1920. Dos dez membros do referido Comitê de Juristas, apenas dois – Loder e De Lapradelle – se pronunciaram a favor de que os indivíduos pudessem comparecer como partes perante a Corte (*jus standi*) em casos contenciosos contra Estados (estrangeiros). A maioria do Comitê, no entanto, se opôs firmemente a esta proposição: quatro membros (Ricci-Busatti, Barão Descamps, Raul Fernandes e Lord Phillimore) objetaram que os indivíduos não eram sujeitos do direito internacional (não podendo, pois, a seu ver, ser partes perante a Corte) e que somente os Estados eram pessoas jurídicas no ordenamento internacional, – no que foram acompanhados pelos demais membros[63].

A posição que prevaleceu em 1920 – que surpreendente e lamentavelmente tem sido mantida no artigo 34 (1) do Estatuto da Corte da Haia até o presente – foi pronta e duramente criticada na doutrina mais lúcida da época (já na própria década de vinte). Assim, em sua memorável monografia *Les nouvelles tendances du Droit international* (1927), Nicolas Politis ponderou que os Estados não passam

de ficções, compostos que são de indivíduos, e que o verdadeiro fim de todo o Direito é o ser humano, e nada mais que o ser humano[64]: trata-se de algo "tão evidente", acrescentou, que "seria inútil insistir nisto se as brumas da soberania não tivessem obscurecido as verdades mais elementares"[65].

E prosseguiu Politis em defesa da outorga do recurso direto aos indivíduos às instâncias internacionais para fazer valer seus "interesses legítimos", o que apresentaria a vantagem, por exemplo, de despolitizar o procedimento clássico, o do contencioso interestatal (a proteção diplomática discricionária)[66]. E, enfim, adiantou um prognóstico, no sentido de que a ação direta dos indivíduos no plano internacional logrará realizar-se, mais cedo ou mais tarde, porque "responde a uma verdadeira necessidade da vida internacional"[67].

Outra crítica à solução adotada a respeito pelo Estatuto da Corte da Haia (artigo 34(1), cf. *supra*) foi formulada por Spiropoulos, também nos anos vinte, para quem não havia qualquer impedimento a que o direito internacional convencional assegurasse aos indivíduos uma ação direta no plano internacional (havendo inclusive precedentes neste sentido no período do entre-guerras); se isto não ocorresse e se se limitasse às ações judiciais no plano do direito interno, não raro o Estado se tornaria "juiz e parte" ao mesmo tempo, o que seria uma incongruência[68]. Para o autor, o ordenamento jurídico internacional pode formular normas visando diretamente os indivíduos (como exemplificado pelos tratados de paz do período do entre-guerras), alçando-o desse modo à condição de sujeito do direito internacional, na medida em que se estabelece uma relação direta entre o indivíduo e o ordenamento jurídico internacional, que o torna "diretamente titular de direitos ou de obrigações"[69]; não há, pois, como deixar de admitir a personalidade jurídica internacional do indivíduo[70].

A gradual emancipação do indivíduo da tutela do Estado todo-poderoso, antecipou Spiropoulos em 1928, não é mais que uma "questão de tempo", por "impor-se como conseqüência necessária da evolução da organização internacional" dos novos tempos[71]. O indivíduo deve, assim, ser capaz de defender *ele próprio* seus direitos no plano internacional, "independentemente de toda tutela de seu Estado", e "mesmo contra seu próprio Estado"[72]. Sem a outorga aos indivíduos de ação direta no plano internacional, – prosseguiu, – seus direitos continuarão "sem proteção suficiente"[73]; somente com tal ação direta ante uma instância internacional, – acrescentou, – se logrará uma proteção *eficaz* dos direitos humanos, em conformidade com "o espírito da nova ordem internacional"[74]. Há que estabelecer "certos limites" à autoridade do Estado, – concluiu, – o qual não é um fim em si mesmo, mas antes um meio para a "satisfação das necessidades humanas"[75].

O caráter exclusivamente inter-estatal do contencioso ante a CIJ definitivamente não se tem mostrado satisfatório. Ao menos em alguns casos, relativamente à condição de indivíduos, a presença destes últimos (ou de seus representantes legais), para apresentar, eles próprios, suas posições, teria enriquecido o procedimento e facilitado o trabalho da Corte. Recordem-se, como exemplos a esse respeito, o caso clássico *Nottebohm* sobre dupla nacionalidade (Liechtenstein *versus* Guatemala, 1955), e o caso relativo à *Aplicação da Convenção de 1902 sobre a Guarda de Menores* (Holanda *versus* Suécia, 1958), e, mais recentemente, os casos do *Julgamento dos Prisioneiros de Guerra Paquistaneses* (Paquistão *versus* Índia, 1973), dos *Reféns (Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos) em Teerã* (Estados Unidos *versus* Irã, 1980), do *Timor-Leste* (Portugal *versus* Austrália, 1995), da *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Bósnia-Herzegovina *versus* Iugoslávia, 1996), ou ainda os casos *Breard* (Paraguai *versus* Estados Unidos, 1998) e *LaGrand* (Alemanha *versus* Estados Unidos, 1999). Em todos estes casos, não há como deixar de reconhecer que o elemento predominante é precisamente a situação concreta de seres humanos, e não meras questões abstratas de interesse exclusivo dos Estados litigantes em suas relações *inter se*. A artificialidade do caráter exclusivamente inter-estatal do contencioso ante a CIJ é, pois, claramente revelada pela própria natureza de determinados casos submetidos a sua consideração.

Tal artificialidade tem sido criticada na bibliografia especializada, inclusive, recentemente, por um ex-Presidente da própria Corte da Haia[76]. E já em fins da década de sessenta, um dos maiores especialistas na matéria, Shabtai Rosenne, advertia que "não há nada inerente no caráter da própria Corte Internacional que justifique a exclusão completa de um indivíduo de comparecer perante a Corte em procedimentos judiciais de seu interesse direto"[77]. A atual prática de exclusão do *locus standi in judicio* dos indivíduos interessados ante a CIJ, – acrescentou Rosenne, – além de artificial, em certos casos contenciosos "pode até mesmo produzir resultados

incongruentes"; torna-se, pois, "altamente desejável" que tal esquema seja reconsiderado, de modo a permitir que os próprios indivíduos interessados possam comparecer ante a CIJ (*locus standi*) para apresentar diretamente a esta última seus argumentos em casos contenciosos[78].

A solução adotada pelo Estatuto da antiga CPJI, e fossilizada com o passar do tempo no Estatuto da CIJ até a atualidade, é ainda mais criticável, se considerarmos que, já na primeira metade do século XX, houve experimentos de direito internacional que efetivamente outorgaram capacidade processual internacional aos indivíduos. Exemplificam-no o sistema de navegação do rio Reno, o Projeto de uma Corte Internacional de Presas (1907), a Corte Centro-Americana de Justiça (1907-1917), assim como, na era da Liga das Nações, os sistemas das minorias (inclusive a Alta Silésia) e dos territórios sob mandato, os sistemas de petições das Ilhas Aaland e do Sarre e de Danzig, além da prática dos tribunais arbitrais mistos e das comissões mistas de reclamações, da mesma época[79].

Esta evolução se desencadeou na era das Nações Unidas, com a adoção do sistema de petições individuais sob alguns dos tratados de direitos humanos contemporâneos de caráter universal, e sobretudo no plano regional, sob as Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos, que estabeleceram tribunais internacionais (as Cortes Européia e Interamericana, respectivamente) de direitos humanos. Com efeito, o acesso dos indivíduos aos tribunais internacionais (Cortes Européia e Interamericana) de direitos humanos revela uma *renovação* do direito internacional – no sentido de sua *humanização*[80], – abrindo uma grande brecha na doutrina tradicional do domínio reservado dos Estados[81] (ou competência nacional exclusiva), definitivamente ultrapassada: o indivíduo é elevado a sujeito do direito internacional[82], dotado de capacidade processual.

Dada a importância da questão da capacidade processual dos indivíduos sob estas duas Convenções regionais, cabe aprofundar o exame desta matéria específica, em razão de sua incidência direta no próprio acesso do indivíduo à justiça no plano internacional. Em última análise, todo o Direito existe para o ser humano, e o direito das gentes não faz exceção a isto, garantindo ao indivíduo seus direitos e o respeito de sua personalidade. O ponto de partida para o estudo desta questão reside na natureza jurídica e alcance do direito de petição individual.

VI. Natureza Jurídica e Alcance do Direito de Petição Individual

O direito de petição individual, mediante o qual é assegurado ao indivíduo o acesso direto à justiça em nível internacional, é uma conquista definitiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos. É da própria essência da proteção internacional dos direitos humanos a contraposição entre os indivíduos demandantes e os Estados demandados em casos de supostas violações dos direitos protegidos. Foi precisamente neste contexto de proteção que se operou o *resgate histórico* da posição do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade processual internacional (cf. *supra*).

Três séculos de um ordenamento internacional cristalizado, a partir dos tratados de paz de Westphalia (1648), com base na coordenação de Estados-nações independentes, na justaposição de soberanias absolutas, levaram à exclusão daquele ordenamento dos indivíduos como sujeitos de direitos. No plano internacional, os Estados assumiram o monopólio da titularidade de direitos; os indivíduos, para sua proteção, foram deixados inteiramente à mercê da intermediação discricionária de seus Estados nacionais. O ordenamento internacional assim erigido, – que os excessos do positivismo jurídico tentaram em vão justificar, – dele excluiu precisamente o destinatário último das normas jurídicas: o ser humano.

Três séculos de um ordenamento internacional marcado pelo predomínio soberanias estatais e pela exclusão dos indivíduos foram incapazes de evitar as violações maciças dos direitos humanos, perpetradas em todas as regiões do mundo, e as sucessivas atrocidades de nosso século, inclusive as contemporâneas[83]. Tais atrocidades despertaram a consciência jurídica universal para a necessidade de reconceituar as próprias bases do ordenamento internacional, restituindo ao ser humano a posição central de onde havia sido alijado. Esta reconstrução, sobre bases humanas, tomou por fundamento conceitual os cânones inteiramente distintos da realização de valores comuns superiores, da

titularidade de direitos do próprio ser humano, da garantia coletiva de sua realização, e do caráter objetivo das obrigações de proteção[84]. A ordem internacional das soberanias cedia terreno à da solidariedade.

Esta profunda transformação do ordenamento internacional, desencadeada a partir das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos de 1948, a completar este ano meio-século de evolução, não se tem dado sem dificuldades, precisamente por requerer uma nova mentalidade. Passou, ademais, por etapas, algumas das quais já não mais suficientemente estudadas em nossos dias, inclusive no tocante à consagração do direito de petição individual. Já nos primórdios do exercício deste direito se enfatizou que, ainda que motivado pela busca da reparação individual, o direito de petição contribui também para assegurar o respeito pelas obrigações de caráter objetivo que vinculam os Estados Partes[85]. Em vários casos o exercício do direito de petição tem ido mais além, ocasionando mudanças no ordenamento jurídico interno e na prática dos órgãos públicos do Estado[86]. A significação do direito de petição individual só pode ser apropriadamente avaliada em perspectiva histórica[87].

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

A apreciação do direito de petição individual como método de implementação internacional dos direitos humanos tem necessariamente que levar em conta o aspecto central da *legitimatio ad causam* dos peticionários e das condições do uso e da admissibilidade das petições (consignadas nos distintos instrumentos de direitos humanos que as prevêem)[88]. Tem sido particularmente sob a Convenção Européia de Direitos Humanos que uma vasta jurisprudência sobre o direito de petição individual tem se desenvolvido. O direito de petição individual desfruta de autonomia, distinto que é dos direitos substantivos enumerados no título I da Convenção Européia. Qualquer obstáculo interposto pelo Estado Parte em questão a seu livre exercício acarretaria, assim, uma violação *adicional* da Convenção, paralelamente a outras violações que se comprovem dos direitos substantivos nesta consagrados.

Reforçando este ponto, tanto a Comissão como a Corte Européias de Direitos Humanos têm entendido que o próprio conceito de vítima (à luz do artigo 25 da Convenção) deve ser interpretado *autonomamente* sob a Convenção. Este entendimento encontra-se hoje solidamente respaldado pela *jurisprudence constante* sob a Convenção. Assim, em várias decisões nos últimos anos, a Comissão Européia tem consistente e invariavelmente advertido que o conceito de "vítima" utilizado no artigo 25 da Convenção deve ser interpretado *de forma autônoma* e *independentemente de conceitos de direito interno* tais como os de interesse ou qualidade para interpor uma ação judicial ou participar em um processo legal[89].

A Corte Européia, por sua vez, no caso *Norris versus Irlanda* (1988), ponderou que as condições que regem as petições individuais sob o artigo 25 da Convenção "não coincidem necessariamente com os critérios nacionais relativos ao *locus standi*", que podem inclusive servir a propósitos distintos dos contemplados no mencionado artigo 25[90]. Resulta, pois, claríssima a autonomia do direito de petição individual no plano internacional *vis-à-vis* disposições do direito interno. Os elementos singularizados nesta jurisprudência protetora aplicam-se igualmente sob procedimentos de outros tratados de direitos humanos que requerem a condição de "vítima" para o exercício do direito de petição individual[91].

No sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o direito de petição individual tem se constituído em um meio eficaz de enfrentar casos não só individuais como também de violações maciças e sistemáticas dos direitos humanos[92], antes mesmo da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (i.e., na prática inicial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos). Sua importância tem sido fundamental, e não poderia jamais ser minimizada. A consagração do direito de petição individual sob o artigo 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

revestiu-se de significação especial. Não só foi sua importância, para o mecanismo da Convenção como um todo, devidamente enfatizada nos *travaux préparatoires* daquela disposição da Convenção[93], como também representou um avanço em relação ao que, até a adoção do Pacto de San José em 1969, se havia logrado a respeito, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A outra Convenção regional então em vigor, a Convenção Européia, só aceitara o direito de petição individual originalmente consubstanciado em uma cláusula facultativa (o artigo 25 da Convenção), condicionando a *legitimatio ad causam* à demonstração da condição de *vítima* pelo demandante individual, – o que, a seu turno, propiciou um notável desenvolvimento jurisprudencial da noção de "vítima" sob a Convenção Européia. A Convenção Americana, distintamente, tornou o direito de petição individual (artigo 44 da Convenção) mandatório, de aceitação automática pelos Estados ratificantes, abrindo-o a "qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização" dos Estados Americanos (OEA), – o que revela a importância capital atribuída ao mesmo[94].

Foi este, reconhecidamente, um dos grandes avanços logrados pela Convenção Americana, nos planos tanto conceitual e normativo, assim como operacional. A matéria encontra-se analisada detalhadamente em meu Voto Concordante no recente caso *Castillo Petruzzi versus Peru* (1998)[95]. Há que ter sempre presente a autonomia do direito de petição individual *vis-à-vis* o direito interno dos Estados. Sua relevância não pode ser minimizada, porquanto pode ocorrer que, em um determinado ordenamento jurídico interno, um indivíduo se veja impossibilitado, pelas circunstâncias de uma situação jurídica, a tomar providências judiciais por si próprio. Nem por isso estará ele privado de fazê-lo no exercício do direito de petição individual sob a Convenção Americana, ou outro tratado de direitos humanos.

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

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

Cada um dos procedimentos que regulam o direito de petição individual sob tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos, apesar de diferenças em sua natureza jurídica, tem contribuído, a seu modo, ao gradual fortalecimento da capacidade processual do demandante no plano internacional. Em reconhecimento expresso da relevância do direito de petição individual, a Declaração e Programa de Ação de Viena, principal documento adotado pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993), conclamou sua adoção, como método adicional de proteção, por meio de Protocolos Facultativos à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[96]. Aquele documento recomendou, ademais, aos Estados Partes nos tratados de direitos humanos, a aceitação de todos os procedimentos facultativos disponíveis de petições ou comunicações individuais[97].

De todos os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, o direito de petição individual é, efetivamente, o mais dinâmico, ao inclusive atribuir a iniciativa de ação ao próprio indivíduo (a parte ostensivamente mais fraca *vis-à-vis* o poder público), distintamente do exercício *ex officio* de outros métodos (como os de relatórios e investigações) por parte dos órgãos de supervisão internacional. É o que melhor reflete a especificidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em

comparação com outras soluções próprias do Direito Internacional Público (como se pode depreender da sentença de 1995 da Corte Européia de Direitos Humanos no importante caso *Loizidou versus Turquia*, que certamente se tornará *locus classicus* sobre a matéria)[98].

VII. Condições de Admissi-bilidade de Petições Indivi-duais

Os tratados de direitos humanos que estabelecem sistemas de petições ou denúncias, ao dispor sobre as *condições de admissibilidade* destas últimas, estipulam, em sua virtual totalidade, que a petição não pode ser anônima[99]. As três Convenções regionais de direitos humanos (a Americana, artigo 47; a Européia, artigo 27; e a Africana, artigo 56) determinam, ademais, que a reclamação ou denúncia não pode ser "substancialmente a mesma" que uma petição anterior: em outras palavras, não admitem a litispendência, se já submetida para exame, e configuram a *res judicata*, se já examinada. A proibição da litispendência também está consignada, e.g., na Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (artigo 22) e no [primeiro] Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos (artigo 5(2)).

O chamado "abuso do direito de petição"[100] é proibido tanto por este Protocolo ao Pacto (artigo 3) e pela Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (artigo 22), como pela Convenção Européia de Direitos Humanos (artigo 27)[101]. Alguns tratados de direitos humanos acrescentam, como outra condição de admissibilidade de petições, que não sejam estas "incompatíveis" com tais tratados ou convenções de direitos humanos[102]; a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos vai mais além, ao determinar (artigo 56) que as petições não podem ser incompatíveis não só com ela própria, como tampouco com a Carta da Organização da Unidade Africana (OUA)[103].

Uma das mais importantes dessas condições de admissibilidade, se não a mais importante e a mais frequentemente invocada, é a conhecida como a regra do esgotamento dos recursos internos. Tal regra testemunha a interação entre o direito internacional e o direito interno e a subsidiaridade – que lhe é implícita – do processo internacional. Esta última não justificaria, no entanto, uma aplicação mais rigorosa da regra, particularmente na proteção internacional dos direitos humanos. Na utilização dos recursos internos há uma complementariedade de direitos e deveres do demandante e do demandado: o elemento de *reparação ou ressarcimento de danos*, ao enfatizar a função e o aprimoramento dos tribunais nacionais na administração da justiça, é certamente mais importante do que o processo formal ou mecânico de esgotamento de recursos internos[104]. No presente contexto da proteção dos direitos humanos, a regra do esgotamento dos recursos internos é dotada de um *rationale* distinto e próprio: este último aqui evidencia a função primordial dos órgãos e recursos internos dos Estados como parte integrante do sistema internacional de proteção dos direitos humanos[105].

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), se, por um lado, avançou corretamente uma visão holística dos direitos humanos da mulher, superando as categorizações de direitos do passado, assim como a pretensa distinção entre os domínios público e privado da atividade humana[106], e logrando, assim, avanços nos planos conceitual e normativo, – por outro lado nasceu com uma carência processual, que só recentemente veio a ser remediada, com a adoção, em 1999, Protocolo Facultativo à Convenção, dotando-a enfim de um sistema de petições ou denúncias individuais.

O referido Protocolo[107] não faz exceção aos demais instrumentos internacionais de direitos humanos que estabelecem sistemas de petições ou comunicações individuais. As condições supracitadas de admissibilidade de tais petições ou comunicações voltam a nele figurar (cf. artigos 3 e 4), com pequenas nuances tão só de fraseologia, como ocorre com os demais instrumentos internacionais de direitos humanos que também prevêem o direito de petição individual. Cabe acrescentar que tais condições de admissibilidade (como, por exemplo, a do prévio esgotamento dos recursos de direito interno) não têm aplicação mecânica, mas devem antes ser aplicadas tendo presentes as circunstâncias particulares de cada caso. A partir da entrada em vigor do Protocolo e do efetivo exercício do direito de petição individual internacional sob o mesmo, é de se esperar que, tendo presentes as inovadoras características da Convenção de 1979 *(supra)*, se desenvolva gradualmente uma jurisprudência

particularmente rica sobre os direitos humanos da mulher.

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

Uma das grandes conquistas da proteção internacional dos direitos humanos, em perspectiva histórica, é sem dúvida o acesso dos indivíduos às instâncias internacionais de proteção e o reconhecimento de sua capacidade processual internacional em casos de violações dos direitos humanos. 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 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 de la Comissão Européia, argumentos escritos dos próprios demandantes, que freqüentemente se mostravam bastante críticas 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 acedeu à solicitação da Comissão de dar a palavra a um advogado dos três demandantes; ao tomar a palabra, este advogado criticou, em um determinado ponto, a opinião expressada pela Comissão em seu relatório[108].

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 Protocolo n. 9 (de 1990) à Convenção Européia, que entrou em vigor em 01.10.1994. Como 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[109] (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 obedeceu 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 configurava antes como um órgão auxiliar da Corte. Passaram a ser freqüentes os casos de opiniões divergentes entre os delegados da Comissão e os representantes das vítimas nas audiências perante a Corte, e passou-se a considerar 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 se desencadeou, 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 determinou 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 foram resolvidos sob o Protocolo n. 9, com relação aos Estados Partes na Convenção Européia que ratificaram também este último.

Daí a coexistência dos Regulamentos A e B da Corte Européia[110] durante a vigência do Protocolo n. 9, e até a adoção e entrada em vigor do Protocolo n. 11. Com este último, operou-se a reforma do mecanismo de proteção da Convenção Européia e o estabelecimento de uma nova Corte Européia como único órgão jurisdicional de supervisão da Convenção[111]. Com o advento do Protocolo n. 11 (de 1994), o Protocolo n. 9 tornou-se um anacronismo, de interesse puramente histórico no âmbito do sistema europeu de proteção.

O início da vigência deste Protocolo, em 01 de novembro de 1998, – em cerimônia à qual estive presente, na sede da Corte Européia em Estrasburgo, em representação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, – constituiu um passo altamente gratificante para todos os que atuamos em prol do fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos. 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 indivíduo passou assim a ter, finalmente, *acesso direto* a um tribunal internacional (*jus standi*), como verdadero sujeito – e com plena capacidade jurídica – do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Isto tournou-se possível sobretudo 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*).

Dois anos após a entrada em vigor do Protocolo n. 11 à Convenção Européia, os dados estatísticos mais recentes (ainda não publicados)[112] falam por si mesmos: na vigência do Protocolo n. 11, somente no ano de 1999, abriram-se 20399 *dossiers* (cerca de 1700 por mês), e no primeiro semestre do ano 2000 o total de *dossiers* alcançou 12862 (ou seja, 2145 por mês). Em 1999, a Corte registrou 8402 petições (cerca de 700 por mês), e, no primeiro semestre de 2000, o total foi de 4882 petições (cerca de 814 por mês). Em 1999, a Corte emitiu decisões (sobre admissibilidade, mérito, e outras) atinentes a 3700 petições (aproximadamente 308 por mês), e, no primeiro semestre de 2000, decisões quanto a 3565 petições (595 por mês). As sentenças da Corte Européia quanto ao mérito, ou a solução amistosa, alcançaram em 1999 um total de 179 (ou seja, cerca de 15 por mes), e, no primeiro semestre de 2000, 351 (aproximadamente 59 por mês)[113].

Os sistemas regionais de proteção – concebidos e situados todos na universalidade dos direitos humanos – vivem momentos históricos distintos. No sistema africano de proteção, por exemplo, só recentemente, em 1998, se adotou o Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos[114], dispondo sobre o estabelecimento futuro de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos[115]. E apenas em setembro de 1994 o Conselho da Liga dos Estados Árabes, a seu turno, adotou a Carta Árabe de Direitos Humanos[116].

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 década de oitenta e início dos anos noventa, 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 sobre Direitos Humanos, 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[117].

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 (artigo 61(1)); mas a Convenção, por exemplo, ao dispor sobre reparações, também se refere à "parte lesada" (artigo 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 Americana.

A Convenção (artigos 61(1) e 57) seguiu neste particular a disposição original correspondente da Convenção Européia de Direitos Humanos (artigo 44); apesar desta última, no sistema sob a Convenção Européia aos indivíduos demandantes, como já visto, foi gradualmente concedida representação legal direta ante a Corte Européia, de início por meio de seu Regulamento revisto de 1982, seguido anos após da adoção do Protocolo n. 9 (de 1990) à Convenção Européia (cf. *supra*). A exemplo da experiência acumulada pela Corte Européia de Direitos Humanos, desde seu primeiro caso (o caso *Lawless versus Irlanda*, 1960), a Corte Interamericana de Direitos Humanos, também no curso do exame de seus *primeiros* casos contenciosos, relativos a Honduras, defrontou-se com a artificialidade do esquema inicial, e reagiu contra o mesmo (cf. *infra*).

No procedimento contencioso perante a Corte Interamericana, os representantes legais das vítimas passaram a ser 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[118]. Cabia superar tais ambigüidades também no 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), respectivamente, configuravam-se claramente distintos.

Sempre sustentei que a evolução no sentido da consagração final destas funções distintas deve dar-se *pari passu* com a gradual *jurisdicionalização* do mecanismo de proteção sob a Convenção Americana. 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 de 1991 da Corte Interamericana 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[119]. 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[120].

Um passo realmente significativo foi dado mais em meados dos anos noventa, 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[121].

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 deliberou por 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 peticionários e dos representantes legais das famílias das vítimas[122].

O campo estava aberto à modificação, neste particular, das disposições pertinentes do Regulamento da Corte, sobretudo a partir dos desenvolvimentos assinalados no procedimento no caso *El Amparo*. O passo seguinte, decisivo, foi dado com a adoção do terceiro Regulamento da Corte (em 16.09.1996), vigente a partir de 01.01.1997, – de cujo projeto original tive a honra de ser relator por designação da Corte. Seu artigo 23 dispôs 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 abriu o caminho para o ponto culminante da evolução da matéria até o presente: a adoção, em 24.11.2000, do quarto Regulamento da Corte, que entrou em vigor em 01 de junho de 2001, outorgando *locus standi in judicio* aos indivíduos demandantes não só na etapa de reparações mas em *todas* as etapas do procedimento contencioso perante a Corte[123] (o artigo 23 com nova redação). Trata-se de uma modificação de transcendência histórica, que consolida, no sistema interamericano de proteção, a capacidade jurídico-processual dos indivíduos como verdadeira parte demandante. Tal consolidação se está logrando gradualmente de distintas formas, no exercício das funções tanto contenciosa como consultiva da Corte Interamericana, a par das medidas provisórias de proteção.

No tocante aos *casos contenciosos*, têm-se logrado avanços tanto pela evolução do Regulamento do Tribunal (*supra*) como pela *interpretação* de determinadas disposições da Convenção Americana assim como do Estatuto da Corte, para assegurar a maior participação possível dos peticionários no procedimento contencioso perante o Trinbunal[124]. No que concerne às *medidas provisórias de proteção*[125], em dois casos recentes, no decorrer do ano 2000 (casos do *Tribunal Constitucional* e de *Loayza Tamayo*, ambos relativos ao Peru), o Presidente da Corte adotou – atendendo a solicitações diretas das peticionárias – medidas urgentes *ex officio*, pela primeira vez na história do Tribunal. Tais medidas foram confirmadas pela Corte em pleno, que ordenou (em 14.08.2000 e 03.02.2001, respectivamente) medidas provisórias de proteção, para evitar danos irreparáveis às peticionárias.

Estes dois episódios revelam não só a viabilidade, como também a importância, do *acesso direto* dos indivíduos, sem intermediários, à Corte Interamericana de Direitos Humanos, com ainda maior razão em uma situação de extrema gravidade e urgência. Também no tocante aos *Pareceres* (ou Opiniões Consultivas), nao há que passar despercebida a participação, no procedimento perante a Corte, de indivíduos, seja como pessoas físicas ou como representantes de organizações não-governamentais (ONGs). Um exemplo recente, bastante ilustrativo, é fornecido pela *Opinião Consultiva n. 16* (de 1999), acerca do direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal, de transcendental importância em perspectiva histórica.

O procedimento consultivo daquele Parecer foi extraordinariamente rico; nele, a par dos oito Estados intervenientes[126] e da Comissao Interamericana, fizeram uso da palavra, nas audiências públicas convocadas pela Corte, diversos representantes de ONGs, além de acadêmicos e advogados. Estes dados, pouco conhecidos, também revelam o acesso direto do ser humano à jurisdição internacional no sistema interamericano de proteção, no âmbito do procedimiento consultivo sob a Convenção Americana, além de demonstrar o carácter de *ordre public* de tal procedimento[127].

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

Os direitos humanos se impõem *vis-à-vis* todas as formas de dominação ou poder arbitrário[128]. Nas audiências públicas perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (sobretudo nas atinentes a reparações), um ponto que me tem particularmente chamado a atenção tem sido a observação, cada vez mais freqüente, por parte das vítimas ou seus familiares, no sentido de que, se não fosse por seu acesso à instância internacional, jamais se teria feito justiça em seus casos concretos.

Sejamos realistas: sem o direito de petição individual, e o conseqüente acesso à justiça no plano internacional, os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos seriam reduzidos a pouco mais que letra morta. Sem ele, os injustiçados e excluídos jamais teriam possibilidade de que seus padecimentos

fossem sequer ouvidos por um órgão judicial (no plano internacional), como o ilustra de modo eloqüente o caso paradigmático de *Villagrán Morales e Outros versus Guatemala* (1999) perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o primeiro caso dos chamados "meninos de rua" (ou, mais precisamente, meninos na rua em situação de risco) a ser alçado a um tribunal internacional de direitos humanos[129].

Tal como ponderei em meu já citado Voto no caso *Castillo Petruzzi versus Peru* (cf. *supra*), "é pelo livre e pleno exercício do direito de petição individual que os direitos consagrados na Convenção [Americana sobre Direitos Humanos] se tornam *efetivos*. O direito de petição individual abriga, com efeito, a última esperança dos que não encontraram justiça em nível nacional. Não me omitiria nem hesitaria em acrescentar, – permitindo-me a metáfora, - que o direito de petição individual é indubitavelmente a estrela mais luminosa no firmamento dos direitos humanos"[130].

Tal como venho sustentando há anos (de início solitariamente, mas ultimamente com apoio crescente nos círculos jurídicos internacionais), há razões fortes e cogentes no sentido de assegurar às supostas vítimas *acesso direto* e *locus standi in judicio* ante a Corte em *todas as etapas* do processo (em casos a ela já submetidos pela Comissão), por questões tanto de princípio como de ordem prática[131]. Nesse sentido tenho me posicionado com firmeza, em sucessivos Votos, igualmente no seio da própria Corte Interamericana[132].

São sólidos os argumentos que, em meu entender, militam em favor do pronto reconhecimento do *locus standi in judicio* das supostas vítimas (ou seus representantes legais) em todas as etapas do procedimento contencioso nos casos pendentes perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tais argumentos encontram-se desenvolvidos, *inter alia*, no curso que tive ocasião de ministrar na Sessão Externa (para a América Central) da Academia de Direito Internacional da Haia, realizada na Costa Rica em abril-maio de 1995[133], que passo a resumir em seguida.

Em primeiro lugar, ao reconhecimento de direitos, nos planos tanto nacional como internacional, deve corresponder 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. A jurisdicionalização do procedimento em muito contribui para remediar e por um fim a estas insuficiências e deficiências, que não mais encontram qualquer justificativa em nossos dias.

É da própria essência do contencioso internacional dos direitos humanos o contraditório entre, por um lado, as vítimas de violações, e, por outro, os Estados demandados. Tal *locus standi* dos indivíduos em questão é a conseqüência 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 constitui elemento integrante do próprio devido processo legal, nos planos tanto nacional como internacional. A eqüidade e a transparência do processo, que se aplicam igualmente aos órgãos internacionais de supervisão, são benéficas a todos, inclusive os indivíduos demandantes e os Estados demandados.

Em segundo lugar, o direito de acesso à justiça em nível 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 – (ou seus parentes ou herdeiros) que recebem as reparações e indemnizações. 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 contribuem à jurisdicionalização do mecanismo de proteção[134]; à Corte, para ter melhor instruído o processo; e à Comissão, para por fim à ambigüidade de seu papel[135], 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.

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

Neste início do século XXI, encontram-se definitivamente superadas as razões históricas que levaram à denegação – em meu entender injustificável, desde o início, – do *locus standi* das supostas vítimas de violações de direitos humanos. Com efeito, nos sistemas europeu e interamericano de proteção, a própria prática cuidou de revelar as insuficiências, deficiências e distorsões do mecanismo paternalista da intermediação das Comissões Européia e Interamericana entre os indivíduos e as respectivas Cortes – Européia e Interamericana – de Direitos Humanos, que, não surpreendentemente, não resistiu à erosão do tempo.

Enfim, e voltando às considerações de princípio, é mediante o *locus standi in judicio* das supostas vítimas ante os tribunais internacionais de direitos humanos (nos sistemas regionais de proteção) que se logra a consolidação da plena personalidade e capacidade jurídicas internacionais da pessoa humana, para fazer valer seus direitos, quando as instâncias nacionais se mostram incapazes de assegurar a realização da justiça. Nos esforços de aprimoramento do mecanismo de proteção sob a Convenção Americana[136], a ênfase deve recair na jurisdicionalização de tal mecanismo, particularmente no que tange à operação do método de petições ou reclamações, – sem prejuízo do uso continuado pela Comissão Interamericana dos métodos de relatórios e determinação dos fatos.

Como me permiti advertir em minhas Explicações de Votos nos casos *Castillo Páez* e *Loayza Tamayo* (exceções preliminares, janeiro de 1996), e no caso *Castillo Petruzzi* (exceções preliminares, setembro de 1998), relativos ao Peru, cabe superar em definitivo a *capitis diminutio* de que padecem os indivíduos peticionários 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, em meus Votos supracitados, pela superação da concepção paternalista e anacrônica da total intermediação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos entre os indivíduos reclamantes (a verdadeira parte demandante) e a Corte, de modo a assim conceder aos peticionários acesso direto (*jus standi*) à Corte[137].

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 concebo tal aperfeiçoamento. Do *locus standi in judicio* dos indivíduos ante a Corte Interamericana há que evoluir rumo ao reconhecimento, mais adiante, do direito de os indivíduos demandarem os Estados Partes diretamente ante a futura Corte Interamericana, levando diretamente a esta última casos concretos (*jus standi*), como órgão *jurisdicional* único do sistema interamericano de proteção do porvir.

Para que se alcance este grau de aperfeiçoamento, requer-se, no entanto, previamente, que todos os Estados da região ratifiquem a Convenção Americana e reconheçam a competência obrigatória da Corte Interamericana em matéria contenciosa, e incorporem devidamente a normativa da Convenção em seu direito interno. Requer-se, ademais, que consideráveis recursos adicionais – humanos e materiais – sejam atribuídos à Corte (um orçamento cinco vezes maior que o atual), para que possa operar como tribunal permanente.

Não raro o sonho de hoje vem a se configurar como uma antecipação da realidade do amanhã. Como me permiti assinalar, já em 1987, em curso que ministrei na Academia de Direito Internacional da Haia, todo jusinternacionalista, fiel às origens

históricas da disciplina, saberá contribuir a resgatar a posição central do ser humano no direito *das gentes* (*droit des gens*), e a sustentar o reconhecimento e a cristalização de sua personalidade e plena capacidade jurídica processuais[138], para fazer valer os seus direitos no plano internacional. Enfim, em relação ao sistema interamericano de direitos humanos, assim como a todos os demais sistemas de proteção, nos planos tanto regional como global, há que ter sempre presente o legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), caracterizado sobretudo pela visão integral de todos os direitos humanos; pela atenção especial aos mais necessitados de proteção (os mais carentes e vulneráveis); pela dimensão temporal (com medidas de prevenção e de seguimento) da proteção; pela onipresença dos direitos humanos, a concretizar-se no reconhecimento de que estes últimos se impõem a todos (não só aos Estados, mas também aos organismos internacionais, aos grupos privados e aos particulares), em toda parte, a todo momento, acarretando assim obrigações *erga omnes* de proteção[139].

X. Reflexões Finais: A Subjetividade Internacional do Indivíduo como o Maior Legado da Ciência Jurídica do Século XX

Os grandes pensadores contemporâneos que se dispuseram a extrair as lições que levaremos deste século coincidem em um ponto capital[140]: nunca como no século XX, se verificou tanto progresso na ciência e tecnologia acompanhado tragicamente de tanta destruição e crueldade; nunca, como em nossos tempos, se verificou tanto aumento da prosperidade acompanhado de modo igualmente trágico de tanto aumento – estatisticamente comprovado – das disparidades econômico-sociais e da pobreza extrema! O crepúsculo deste século desvenda um panorama de progresso científico e tecnológico sem precedentes acompanhado de padecimentos humanos indescritíveis[141].

Ao longo do século XX de trágicas contradições, do divórcio entre a sabedoria e o conhecimento especializado, da antinomia entre o domínio das ciências e o descontrole dos impulsos humanos, das oscilações entre avanços e retrocessos, gradualmente se transformou a função do direito internacional, como instrumental jurídico já não só de regulação como sobretudo de *libertação*. O direito internacional tradicional, vigente no início do século, marcava-se pelo voluntarismo estatal ilimitado.

Em meados do século reconheceu-se a necessidade da reconstrução do direito internacional com atenção aos direitos do ser humano, do que deu eloqüente testemunho a adoção da Declaração Universal de 1948, seguida, ao longo de cinco décadas, por mais de 70 tratados de proteção hoje vigentes nos planos global e regional. Afirmam-se, assim, com maior vigor, os direitos humanos universais. Já não se sustentam o monopólio estatal da titularidade de direitos nem os excessos de um positivismo jurídico degenerado, que excluíram do ordenamento jurídico internacional o destinatário final das normas jurídicas: o ser humano. Reconhece-se hoje a necessidade de restituir a este último a posição central – como *sujeito do direito tanto interno como internacional* – de onde foi indevidamente alijado, com as conseqüências desastrosas já assinaladas. Em nossos dias, o modelo westphaliano do ordenamento internacional afigura-se esgotado e superado. O reconhecimento da centralidade dos direitos humanos corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos.

A própria dinâmica da vida internacional cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regiam por regras derivadas inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. O positivismo voluntarista mostrou-se incapaz de explicar o processo de formação das normas do direito internacional geral, e se tornou evidente que só se poderia encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade deste último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da idéia de uma justiça objetiva. Nesta linha de evolução também se insere a tendência atual de "criminalização" de violações graves dos direitos da pessoa humana, paralelamente à consagração do princípio da jurisdição universal. Neste início do século XXI testemunhamos o processo de *humanização* do direito internacional, – para o qual constitui um privilégio poder contribuir, – que passa a se ocupar mais diretamente da realização de metas comuns superiores.

A titularidade jurídica internacional do ser humano, tal como a anteviam os chamados fundadores do direito internacional (o direito *das gentes*), é hoje uma realidade. No âmbito do Direito

Internacional dos Direitos Humanos, nos sistemas europeu e interamericano de proteção – dotados de tribunais internacionais em operação – se reconhece hoje, a par da personalidade jurídica, também a capacidade processual internacional (*locus standi in judicio*) dos indivíduos. É este um desenvolvimento lógico, porquanto não se afigura razoável conceber direitos no plano internacional sem a correspondente capacidade processual de vindicá-los. Os indivíduos são efetivamente a verdadeira parte demandante no contencioso internacional dos direitos humanos.

Nas audiências públicas perante as Cortes Européia e Interamericana de Direitos Humanos, – sobretudo nas audiências atinentes a reparações, – um ponto que me tem particularmente chamado a atenção tem sido a observação, cada vez mais freqüente, por parte das vítimas ou seus parentes ou representantes legais, no sentido de que, se não fosse pelo acesso à instância internacional, jamais se teria feito justiça em seus casos concretos. É pelo livre e pleno exercício do direito de petição individual que os direitos consagrados nos tratados de direitos humanos têm se tornado *efetivos*. O direito de petição individual abriga, verdadeiramente, a última esperança dos que não encontraram justiça em nível nacional.

Sua intangibilidade como pilar básico do mecanismo de proteção constitui matéria de *ordre public* internacional, que não poderia estar à mercê de limitações não previstas nos tratados de proteção, invocadas pelos Estados Partes por razões ou vicissitudes de ordem interna. Sobre o direito de petição individual se ergue o mecanismo jurídico da emancipação do ser humano *vis-à-vis* o próprio Estado para a proteção de seus direitos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Se desse modo não tivesse sido originalmente concebido e consistentemente entendido o referido direito de petição, muito pouco teria avançado a proteção internacional dos direitos humanos neste meio-século de evolução. Com a consolidação do direito de petição individual perante tribunais internacionais – as Cortes Interamericana e Européia – de direitos humanos, é a proteção internacional que alcança sua maturidade.

Na construção do ordenamento jurídico internacional do novo século, testemunhamos, com a gradual erosão da reciprocidade, a emergência *pari passu* de considerações superiores de *ordre public*, refletidas, no plano normativo, nas concepções das normas imperativas do direito internacional geral (o *jus cogens*), e dos direitos fundamentais inderrogáveis, e no plano processual, na concepção das obrigações *erga omnes* de proteção (devidas à comunidade internacional como um todo). A consagração destas obrigações representa a superação de um padrão de conduta erigido sobre a pretensa autonomia da vontade do Estado, do qual o próprio direito internacional buscou gradualmente se libertar ao consagrar o conceito de *jus cogens*. Há que dar seguimento à evolução auspiciosa da consagração das normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, buscando assegurar sua plena aplicação prática, em benefício de todos os seres humanos[142]. Estas novas concepções se impõem em nossos dias, e de sua fiel observância dependerá em grande parte a evolução futura do próprio direito internacional. É este o caminho a seguir, para que não mais tenhamos que continuar a conviver com as contradições trágicas que marcaram o século XX[143].

Notas

1.. Trabalho de pesquisa que serviu de base a duas conferências ministradas pelo Autor no Congresso Nacional em Brasília: a primeira, palestra inaugural do Seminário "A Proteção Internacional dos Direitos Humanos das Mulheres", realizado no âmbito da *V Conferência Nacional de Direitos Humanos*, no Auditório da Câmara dos Deputados em Brasília, aos 25 de maio de 2000; e a segunda, palestra de encerramento do *Seminário sobre a Justiça Internacional*, realizado pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados no Auditório Nereu Ramos, aos 20 de setembro de 2001.

2. A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", *Karel Vasak Amicorum Liber – Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; A.A. Cançado Trindade, "The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century", 30 *Columbia Human Rights Law Review* – New York (1998) pp.1-27; A.A. Cançado Trindade, "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise en oeuvre: obstacles et enjeux", 158 *Revue internationale des sciences sociales* – Paris/UNESCO (1998) pp. 571-582; A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", 6/7 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434; A.A. Cançado Trindade, "El Derecho de Petición Individual ante la Jurisdicción Internacional", 48 *Revista de la Facultad de Derecho de México* – UNAM (1998) pp. 131-151; A.A. Cançado Trindade, "El Acceso Directo de los Individuos a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *XXVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* – OEA (2000) pp. 243-283; A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI – Memoria del Seminario* (Nov. 1999), San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68; A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", 30/31 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2001) pp. 45-71.

3. A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 20-21. Para um relato da formação da doutrina clássica, cf., *inter alia*, e.g., P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, vol. I, Genève, Georg, 1967, pp. 13-32; A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5a. ed., Madrid, Aguilar, 1969 (reimpr.), pp. 47-62; Ch. de Visscher, *Théories et réalités en Droit international public*, 4a. ed. rev., Paris, Pédone, 1970, pp. 18-32; L. Le Fur, "La théorie du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne", 18 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1927) pp. 297-399.

4. Cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez – Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 169-170.

5. Cf. Francisco de Vitoria, *Relecciones – del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, México, Porrúa, 1985, pp. 1-101; A. Gómez Robledo, *op. cit. infra* n. (11), pp. 30-39.

6. Francisco de Vitoria, *De Indis – Relectio Prior* (1538-1539), *in*: *Obras de Francisco de Vitoria – Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

7. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 411; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law – Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London,

Clarendon Press/H. Milford – Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 282-283, 140, 150, 163-165 e 172.

8. P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 216 e 203.

9. *Ibid*., pp. 219-220 e 217.

10. *Ibid*., pp. 243 e 221.

11. A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, pp. 48-55.

12. Cf., a respeito, o estudo clássico de Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", 23 *British Year Book of International Law* (1946) pp. 1-53.

13. Por conseguinte, em casos de tirania, admitia Grotius até mesmo a intervenção humanitária; os padrões de justiça aplicam-se *vis-à-vis* tanto os Estados como os indivíduos. Hersch Lauterpacht, "The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man", 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943) pp. 7 e 21-31.

14. *Ibid*., p. 26.

15. C. Sepúlveda, *Derecho Internacional*, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, 1983, pp. 28-29. Wolff vislumbrou os Estados-nação como membros de uma *civitas maxima*, conceito que Emmerich de Vattel (autor de *Le Droit des Gens*, 1758), posteriormente, invocando a necessidade de "realismo", pretendeu substituir por uma "sociedade de nações" (conceito menos avançado); cf. F.S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment – The Background of Emmerich de Vattel's Le Droit des Gens*, Dobbs Ferry/N.Y., Oceana, 1975, p. 95; para uma crítica a esse retrocesso (incapaz de fundamentar o princípio de *obrigação* no direito internacional), cf. J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 38-40.

16. C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69; e cf. também R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, pp. 164-165.

17. P.P. Remec, *The Position of the Individual..., op. cit. supra* n. (8), pp. 36-37.

18. *Ibid*., p. 37.

19. J. Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 66 e 33, e cf. p. 19.

20. *Ibid*., p. 55; uma evolução nesse sentido, agregou, haveria de aproximar-nos do ideal da *civitas maxima*.

21. Cf. L. Le Fur, "La théorie du droit naturel...", *op. cit. supra* n. (3), p. 263.

22. W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, p. 247.

23. Cf. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international...", *op. cit. infra* n. (47), p. 405.

24. *Ibid*., p. 406.

25. Para uma crítica à incapacidade da tese dualista de explicar o acesso dos indivíduos à jurisdição internacional, cf. Paul Reuter, "Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en Droit international public", *La technique et les principes du Droit public – Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ, 1950, pp. 542-543 e 551.

26. Cf., e.g., Y.A. Korovin, S.B. Krylov, *et alii*, *International Law*, Moscow, Academy of Sciences of the USSR/Institute of State and Law, [s/d], pp. 93-98 e 15-18; G.I. Tunkin, *Droit international public – problèmes théoriques*, Paris, Pédone, 1965, pp. 19-34.

27. Stefan Glaser, "Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif", *Mélanges offerts à Henri Rolin – Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, p. 117, e cf. pp. 105-106 e 114-116. Daí a importância da competência obrigatória dos órgãos de proteção internacional dos direitos humanos; *ibid*., p. 118.

28. Sobre a evolução histórica da personalidade jurídica no direito das gentes, cf. H. Mosler, "Réflexions sur la personnalité juridique en Droit international public", *Mélanges offerts à Henri Rolin – Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 228-251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologna, Coop. Libr. Univ., 1972, pp. 9-268; G. Scelle, "Some Reflections on

Juridical Personality in International Law", *Law and Politics in the World Community* (ed. G.A. Lipsky), Berkeley/L.A., University of California Press, 1953, pp. 49-58 e 336; J.A. Barberis, *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17-35; J.A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", 179 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1983) pp. 157-238; A.A. Cançado Trindade, "The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts", *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/Asser Instituut, The Hague, July 1995), The Hague, Asser Instituut, 1996, pp. 157-162 e 166-167; C. Dominicé, "La personnalité juridique dans le système du droit des gens" *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 147-171.

29. *Ibid*., p. 123.

30. K.J. Partsch, "Individuals in International Law", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 2, Elsevier, Max Planck Institute/North-Holland Ed., 1995, p. 959.

31. R. Cassin, "L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle", *in La technique et les principes du Droit public – Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 81-82.

32. Cf., to tocante à proteção internacional, A.A. Cançado Trindade, "The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century", 30 *Columbia Human Rights Law Review* – New York (1998) pp. 1-27; A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", *Karel Vasak Amicorum Liber – Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544.

33. P.N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 226-227.

34. Cf. *ibid*., pp. 223 e 215.

35. S. Séfériadès, "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales", 51 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1935) pp. 23-25 e 54-60.

36. A.N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Éds. Internationales, 1931, pp. 95-96, e cf. p. 103.

37. *Ibid*., p. 138.

38. G. Scelle, *Précis de Droit des Gens – Principes et systématique*, parte I, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 (reimpr. do CNRS, 1984), pp. 42-44.

39. Alejandro Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes – El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 46-47 e 457-463, e cf. pp. 81, 91 e 499-500.

40. Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, 1a. ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, pp. 71-75.

41. Levi Carneiro, *O Direito Internacional e a Democracia*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Fo. Ed., 1945, pp. 121 e 108, e cf. pp. 113, 35, 43, 126, 181 e 195.

42. Ph.C. Jessup, *A Modern Law of Nations – An Introduction*, New York, MacMillan Co., 1948, p. 41.

43. H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 69, 61 e 51.

44. *Ibid*., p. 70.

45. Cf. *ibid*., pp. 8-9. Para uma crítica à concepção voluntarista do direito internacional, cf. A.A. Cançado Trindade, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-assessment", 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* – Sottile (1981) pp. 201-240.

46. Maurice Bourquin, "L'humanisation du droit des gens", *La technique et les principes du Droit public – Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 21-54.

47. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale – nouvelles tendances", 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953) pp. 402, 412-413, 424, 586-589, 601 e 612. Tratava-se, pois, de proteger o ser humano não só contra a arbitrariedade estatal, mas também contra os abusos dos próprios indivíduos; *ibid*., p. 614. Cf., no mesmo sentido, W. Friedmann, *The Changing Structure...*, *op. cit. supra* n. (22), pp. 234 e 248.

48. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international...", *op. cit. supra* n. (47), pp. 426-427, 547 e 610-611. Ainda que não endossasse a teoria de Duguit e Scelle (dos indivíduos como únicos sujeitos do direito internacional), – tida como expressão da "escola sociológica" do direito internacional na França, – Eustathiades nela reconheceu o grande mérito de reagir à doutrina tradicional que visualizava nos Estados os únicos sujeitos do direito internacional; o reconhecimento da subjetividade internacional dos indivíduos, a par da dos Estados, veio transformar a estrutura do direito internacional e fomentar o espírito de solidariedade internacional; *ibid*., pp. 604-610. Os indivíduos emergiram como sujeitos do direito internacional, mesmo sem participar do processo de criação de suas normas; *ibid*., p. 409.

49. P. Guggenheim, "Les principes de Droit international public", 80 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1952) pp. 116, e cf. pp. 117-118.

50. G. Sperduti, "L'individu et le droit international", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956) pp. 824, 821 e 764.

51. *Ibid*., pp. 821-822; e cf. também G. Sperduti, *L'Individuo nel Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè Ed., 1950, pp. 104-107.

52. C. Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956) p. 722.

53. Como *rapporteur* do Grupo de Trabalho da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, encarregado de preparar o projeto da Declaração (maio de 1947 a junho de 1948).

54. R. Cassin, "Vingt ans après la Déclaration Universelle", 8 *Revue de la Commission Internationale de Juristes* (1967) n. 2, pp. 9-10.

55. P. Reuter, *Droit international public*, 7a. ed., Paris, PUF, 1993, p. 235, e cf. p. 106.

56. *Ibid*., p. 238.

57. Cf., e.g., R. Cassin, "Vingt ans après la Déclaration Universelle", 8 *Revue de la Commission internationale de juristes* (1967) pp.9-17; K. Vasak, "Le droit international des droits de l'homme", 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 374-381 e 411-413; H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 54-56 e 223-251; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. pp. 68-87; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, pp. 1-445; A.A. Cançado Trindade, "Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 1-435; W.P.Gormley, *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, The Hague, Nijhoff, 1966, pp. 1-194; C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 26-33 e 82-172; P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20-23; P.N. Drost, Human Rights as Legal Rights, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 61-252; M. Ganji, *International Protection of Human Rights*, Genève/Paris, Droz/Minard, 1962, pp. 178-192; A.Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20-34 e 341; G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence/Paris, Pr. Univ. d'Aix-Marseille/Economica, 1989, pp. 29 e 567-569; D.J. Harris, M. O'Boyle e C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, pp. 580-585 e 706-714; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, University Press, 1999, pp. 14-56 e 358-361.

58. A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional...", *op. cit. supra* n. (2), pp. 427-428 e 432-433.

59. F.A. von der Heydte, "L'individu et les tribunaux internationaux", 107 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1962) pp. 332-333 e 329-330; e cf. A.A. Cançado Trindade, "The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations", 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 715-765.

60. F.A. von der Heydte, *op. cit. supra* n. (59), p. 345.

61. *Ibid*., pp. 356-357 e 302.

62. *Ibid*., p. 301. Cf. também, a respeito, e.g., E.M. Borchard, "The Access of Individuals to International Courts", 24 *American Journal of International Law* (1930) pp. 359-365.

63. Cf. relato *in*: J. Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 50-51; N. Politis, *op. cit. infra* n. (64), pp. 84-87; Marek St. Korowicz, "The Problem of the International Personality of Individuals", 50 *American Journal of International Law* (1956) p. 543.

64. N. Politis, *Les nouvelles tendances du Droit international*, Paris, Libr. Hachette, 1927, pp. 76-77 e 69.

65. *Ibid*., pp. 77-78.

66. *Ibid*., pp. 82-83 e 89.

67. *Ibid*., p. 90, e cf. pp. 92 e 61.

68. J. Spiropoulos, *op. cit. supra* n. (63), pp. 50-51.

69. *Ibid*., pp. 25 e 31-32.

70. *Ibid*., pp. 32-33 e 40-41.

71. *Ibid*., pp. 42-43 e 65.

72. *Ibid*., p. 44, e cf. pp. 49 e 64-65.

73. *Ibid*., pp. 51-52, e cf. p. 53.

74. *Ibid*., p. 61.

75. *Ibid*., p. 62, e cf. p. 66.

76. R.Y. Jennings, "The International Court of Justice after Fifty Years", 89 *American Journal of International Law* (1995) pp. 504-505.

77. S. Rosenne, "Reflections on the Position of the Individual in Inter-State Litigation in the International Court of Justice", *International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke* (ed. P. Sanders), The Hague, Nijhoff, 1967, p. 249, e cf. p. 242.

78. *Ibid*., p. 249, e cf. p. 243.

79. Para um estudo, cf., e.g.: A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", 24 *Netherlands International Law Review* (1977) pp. 373-392; C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 109-128; M.St. Korowicz, *Une expérience de Droit international – La protection des minorités de Haute-Silésie*, Paris, Pédone, 1946, pp. 81-174; dentre outros.

80. A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional...", *op. cit. supra* n. (2), pp. 427-428 e 432-433.

81. F.A. von der Heydte, "L'individu et les tribunaux internationaux", 107 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1962) pp. 332-333 e 329-330; e cf. A.A. Cançado Trindade, "The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations", 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 715-765.

82. F.A. von der Heydte, *op. cit. supra* n. (81), p. 345, e cf. p. 301; cf. também, a respeito, e.g., E.M. Borchard, "The Access of Individuals to International Courts", 24 *American Journal of International Law* (1930) pp. 359-365.

83. Como o holocausto, o *gulag*, seguidos de novos atos de genocídio, e.g., no sudeste asiático, na Europa central (ex-Iugoslávia), na África (Ruanda).

84. Com incidência direta destes cânones nos métodos de interpretação das normas internacionais de proteção, sem necessariamente se afastar das regras gerais de interpretação dos

tratados consagradas nos artigos 31-33 das duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986). Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, cap. XI, pp. 23-200.

85. Por exemplo, sob o artigo 25 da Convenção Européia de Direitos Humanos; cf. H. Rolin, "Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission européenne des droits de l'homme", 9 *Revue hellénique de droit international* (1956) pp. 3-14, esp. p. 9; C.Th. Eustathiades, "Les recours individuels à la Commission européenne des droits de l'homme", *in Grundprobleme des internationalen Rechts – Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., 1957, p. 121; F. Durante, *Ricorsi Individuali ad Organi Internazionali*, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 125-152, esp. pp. 129-130; K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 96-98; M. Virally, "L'accès des particuliers à une instance internationale: la protection des droits de l'homme dans le cadre européen", 20 *Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève* (1964) pp. 67-89; H. Mosler, "The Protection of Human Rights by International Legal Procedure", 52 *Georgetown Law Journal* (1964) pp. 818-819.

86. Há que ter sempre presente que, distintamente das questões regidas pelo Direito Internacional Público, em sua maioria levantadas horizontalmente sobretudo em nível *inter-estatal*, as questões atinentes aos direitos humanos situam-se verticalmente em nível *intra-estatal*, na contraposição entre os Estados e os seres humanos sob suas respectivas jurisdições. Por conseguinte, pretender que os órgãos de proteção internacional não possam verificar a compatibilidade das normas e práticas de direito interno, e suas omissões, com as normas internacionais de proteção, seria um contrasenso. Também aqui a especificidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos torna-se evidente. O fato de que este último vai mais além do Direito Internacional Público em matéria de proteção, de modo a abarcar o tratamento dispensado pelos Estados aos seres humanos sob suas jurisdições, não significa que uma interpretação conservadora deva se aplicar; muito ao contrário, o que se aplica é uma interpretação em conformidade com o caráter inovador – em relação aos dogmas do passado, tais como o da "competência nacional exclusiva" ou domínio reservado dos Estados, como emanação da soberania estatal, – das normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é o próprio Direito Internacional Público que se enriquece, na asserção de cânones e princípios próprios do presente domínio de proteção, baseados em premissas fundamentalmente distintas das que têm guiado seus postulados no plano das relações puramente inter-estatais. O Direito Internacional dos Direitos Humanos vem assim afirmar a aptidão do Direito Internacional Público para assegurar, no presente contexto, o cumprimento das obrigações internacionais de proteção por parte dos Estados *vis-à-vis* todos os seres humanos sob suas jurisdições.

87. Como assinalado *in* A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 68-87.

88. Para um exame da matéria, cf. *ibid*., pp. 68-87.

89. Cf. nesse sentido: Comissão Européia de Direitos Humanos (ComEDH), caso *Scientology Kirche Deutschland e.V. versus Alemanha* (appl. n. 34614/96), decisão de 07.04.1997, 89 *Decisions and Reports* (1997) p. 170; ComEDH, caso *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma e R. Rose versus Alemanha* (appl. n. 35208/97) decisão de 27.05.1997, p. 4 (não-publicada); ComEDH, caso *Federação Grega de Funcionários de Alfândega, N. Gialouris, G. Christopoulos e 3333 Outros Funcionários de Alfândega versus Grécia* (appl. n. 24581/94), decisão de 06.04.1995, 81-B *Decisions and Reports* (1995) p. 127; ComEDH, caso *N.N. Tauira e 18 Outros versus França* (appl. n. 28204/95), decisão de 04.12.1995, 83-A *Decisions and Reports* (1995) p. 130 (petições contra os testes nucleares franceses no atol de Mururoa e no de Fangataufa, na Polinésia francesa); ComEDH, caso *K. Sygounis, I. Kotsis e Sindicato de Policiais versus Grécia* (appl. n. 18598/91), decisão de 18.05.1994, 78 *Decisions and Reports* (1994) p. 77; ComEDH, caso *Asociación de Aviadores de la República, J. Mata el Al. versus Espanha* (appl. n. 10733/84), decisão de 11.03.1985, 41 *Decisions and Reports* (1985) p. 222. – Segundo esta mesma jurisprudência, para atender à condição de "vítima" (sob o artigo 25 da Convenção) deve haver um "vínculo suficientemente direto" entre

o indivíduo demandante e o dano alegado, resultante da suposta violação da Convenção.

90. Corte Européia de Direitos Humanos, caso *Norris versus Irlanda*, Julgamento de 26.10.1988, Série A, vol. 142, p. 15, par. 31.

91. A evolução da noção de "vítima" (incluindo a vítima potencial) no Direito Internacional dos Direitos Humanos encontra-se examinada em nosso curso: A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 243-299, esp. pp. 262-283.

92. Lamento, pois, não poder compartilhar a insinuação constante em parte da bibliografia especializada européia contemporânea sobre a matéria, no sentido de que o direito de petição individual talvez não seja eficaz no tocante a violações sistemáticas e maciças de direitos humanos. A experiência acumulada no sistema interamericano de proteção aponta exatamente no sentido contrário, e graças ao direito de petição individual muitas vidas foram salvas e se logrou realizar a justiça em casos concretos em meio a situações generalizadas de violações de direitos humanos.

93. Cf. OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos – Actas y Documentos* (San José de Costa Rica, 07-22.11.1969), doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1978, pp. 43 e 47.

94. A outra modalidade de petiçãõ, a inter-estatal, só foi consagrada em base facultativa (artigo 45 da Convenção Americana, a contrário do esquema da Convenção Européia – artigo 24 – neste particular), o que realça a relevância atribuída ao direito de petição individual. Este ponto não passou despercebido da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, em seu segundo Parecer, sobre o *Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (de 24.09.1982), invocou esta particularidade como ilustrativa da "grande importância" atribuída pela Convenção Americana às obrigações dos Estados Partes *vis-à-vis* os indivíduos, por estes exigíveis sem a intermediação de outro Estado (parágrafo 32).

95. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *caso Castillo Petruzzi versus Peru* (Exceções Preliminares), Sentença de 04.09.1998, Série C, n. 41, Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 1-46.

96. Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, parte II, pars. 40 e 75, respectivamente. – A elaboração de ambos Projetos de Protocolos encontra-se virtualmente concluída, em seus traços essenciais, aguardando agora a aprovação por parte dos Estados.

97. Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, parte II, par. 90.

98. Recorde-se que, no caso *Loizidou versus Turquia* (sentença sobre exceções preliminares de 23.03.1995), a Corte Européia de Direitos Humanos descartou a possibilidade de restrições – pelas declarações turcas – em relação às disposições-chave do artigo 25 (direito de petição individual), e do artigo 46 (aceitação de sua jurisdição em matéria contenciosa) da Convenção Européia. Sustentar outra posição, agregou, "não só debilitaria seriamente a função da Comissão e da Corte no desempenho de suas atribuições mas também diminuiria a eficácia da Convenção como um instrumento constitucional da ordem pública (*ordre public*) européia" (parágrafo 75). A Corte descartou o argumento do Estado demandado de que se poderia inferir a possibilidade de restrições às claúsulas facultativas dos artigos 25 e 46 da Convenção por analogia com a prática estatal sob o artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. A Corte Européia não só lembrou a prática em contrário (aceitando tais cláusulas sem restrições) dos Estados Partes na Convenção Européia, mas também ressaltou o contexto fundamentalmente distinto em que os dois tribunais operam, sendo a Corte Internacional de Justiça "a free-standing international tribunal which has no links to a standard-setting treaty such as the Convention" (parágrafos 82 e 68). A Corte da Haia, – reiterou a Corte Européia, – dirime questões jurídicas no contencioso inter-estatal, distintamente das funções dos órgãos de supe_visão de um "tratado normativo" (*law-making treaty*) como a Convenção Européia. Por conseguinte, a "aceitação incondicional" das cláusulas facultativas dos artigos 25 e 46 da Convenção não comporta analogia com a prática estatal sob o artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (parágrafos 84-85).

99. [Primeiro] Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos, artigo 3; Convenção

sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, artigo XIV(6); Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, artigo 22; Convenção Européia de Direitos Humanos, artigo 27; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, artigo 46; Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, artigo 56. – Ademais, as três Convenções regionais (a Americana, artigo 47; a Européia, artigo 27; e a Africana, artigo 56) determinam ademais que uma petição não deve ser "manifestamente infundada" ou insuficientemente substanciada.

100. Para um estudo, cf. E. Schwelb, "The Abuse of the Right of Petition", 3 *Revue des droits de l'homme/Human Rights Journal* (1970) pp. 313-332.

101. Esta condição tem sido invocada quando, por exemplo, o demandante usa linguagem difamatória contra o demandado, ou o demandante deixa de atender a pedidos do órgão de supervisão em questão de esclarecimento sobre a petição.

102. E.g., Convenção das Nações Unidas contra a Tortura (artigo 22), [primeiro] Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos (artigo 3), Convenção Européia de Direitos Humanos (artigo 27).

103. A "incompatibilidade" com o tratado de direitos humanos tem por vezes se configurado quando o órgão de supervisão em questão considera que o assunto da petição recai fora do âmbito de sua competência.

104. A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law and the Role of National Courts", 17 *Archiv des Völkerrechts* (1977-1978) pp. 333-370.

105. Cf., sobre a matéria, A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-443; A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. edição atualizada, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327.

106. Para um estudo, cf., e.g., Else A. Grannes, *The United Nations Women's Convention*, Oslo/Noruega, Institutt for Offentlig Retts Skriftserie (n. 13/1994), 1994, pp. 1-103; Rebecca J. Cook, "State Responsibility for Violations of Women's Human Rights", 7 *Harvard Human Rights Journal* (1994) pp. 125-175; Rebecca J. Cook, "State Accountability under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women", *Human Rights of Women – National and International Perspectives* (ed. R.J. Cook), Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994, pp. 228-256; Joan Fitzpatrick, "The Use of International Human Rights Norms to Combat Violence against Women", *in ibid*., pp. 532-571; IIDH/CLADEM, *Protección Internacional de los Derechos Humanos de las Mujeres – I Curso Taller*, San José de Costa Rica, 1997, pp. 13-254; para outro estudo, em perspectiva histórica, cf. Hilkka Pietilä e Jeanne Vickers, *Making Women Matter – The Role of the United Nations*, 3a. ed., London, Zed Books, 1996, pp. 1-166.

107. Para um estudo detalhado de seus *travaux préparatoires*, cf. A. Byrnes e J. Connors, "Enforcing the Human Rights of Women: A Complaints Procedure for the Women's Convention?", 21 *Brooklyn Journal of International Law* (1996) pp. 679-783.

108. Cf. M.-A. Eissen, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 28-36.

109. Council of Europe, *Protocol n. 9 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Explanatory Report*, Strasbourg, C.E., 1992, pp. 8-9, e cf. pp. 3-18; para outros comentários, cf. J.-F. Flauss, "Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme – Le Protocole n. 9 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", 36 *Annuaire français de droit international* (1990) pp. 507-519; G. Janssen-Pevtschin, "Le Protocole Additionnel n. 9 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", 2 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (1991) n. 6, pp. 199-202; M. de Salvia, "Il Nono Protocollo alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: Punto di Arrivo o Punto di Partenza?", 3 *Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo* (1990) pp. 474-482.

110. 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.

111. Para o mais completo estudo deste último até o presente, cf. Andrew Drzemczewski, "A Major Overhaul of the European Human Rights Convention Control Mechanism: Protocol n. 11", 6 *Collected Courses of the Academy of European Law* (1997)-II, pp. 121-244. Cf. também: S. Marcus Helmons, "Le Onzième Protocole Additionnel à la Convention Européenne des Droits de l'Homme", 113 *Journal des Tribunaux* – Bruxelles (1994) n. 5725, pp. 545-547; R. Bernhardt, "Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol n. 11", 89 *American Journal of International Law* (1995) pp. 145-154; J.A. Carrillo Salcedo, "Vers la réforme dy système européen de protection des droits de l'homme", *in Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 1319-1325; H. Golsong, "On the Reform of the Supervisory System of the European Convention on Human Rights", 13 *Human Rights Law Journal* (1992) pp. 265-269; K. de V. Mestdagh, "Reform of the European Convention on Human Rights in a Changing Europe", *in The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe – Essays in Honour of H.G. Schermers* (eds. R. Lawson e M. de Blois), vol. III, Dordrecht, Nijhoff, 1994, pp. 337-360.

112. Que me foram proporcionados pelo Presidente da Corte Européia (Professor Luzius Wildhaber), em nossa reunião conjunta na sede daquele Tribunal em Estrasburgo, em 30-31 de outubro de 2000.

113. Não surpreende, pois, que já se considere, no âmbito do sistema europeu de proteção, uma "reforma da reforma" para enfrentar as dificuldades correntes; cf., a respeito, e.g., L. Wildhaber, "Some Reflections on the First Year of Operation of the `New' European Court of Human Rights", *in Millennium Lectures – The Coming Together of the Common Law and the Civil Law* (ed. B.S. Markesinis), Oxford, Hart Publ., 2000, pp. 215-224; J.A. Pastor Ridruejo, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: La Reforma de la Reforma", *in El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI – Memoria del Seminario* (Noviembre de 1999), vol. I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 673-675; H. Petzold, "Epilogue: la réforme continue", *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne – Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal* (eds. P. Mahoney *et alii*), Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 2000, pp. 1571-1587.

114. Sobre os *travaux préparatoires* do Protocolo, cf., e.g., "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; e cf. o texto do Protocolo de 1998 à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, reproduzido *in* 20 *Human Rights Law Journal* (1999) pp. 269-271.

115. Para uma avaliação, cf., e.g., M. Mubiala, "La Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples: mimetisme institutionnel ou avancée judiciaire?", 102 *Revue générale de Droit international public* (1998) pp. 765-780.

116. Cf. texto *in*: 7 *Revue universelle des droits de l'homme* (1995) pp. 212-214; e cf. M.A. Al Midani, "Présentation de la Charte arabe des droits de l'homme", *Direitos Humanos: A Promessa do Século XXI*, Porto, ELSA, 1997, pp. 77-81.

117. Para um estudo geral, cf. 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 and A.A. Cançado Trindade), La Haye/San José de Costa Rica, Académie de Droit International de La Haye/IIDH, 1996, pp. 47-95, esp. pp. 81-89; C. Grossman, "Desapariciones en Honduras: La Necesidad de Representación Directa de las Víctimas en Litigios sobre Derechos Humanos", *in The Modern World of Human Rights – Essays in Honour of Th. Buergenthal* (ed. A.A. Cançado Trindade), San José of Costa Rica, IIDH, 1996, pp. 335-373; J.E. Méndez, "La Participación de la Víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *in La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos* (ed. R.N. Navia), San José de Costa Rica, Corte I.D.H., 1994, pp. 321-332.

118. Cf. P. Mahoney e S. Prebensen, "The European Court of Human Rights", *The European System for the Protection of Human Rights* (eds. R.St.J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold), Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 630.

119. Cf. o Regulamento de 1991 da Corte Interamericana, artigos 44(2) e 22(2), e cf. também artigos 34(1) e 43(1) e (2).

120. Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos *Godínez Cruz* e *Velásquez Rodríguez* (Indemnización Compensatoria), Sentenças de 21.07.1989.

121. 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).

122. Cf. as duas resoluções da Corte, de 10.09.1996, sobre os casos *Velásquez Rodríguez* e *Godínez Cruz*, respectivamente, *in*: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1996*, pp. 207-213.

123. Para um estudo recente, cf. A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", 30/31 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2001) pp. 45-71.

124. E.g., interpretação dos artigos 44, 48(1)(f), 63(1), 57 e 61 da Convenção Americana, e artigo 28 do Estatuto da Corte; cf. A.A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-64.

125. Sob o artigo 63(2) da Convenção Americana.

126. A saber, México, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguai, República Dominicana, e Estados Unidos. Ademais, o Canadá esteve presente como observador.

127. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana..., op. cit. supra* n. (124), pp. 3-64; e cf. também A.A. Cançado Trindade, "El Acceso Directo de los Individuos a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *XXVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* – OEA (2000) pp. 243-283.

128. A.A. Cançado Trindade, "The Future of the International Protection of Human Rights", *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber – Paix, Développement, Démocratie*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 961-986. – Para a necessidade de superar os atuais desafios e obstáculos à vigência dos direitos humanos, cf. A.A. Cançado Trindade, "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise-en-oeuvre: obstacles et enjeux", 158 *Revue internationale des sciences sociales* – UNESCO (1998) pp. 571-582; e cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília (Edições Humanidades), 2000, pp. 139-161.

129. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Villagrán Morales y Otros Versus Guatemala*, Sentença (quanto ao mérito) de 19.11.1999, Série C, n. 63, págs. 1-253, e Voto Concordante Conjunto dos Juízes A.A. Cançado Trindade e A. Abreu Burelli, parágrafos 1-11.

130. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *caso Castillo Petruzzi versus Peru* (Exceções Preliminares), Sentença de 04.09.1998, Série C, n. 41, Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafo 35.

131. Para meus extensos argumentos em favor do *acesso direto* dos indivíduos à justiça em nível internacional, e em particular à Corte Interamericana de Direitos Humanos, cf. 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 e A.A. Cançado Trindade), La Haye/San José, Académie de Droit International de La Haye/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 47-95; A.A. Cançado

Trindade, "Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional", *Anais do VI Seminário Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito* (CONPEDI), Rio de Janeiro, Ed. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 1997, pp. 3-48; A.A. Cançado Trindade, "Consolidação da Capacidade Processual dos Indivíduos na Evolução da Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Quadro Atual e Perspectivas na Passagem do Século", *Direitos Humanos no Século XXI* (eds. P.S. Pinheiro e S.P. Guimarães), vol. I, Brasília, IPRI/FUNAG, 1998, pp. 19-47; A.A. Cançado Trindade, "El Derecho de Petición Individual ante la Jurisdicción Internacional", 48 *Revista de la Facultad de Derecho de México* – UNAM (1998) pp. 131-151; A.A. Cançado Trindade, "The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century", 30 *Columbia Human Rights Law Review* – New York (1998) n. 1, pp. 1-27; A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", *Les droits de l'homme à l'aube du XXIe. siècle – Karel Vasak Amicorum Liber*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544.

132. Como relator do projeto do Regulamento de 1996 da Corte, propus o *locus standi in judicio* dos indivíduos ante a Corte em *todas as etapas* do processo; o Regulamento de 1996 aceitou esta posição no tocante à etapa de reparações somente (cf. *supra*); no entanto, abriu caminho para que, no mais recente Regulamento (de 2000) da Corte, já em vigor, se viesse a adotar, enfim, minha proposta original. Cf., a respeito: Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Castillo Páez versus Peru* (exceções preliminares), Julgamento de 30.01.1996, Explicação de Voto do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 16-17; Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Loayza Tamayo versus Peru* (exceções preliminares), Julgamento de 31.01.1996, Explicação de Voto do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 16-17 (textos *in*: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – 1996*, pp. 57 e 73, respectivamente); Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Castillo Petruzzi versus Peru* (exceções preliminares), Julgamento de 04.09.1998, Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 1-46 (texto *in*: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – 1998*, pp. 419-435); e cf., mais recentemente, Corte Interamericana de Direitos Humanos, Parecer sobre o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (OC-16/99), de 01.10.1999, Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafo 30 (texto *in*: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – 1999*, pp. 607-608).

133. 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 e A.A. Cançado Trindade), La Haye/San José de Costa Rica, Académie de Droit International de La Haye/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.

134. Recorde-se que, sob a Convenção Européia de Direitos Humanos, já há algum tempo *todos* os Estados Partes, sem exceção, reconheciam a competência obrigatória da Corte Européia de Direitos Humanos em matéria contenciosa (sob o artigo 46, anterior ao Protocolo n. 11 à Convenção), – hoje tornada *ipso facto* mandatória pela vigência do Protocolo n. 11 à Convenção Européia.

135. 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.

136. O aperfeiçoamento do mecanismo do sistema interamericano 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.

137. Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Castillo Páez versus Peru* (exceções preliminares), Julgamento de 30.01.1996, Explicação de Voto do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 16-17; Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Loayza Tamayo versus Peru* (exceções preliminares), Julgamento de 31.01.1996, Explicação de Voto do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 16-17, textos *in*: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -1996*, pp. 56-57 e 72-73, respectivamente; Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Castillo Petruzzi e Outros versus Peru* (exceções preliminares), Julgamento de 04 de setembro de 1998, Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 1-46, texto *in*: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -1998*, pp. 419-435.

138. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 410-412.

139. Cf., sobre este último ponto, A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 412-420; A.A. Cançado Trindade, "The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century", 3 *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* – Castellón (1999), pp. 207-215.

140. Tão bem ressaltado, por exemplo, nos derradeiros escritos de Bertrand Russell, de Karl Popper, de Isaiah Berlin, dentre outros; cf. B. Russell, "Knowledge and Wisdom", *Essays in Philosophy* (ed. H. Peterson), N.Y., Pocket Library, 1960 (2a. impr.), pp. 498-499 e 502; K. Popper, *The Lesson of This Century*, London, Routledge, 1997, pp. 53 e 59; I. Berlin, "Return of the *Volksgeist*: Nationalism, Good and Bad", *At Century's End* (ed. N.P. Gardels), San Diego, Alti Publ., 1996, p. 94.

141. Em um ensaio luminoso publicado há pouco mais de meio século, no mesmo ano da adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos, o historiador Arnold Toynbee, questionando as próprias bases do que se entende por *civilização*, – ou seja, avanços bastante modestos nos planos social e moral, – lamentou que o domínio alcançado pelo homem sobre a natureza não-humana infelizmente não se estendeu ao plano espiritual; A.J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford, University Press, 1948, pp. 262 e 64. Outro historiador, Eric Hobsbawn, em nossos dias retrata o século XX como um período da história marcado sobretudo pelos crimes e loucura da humanidade. E. Hobsbawm, *Era dos Extremos – O Breve Século XX*, São Paulo, Cia. das Letras, 1996, p. 561. Que abusos e crimes tenham sido cometidos em nome do poder público é injustificável, porquanto o Estado foi concebido – não se deveria esquecer – como promotor e garante do bem comum; Jacques Maritain, *The Person and the Common Good*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1966 (reimpr. 1985), pp. 11-105.

142. Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 412-420; J.A. Carrillo Salcedo, "Droit international et souveraineté des États", 257 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1996) pp. 132-146 e 204-207; Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 43-163 e 189-218.

143. A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", *6/7 Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434.

III
EL SISTEMA PENITENCIARIO DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA VISIÓN DE LA REALIDAD MEXICANA Y DE SUS DESAFÍOS

CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL

Procurador del Estado de Ceará; Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará; Miembro del Consejo Nacional de PolítIca Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia de Brasil, de la Academia Brasileña de Derecho Criminal y de la Sociedad Americana de Criminología; Consejero Científico del ILANUD; Vicepresidente de la Sociedad Brasileña de Victimología.

"Por grande que sea el delito / aquella pena es mayor."
Martín Fierro

Delante de un escenario aquejado por el abandono, en muchos de los centros penitenciarios mexicanos, hay quienes pregunten: ¿cómo hablar de derechos humanos de una masa anónima de asaltantes, homicidas, violadores, narcotraficantes y estafadores? ¿Cómo hablar de derechos humanos en ambientes de estufa, de cohabitación forzosa, superpoblados, en que se abusa de la prisión preventiva y se mantiene la etiqueta pública de "universidad del crimen", con arreglo a Alejandro H. Bringas y Luis F. Roldán Quiñones?[1] ¿Cómo hablar de derechos humanos en cloacas de todas las equivocaciones del aparato de Justicia, así representadas por Luis Rodríguez Manzanera[2], para quien "la prisión, cuando es colectiva corrompe; si es celular enloquece y deteriora; con régimen de silencio disocia y embrutece, con trabajos forzados aniquila físicamente; y sin trabajo destroza moralmente?"[3] ¿Cómo hablar de derechos humanos en catedrales del miedo, descritas magistralmente por Antonio Sánchez Galindo, en "Narraciones Amuralladas", citando a Carrancá y Trujillo[4]; en lóbregas y obsoletas prisiones donde "el Estado se apropia de la vida del detenido"[5], en "microcosmos donde funge el poder disciplinario y se expresa la necesidad de recrear perpetuamente las relaciones sociales de dominación", según Elías Neuman"[6]; en gayolas de odio donde se fomenta la despersonalización, la pérdida de autoestima, como muestran Cecilia Sánchez Romero y Mario Alberto

Houed Vega?[7] ¿Cómo hablar de derechos humanos en sucursales del infierno, en maquinarias de aplastamiento del hombre, a que se refiere Alejandro Flores Guillermín;[8] en "engranaje(s) deteriorante(s) más que espacio(s) de humanización", conforme a Monica Granados Chaverri?[9] ¿Cómo hablar de derechos humanos en presidios vetustos, donde se cultiva el peor cáncer, que es el autogobierno, denunciado con vehemencia por Juan Pablo de Tavira,[10] y en donde impera la ley del hampa, de que nos habla Jorge Fernández Fonseca?[11] ¿Cómo hablar de derechos humanos en prisiones-ghetto (como la Mesa), retratadas por Zaffaroni como "barrios pauperizados"?[12]¿Cómo hablar de derechos humanos en sitios donde los presos, muchos de los cuales seropositivos o sidosos, son obligados a realizar huelgas de hambre, zurciéndose los lábios o los párpados, para poder disfrutar del trabajo externo y la libertad condicional, y donde "llega a los sentidos la peste de los excusados y la repulsión de las cocinas", tal y como atestigua Julio Scherer García?[13]¿Cómo hablar de derechos humanos en inframundos en los que muchas veces la extorsión es institucionalizada, visto que se cobra por la asignación de los dormitorios y celdas, por la estafeta, las fajinas, las llamadas telefónicas, el uso de un televisor, el paso a la visita familiar, el paso a locutorios, la habitación de visita íntima, el acceso a servicios médicos, los exámenes criminológicos, el perdón por una falta cometida? ¿Cómo hablar de derechos humanos en jaulas de cemento dominadas por bandas rivales, donde se "pervierte, corrompe, degrada y embrutece... y se gradúa al profesional del crimen", según señala Evandro Lins e Silva;[14] en prisiones que son "el reflejo más impresionante de lo que es una sociedad", siendo que "es de ellas de las que esperamos, como dramático contraste, alcanzar lo que la propia sociedad no supo dar en su tiempo a quienes ahora están recluidos...", como apunta Sergio García Ramírez?[15] ¿Cómo hablar de derechos humanos en chironas de donde el cautivo sale "más corrupto y con valores más deturpados que cuando se vio sin libertad", en las palabras de Iris Rezende, ex Ministro de Justicia de Brasil?[16]

Permítanme citar de nuevo a Elías Neuman: "¿Cómo hablar de Derechos Humanos allí donde hemos decidido, por ley, sin posible rescate, conculcarlos al extremo? Se secuestra legalmente a hombres con el deliberado propósito de ejercer la vindicta y de segregarlos del mundo de los no delincuentes, y ello se instrumenta en una de las formas más alevosas de pérdida de identidad, de la estima social, familiar y propia, más obscena que se conoce..."[17]

Es evidente, a todas luces, que el problema es mucho más complejo que las preguntas anteriores dejan suponer. Las condiciones deplorables en que viven los penados, en un número expresivo de prisiones mexicanas (y aquí abro un paréntesis para registrar las islas de excepción, las islas de gracia en un mar de desgracia, ubicadas en algunos estados de una federación de múltiples realidades, y en donde se practica una administración responsable), en lugar de ser una negativa de esos derechos, es, al revés, el acicate de una lucha sin treguas, el desafio impostergable de los que, como nosotros, rechazan la vana iconoclastia de los heraldos del pesimismo y, creyendo en el futuro, encaran la ejecución de la pena como una cuestión prioritaria de ciudadanía y seguridad pública.

La cuestión principal que se plantea, en este exacto momento, es la siguiente: ¿cómo se explica que México, dotado de una legislación moderna, asentada en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, en el Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión y que aprobó en 1971 la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, conviva con un sistema carcelario en su mayor parte anacrónico? ¿Qué ocurrió con el ideario humanista responsable por el Cefereso de Almoloya de Juárez y por el cierre del Palacio Negro de Lecumberri? ¿Qué beneficios trajeron las lecciones de Alfonso Quiróz Cuarón, Sergio García Ramírez, Hilda Marchiori, Victoria Kent, Julia Sabido, Antonio Sánchez Galindo, Ruth Villanueva Castilleja, Juan José González Bustamante y tantos otros penitenciaristas renombrados?

Ahora bien. El gigantesco abismo entre el México legal y el México real, "la asimetría garrafal entre las leyes y las realidades, o mejor aún, entre la antinaturalidad de la prisión y la prístina ideología de esos derechos", en el lenguaje de Elías Neuman,[18] tiene origen no sólo en la ausencia de políticas públicas, así como en la tradición de indiferencia a los mandamentos de la ley, de desacato a las normas, constitucionales o no, lo que contribuye para el descrédito, la impunidad, y, en consecuencia, para el fortalecimiento del discurso de aquellos que, delante de la violencia omnipresente, la inseguridad generalizada, y bajo los aplausos de una sociedad sedienta de venganza, proponen el endurecimiento de la pena. Como sostiene Alfonso Zambrano Pasquel, "No es aventurado decir que determinados medios de comunicación provocan 'la alarma social' y el 'caos ciudadano', que se convierten en estereotipos

manejados políticamente para dar nacimiento a las campañas de ley y orden, en las que se violan sistemáticamente los derechos humanos de los destinatarios de esas campañas antidelincuenciales?"[19] Como si dichas medidas (criticadas por Giuseppe Bettiol, que llamaba la atención para el reino del terror que se instaura cuando la ley rebasa los límites de la proporcionalidad[20]), tuviesen el poder mágico de disminuir la criminalidad, de refrenar la acción de infractores empedernidos, peligrosos, profesionales, generados muchas veces en el vientre de la sociedad, excluyente y criminógena.

Es esencial tener en cuenta que la cuestión de los derechos humanos del presidiario no pasa sólo por un tratamiento más digno y por la supresión, intramuros, de la violencia física, síquica y sexual. No, no. Es mucho más. Pasa por el combate a la miseria, por la generación de empleos, por la oferta de vivienda, de saneamiento, de escolaridad; pasa por la construcción de una sociedad más equitativa y justa, que dé atención a la población indígena; pasa por un nuevo concepto de seguridad pública, indisociable del desarrollo humano, fundamentado en la participación ciudadana; pasa por una reforma profunda del sistema penal y, en particular, de la ejecución de la pena, con la aplicación gradual de las alternativas penales. Defender los derechos humanos del preso, casi siempre analfabeto y pobre, el erizo, es proveerle, en presidios equipados, informatizados, alimentación apropiada e instalaciones higiénicas. Es preservar el estado de salud física y mental de los condenados, alienados, enfermos mentales, presos provisorios o sentenciados por deudas, incluyendo tratamiento de VIH/Sida, tuberculosis y dependencia química. Es garantizarle trabajo, como enunciado por el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, trabajo ese con derecho a la remisión parcial de la pena, ofrecido al recluso en la medida de sus aptitudes, capacitación laboral para la labor en libertad y posibilidades del reclusorio. Es propiciarle educación, que no tendrá sólo carácter académico sino también cívico, higiénico, artístico, físico y ético. Es asegurarle la clasificación prevista en ley, requisito fundamental para demarcar el inicio de la ejecución científica de la pena privativa de libertad y despliegue lógico del principio de la proporcionalidad de la pena. Es fortalecer los consejos técnicos interdisciplinarios, para la mejor aplicación del sistema progresivo, la aplicación de medidas de preliberación etc.. Es apoyar el proceso de supervisión penitenciaria de que participan programas de protección de derechos humanos. Es prestar asistencia moral y material al excarcelado, víctima del etiquetamiento, apoyándolo en el penoso itinerario de reincorporación a la vida libre. Es brindar cursos de formación y actualización al personal directivo, administrativo, técnico y de custodia, teniendo en mente lo que enseña Cuello Calón: "Ni los programas de tratamiento más progresivos, ni los establecimientos más perfectos, pueden operar una mejora del recluso sin un personal a la altura de su misión",[21] siendo pertinente la observación de Antonio Labastida Díaz y Ruth Villanueva Castilleja de que "el personal penitenciario resulta insuficiente en la mayoría de las instituciones y al no existir una adecuada selección del mismo se obstaculiza el cumplimiento del tratamiento de readaptación social, situación que se agudiza ante la falta de una profesionalización de la carrera penitenciaria".[22] En nuestro libro "Prisión: Crepúsculo de una Era", añadimos: "La capacitación del personal es uno de los pilares de la administración penitenciaria. Los debates sobre el futuro de las prisiones no pueden desconocer ni tampoco minimizar su importancia, tan bien acentuada por el Prof. José Arthur Rios: 'Lo que constituye el carácter moderno de una prisión no es el edificio ni el equipo o el cronograma bien definido, sino la calidad del personal que lo administra. Podemos afirmar sin hesitación que, de los cuatro elementos de un programa de renovación carcelaria, o sea, filosofía, disposiciones legales, establecimiento adecuado y personal, es este último que va a decidir el éxito de las nuevas medidas que serán implantadas'."[23]

Todo ello, dígase con énfasis, a fin de que la prisión venga a ser el lugar de cumplimiento de una pena que es de privación de libertad y no de dignidad, una agencia terapéutica y no un antro de perversión.

Es oportuno tener presente la amonestación de Antonio Sánchez Galindo, en "Manual de Conocimientos Básicos para el Personal de Centros Penitenciarios, editado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos: "El penitenciarismo moderno establece que la pena impuesta por un juez o un tribunal no debe ser un castigo, *sino* un medio para que el delincuente tenga la posibilidad de reestructurar su personalidad dañada o insuficiente para vivir en sociedad, y no sólo no vuelva a causar daño, sino además haga bien y sea productivo."[24]

Es de vital importancia, además, el papel de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, "organismo público creado para la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el orden jurídico mexicano, cuya principal labor es la de atender a las quejas que le sean presentadas respecto de acciones y omisiones en que incurran las actividades con motivo

de sus funciones y en perjuicio de cualquier persona."[25] A la CNDH, mediante su Programa sobre el Sistema Penitenciario y Centros de Internamiento, toca promover el respeto a los derechos humanos de los encarcelados, tratando de achicar la distancia entre la teoría y la práctica.

Hay que considerar, por otra parte, que los derechos humanos están en un plano superior al Estado, al poder público y, por ello, su protección no debe limitarse a la acción estatal, sino contar con la ayuda de la sociedad civil organizada, a quien incumbe cobrar su reconocimiento y supervisar su implementación, con vistas al pleno ejercicio de la ciudadanía.

Si, por un lado, como sabemos, el desacato a los derechos humanos ha sido recurrente a lo largo de la historia de los países latinoamericanos – y México no es una excepción –, por otro lado se impone, en un instigante desafío, la participación efectiva de la sociedad en la persecución de los valores más elevados de la justicia, la solidaridad y la paz social

En artículo publicado en el número 2 de esta Revista, cito las palabras del Lic. Carlos Federico Barcellos Guazzelli, defensor público:

"La lucha por la humanización de las penas, privativa de libertad o alternativas, surge como el mayor desafio, no sólo para los operadores del Derecho Penal – entre ellos, de forma especial, aquellos encargados de la atención jurídica a los condenados – , como a toda la sociedad; o, por lo menos, para sus segmentos preocupados con la democratización y la efectivación de la ciudadanía. Para esos, esa lucha pasa obligatoriamente por la afirmación y concreción de los derechos humanos, incluso del ciudadano (pues así se debe considerarlo) procesado, condenado o preso. Sólo el respeto a estos derechos, en el plano real, puede conferir algún sentido a la pena – algún sentido que rebase, por supuesto, la mera represión, tanto más cruel, como socialmente inocua, o, aún, contraproducente."[26]

En otro artículo, publicado en el número 14 de la Revista del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia de Brasil, menciono a la señora Julieta González Irigoyen, quien me regaló en Tijuana, en 1999, su libro "La Civilización en la Sombra". De él guardo en el archivo de mi memoria la frase: "la esperanza es una palabra cargada de porvenir"[27], una bella y cautivante manifestación de fe, de optimismo, que me hizo recordar a Sergio García Ramírez, en el prólogo a la cuarta edición del "Manual de Prisiones":

"El hombre – me parece – es lo que resta, magnífico, cuando su espíritu vuela por encima de la fatiga, la ambición, la soberbia, el fracaso, el éxito. Algunos dirán que esto sólo sucede en la muerte. No lo creo así; ocurre en la vida y es la vida misma."[28]

Seguridad e Integridad de los Internos. Condiciones Personales, Profesionales, Estructurales para la Privación de la Libertad

He viajado por innúmeros países del mundo, del occidente y del oriente, y visitado decenas de prisiones cerradas, de máxima o media seguridad, semiabiertas y abiertas, algunas modernas, donde se ofrecen distintas opciones laborales, así como atención material, social, educacional, médica y jurídica, en ambientes donde prevalece el respeto a los derechos humanos de los encarcelados. He visitado, asimismo, en la geografía del dolor, prisiones ruinosas, hostiles, atiborradas, como gran parte de las prisiones latinoamericanas, en donde los presos, muchos con enfermedades virales o de piel, tísicos, leprosos, son víctimas de golpizas sistemáticas, de agresiones sexuales, viven sin ninguna privacía, sin cualquier actividad educativa o deportiva, aprenden el arte de las estafas y de los atracos, se vuelven adictos, son arrojados a menudo a celdas de castigo y se callan cuando presencian un homicidio; prisiones donde presos purgan una pena superior a la fijada en la condena y se adjetiva la violencia a ultranza, comandada por reclusos o custodios que perpetúan intramuros las relaciones de poder.

Estoy convencido – y he dejado claro líneas arriba y en muchos escritos – que la prisión, encarada en sus albores como un triunfo sobre la pena de muerte y las penas corporales, se transformó, independientemente de su estructura física y de la atención que pueda brindar a la masa carcelaria, en un ambiente nocivo, criminógeno.

Este convencimiento, sin embargo, no me conduce a una actitud de pesimismo en cuanto al futuro de las cárceles, no me autoriza proponer que se crucen los brazos ante el extraordinario reto que se impone de ofrecer mejores condiciones a los detenidos y salvaguardar sus derechos como seres humanos y ciudadanos.

Si, por un lado, entiendo que la prisión debe ser encarada como *ultima ratio*, como un mal necesario que debe restringirse a los criminales violentos, a los peligrosos – ya que para los demás conviene sean aplicados los substitutivos penales, sin duda mucho menos dispendiosos y mucho más humanos, capaces de garantizar su reincorporación a la sociedad, en la medida en que no los alejan del trabajo, de la familia, del grupo social a que pertenecen – , por otro lado entiendo también que no es más posible alongar el abandono del sistema penitenciario, no es más posible permitir que la prisión sea – a causa del hacinamiento, de la inasistencia, del autogobierno, del desinterés en cuanto a la valoración de su personal – , un núcleo de perfeccionamiento del crimen.

¿Qué hacer, entonces, para mejorar el sistema penitenciario, para amparar los derechos humanos de miles de hombres que habitan las cárceles? ¿Qué hacer para garantizar la seguridad y la integridad de los internos? ¿Qué hacer para brindar las mínimas condiciones personales, profesionales y estructurales para la privación de la libertad?

En primer lugar, es necesario reempezar. Y cuando digo reempezar lo hago con los ojos puestos en la historia del penitenciarismo de México. Regreso a 1967 cuando, según Antonio Sánchez Galindo, "se conjugaron una serie de elementos en el Estado de México para que los planteamientos establecidos en el 18 Constitucional tuvieran vigencia y congruencia con la alocución constitucional: se reunieron principios tales como el de la legalidad; capacitación del personal; instalaciones adecuadas; indeterminación penal relativa; individualización de tratamiento; aprovechamiento de la interdisciplina, posinstitución; auxilio a la víctima del delito y control de la población. Esto produjo resultados reclamados por la doctrina de aquella época. Se aplicaron los derechos humanos a todo el ámbito penitenciario dentro del tratamiento, con lo cual se estructuró un sistema penitenciario de carácter progresivo fundado en el estudio de la personalidad, dividido en varios periodos; se incorporó un régimen de prelibertad, se creó un penal abierto, se estructuró un consejo técnico interdisciplinario, se capacitó a todo el personal de custodia y se respetó el credo religioso y político de los reclusos. Se les informó, asimismo, sobre las recomendaciones de Naciones Unidas y lo ordenado por la ley, se crearon fuentes de trabajo para el 100% de la población penal en forma remunerada, se aplicó un sistema de educación correccional para adultos, se establecieron relaciones con el exterior a través de visitas familiares, íntimas y especiales, se desterraron las situaciones de preeminencia, lucro o autoridad de unos internos respecto de otros, las sanciones se establecieron de conformidad al reglamento entre otros renglones, que coadyuvaban al cumplimiento de la exigencia real del discurso..."[29]

Y agrega el distinguido maestro, ex Profesor de Derecho Penal de la UNAM, y que ejerció, entre otros cargos, el de Director General de Prevención y Readaptación Social del Estado de México y Director General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal :

"Para 1971, se intentó llevar a su máxima expresión el discurso readaptatorio que había tenido buenos resultados en el Estado de México, incorporándolo a nivel nacional. Fue así como se llevó a cabo la reforma penal integral, quizá como un eco de la que hacía 100 años había tenido lugar en el país. En ella, se creó la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, que marcó el parteaguas en el derecho de ejecución penal mexicano."[30]

Mucho más se hizo en ese período tan fértil: construcción de prisiones, celebración de congresos, creación de organismos para la comercialización de los productos del trabajo de los internos, implantación de penas alternativas, reforma penal y procesal etc..

¿Qué pasó después? La sociedad, propensa a la represión, se opuso al mensaje y al quehacer humanitario, estimulada por el movimiento de ley y orden, que, a sabiendas, sólo contribuyó para ensanchar los índices de la criminalidad y, en consecuencia, de la población carcelaria.

Ese movimiento fracasó igualmente en Estados Unidos, en donde dio origen a un encarcelamiento en gran escala (son más de 2.000.000 de reclusos) y a absurdos como la Ley de los Tres Golpes (según la cual se aplica a quien comete un tercer crimen, grave o no, una pena que varía de 25 años a la prisión perpetua).

En México, a pesar de la inclinación de los legisladores por el agravamiento de las penas, éste no es ciertamente el camino apropiado, una vez que el verdadero desafío no está en la definición de penalidades más rígidas, sino en su aplicación y ejecución, desde que es la certeza de la punición que inhibe el crimen y no la gravedad de la pena. El desafío, de hecho, es proporcionar una ejecución penal digna, sea de la pena privativa de libertad, sea de las demás penas.

De nuevo uno interroga: ¿Qué hacer para garantizar la seguridad y la integridad de los internos? ¿Qué hacer para brindar las mínimas condiciones personales, profesionales y estructurales para la privación de la libertad?

Sabemos que el grado de civilización de una sociedad se mide cuando uno ingresa a sus cárceles. Tal vez la absorción de este entendimiento nos encoraje – y ésta es una de las respuestas – a reivindicar una politica penitenciaria, a nivel federal y estatal, más involucrada con la condición humana del presidiario, una politica penitenciaria que disminuya el foso existente entre la ley y la práctica.

Es cierto que las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (modelo de los sistemas penitenciarios de gran parte de los países del mundo, consideradas el estatuto universal del preso común) establecen, en su catálogo de 94 reglas, condiciones primordiales para la ejecución de la pena, reproducidas no sólo en la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (en cuyo art. 2° se lee que "El sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente"), sino en las Leyes de Ejecución de Sanciones vigentes en cada entidad federativa.

Póngase de relieve que el concepto de seguridad abarca, por su amplitud, cuestiones como la gobernabilidad (quien ejerce efectivamente el poder); el otorgamiento de beneficios; el tratamiento especial para inimputables y enfermos mentales; la seguridad personal de los internos; la seguridad jurídica de los internos; el respeto a los derechos de petición y de queja; los procedimientos para la aplicación de sanciones; y la normatividad reglamentaria."[31]

En los años de 1993 y 1994, con arreglo al "Reporte de Investigación sobre la Violencia en los Centros Penitenciarios de la República Mexicana", producido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, fueron indicadas las siguientes causas de disturbios en 15 centros: "no otorgamiento de beneficios, autogobierno, revisiones abusivas a familiares, fuga colectiva, aislamiento injustificado, tráfico de drogas, no adecuación de penas, procesos lentos, sobrepoblación, prohibición de visitas, maltratos y privilegios."[32]

El sobrecupo, provocado por el exceso del empleo de la prisión preventiva, el rezago judicial y la insuficiencia de vacantes, es , sin lugar a dudas, uno de los mayores villanos del sistema presidial, visto que afecta las condiciones en que los funcionarios deben ejercer su labor profesional, en perjuicio del encarcelado y de funciones básicas como higiene, alimentación, seguridad, integridad física, trabajo y recreación.

Es unánime, además, el rechazo a cualquier especie de severidad excesiva, de tormentos, de azotes, de maltratos, que dañen la salud física o mental del interno, siendo previstas sanciones de distinto grado, aplicables a aquellos que actúen de forma violenta. Dice el art. 13 de la Ley que Establece Las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados: "Se prohibe todo castigo consistente en torturas o tratamientos crueles, con uso innecesario de violencia en perjuicio del recluso." Recuérdese que México ratificó el 22 de junio de 1987 la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), el 06 de diciembre de 1985.

Creo que uno de los grandes desafios del penitenciarismo mexicano, en este milenio, será el equilibrio entre la seguridad (que se busca afianzar cada vez más en el medio libre y particularmente en las prisiones) y la protección de los derechos humanos de los encarcelados, un concepto que comprende no sólo la garantía de su integridad física y mental sino también el aseguramiento de mejores condiciones (equipamiento, alimentación, salud, educación, trabajo, clasificación, individualización etc..) de cumplimiento de la pena de privación dentro de un marco de legalidad y solidaridad.

El estímulo al personal penitenciario, de todos los niveles, a través de salarios más elevados, prestaciones, uniformes, mejores condiciones laborales, jubilaciones anticipadas, capacitación, entre otros – como ocurre en muchos países –, es indispensable para la formulación de una politica penitenciaria que promueva una cultura de respeto a la dignidad de
las personas detenidas.

Orden y Transparencia. Control Interno y Externo en las Instituciones Penitencia-rias

Con mucha razón ya fue dicho que dos aspectos cobran relevancia en una prisión: orden y transparencia.

Para que se alcance el objetivo del orden, así como el de la disciplina, resulta indispensable que el régimen carcelario adopte procedimientos que se sustenten en el respeto a los derechos humanos de los reclusos. Algunos principios, intimamente vinculados a esos derechos y previstos, de forma directa o indirecta, en documentos internacionales, en la Constitucion Federal y en las leyes, deben ser aplicados en el encierro, al regularse y aplicarse las sanciones administrativas. Son ellos: a) principio de la seguridad jurídica: b) de la proporcionalidad; c) de la no transcendencia de la pena; d) de la dignidad humana; e) de la legalidad; f) de la presunción de inocencia; g) de la defensa; h) de la revisión; i) de la jerarquía de normas; j) de la coherencia.

El desrespeto a dichos principios puede provocar, y provoca efectivamente, serios conflictos, comprometiendo el orden interno y la propia gobernabilidad de la cárcel.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos, en "Los Derechos Humanos en la Aplicación de Sanciones en los Centros de Reclusión Penitenciaria", señala, con arreglo al numeral 27 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, que

"El orden es una de las condiciones que se requieren para vivir con dignidad en las prisiones; por tal razón, debe garantizarse fundamentalmente por medio de la responsabilidad de los internos y autoridades, y sólo cuando ello no baste se podrá recurrir a las sanciones disciplinarias, las que deberán aplicarse con prudencia y con firmeza, sin que se justifique la utilización de medios que rebasen los límites que impone el respeto a los Derechos Humanos."[33]

No se olvide que entre las causas de los disturbios en 15 centros penitenciarios mexicanos, en el período de 1993 a 1994, mencionadas en la ponencia anterior, están: el aislamiento injustificado, la prohibición de visitas y los maltratos.

Verdad es que la relación preso/administración no puede basarse en la violencia institucional, so pena de estimularse un orden, o falso orden, que funciona al revés. Por ello, según Julián Carlos Ríos Martín y Pablo Cabrera Cabrera, no debe haber espacio para técnicas de tratamiento que "adquieren una especial dureza, pasando a ser empleadas como verdaderos recursos para la despersonalización y el aniquilamiento de la identidad y para hacer desaparecer la resistencia frente a la presión institucional: aislamientos, traslados, regresiones de grado, denegación de permisos, sanciones, pérdida de destinos, etcétera."[34] Ni tampoco, añadimos, acciones que constituyen actos ilegales, violatorios de derechos humanos, como cateos con violencia, venta de servicios y sanciones no reglamentadas.

Todo ello conlleva a la cuestión del control interno, de la supervisión penitenciaria (y abro nuevo paréntesis para recomendar la lectura de las publicaciones a este respecto de la Comisión Nacional de Derechos Humanos), proceso de que participan activamente administradores, custodios, miembros de los consejos técnicos interdisciplinarios, visitadores etc..

Una labor mucho más difícil en cárceles superpobladas, una vez ejercido con excesivo rigor, de modo continuo y rutinario, sobre todo a través de reglas no escritas (de presos o custodios), el control favorece la formación de grupos de dominadores y dominados, en que cada grupo desarrolla, por consiguiente, un comportamiento distinto: el primero, de contenido represivo; el segundo, de obediencia o insumisión.

Es común que los mecanismos de control se vuelvan más intensos en cárceles planeadas, en términos de ubicación, arquitectura y régimen, para dar énfasis a la seguridad, en donde se reafirma, según Alessandro Baratta, su función de depósito "de individuos aislados del resto de la sociedad y, por tanto, neutralizados en su potencial peligrosidad respecto a la misma."[35]

El aislamiento y su consecuente incomunicación es, por ejemplo, uno de los más severos castigos que se puede inflingir al preso y constituye la manifestación más explícita del control de los reclusos por el Estado, en un régimen que valora demasiado la búsqueda del orden, que persigue a toda costa la seguridad interna y que se caracteriza por el autoritarismo, por una estrategia de poder en que, de acuerdo con Elías Neuman, "el Estado logra una de las formas más tangibles de control y dominación, mediante la coerción física como detentador de la receta absoluta de una violencia racionalizada que planifica y centraliza al individuo."[36]

Diversos autores advierten para los riesgos de supervalorar la seguridad y la disciplina, lo que requiere de un control desmesurado sobre el recluso, con la pérdida casi total de su autonomía.

Augusto F. G. Thompson, autor del clásico "La Cuestión Penitenciaria", añade:

"Consciente de que un descuido, en lo que atañe a la seguridad y disciplina, redundará en la sujeción a sanciones, mientras un malogro en lo que respecta a la intimidación y recuperación pasará desapercibido, la administración penitenciaria se ve compelida a resaltar el carácter custodial del confinamiento carcelario, tendiendo a ejercer una vigilancia severa sobre los internos. La mejor manera de prevenir evasiones y desórdenes es imponer un régimen de asfixiante cercenamiento a la autonomía del recluso. La rigidez de la disciplina – precio alto que se paga por la seguridad – se traduce en la supresión del autodiscernimiento, de la responsabilidad personal, de la iniciativa del paciente."[37]

En este contexto, un elemento clave es la transparencia, como aseveran Julián Carlos Ríos Martín y Pablo Cabrera Cabrera:

"La administración penitenciaria no puede ser un feudo erigido sobre la más que discutible relación de sujeción especial que ampara la omnipotencia de una institución, ocultando las secuelas que deja en quienes están a ella sometidos: personas presas y personas funcionarias. Es preciso que se conozcan las consecuencias que soportan – a veces de modo irreparable – quienes son enviados a una prisión, y que la sociedad y muy en particular los órganos judiciales conozcan y sopesen los riesgos que conlleva enviar a una persona a un espacio en donde se juega la vida y se le socava la dignidad y la capacidad de responsabilizarse de su propia vida."[38]

En "La Supervisión de los Derechos Humanos en la Prisión: Guía y Documentos de Análisis", de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se describen las herramientas y los indicadores para la supervisión de los derechos humanos en la cárcel; la publicación trae en anexo tres estudios muy ricos: a. ¿Resocialización o control social? Por un concepto crítico de reintegración social del condenado (de Alessandro Baratta); b. El respeto a los Derechos Humanos como garantía del orden en el sistema penitenciario mexicano (de Miguel Sarre); c. La falta de recursos económicos para cumplir con las Recomendaciones. Un argumento improcedente (de Laura Lozano Razo y Rlvira Peniche de Icaza). En el segundo de los artículos, el autor, cuando se refiere a los beneficios de libertad, puntualiza que una "exigencia generalizada de la población penitenciaria es la transparencia en los procedimientos establecidos para la concesión de estos beneficios."[39]

Importante papel de control juega en este universo la figura de los visitadores, así como del Ombudsman, del Procurador de Derechos Humanos, a quien cabe, entre otras cosas, supervisar la ejecución, conocer de quejas en contra de actos y omisiones, formular recomendaciones, producir investigaciones y realizar informes sobre la situación de los internos.

Como dice Jorge Carpizo, Primer Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, si, por un lado, el tema del control del poder "adquiere hoy en día nuevos matices, porque algunos de los controles tradicionales se debilitan, ya no cumplen cabalmente con esa finalidad..."[40], por otro lado se reconoce que es aquí "donde aparece la figura del Ombudsman como un instrumento más, pero importante en el complejo mecanismo que tiende a controlar el poder en beneficio de la liberdad, la igualdad y la seguridad jurídica de las personas."[41] Y agrega: "democracia, Derechos Humanos y Ombudsman son conceptos que se implican entre sí. Uno se apoya mutuamente en el otro."[42]

Por todo esto, es fundamental que el Ombudsman, cuya existencia es validada por sus resultados manifiestamente positivos, actúe con absoluta independencia respecto a la administración que fiscaliza, puesto que está a servicio de los ciudadanos, a quienes debe rendir cuentas de su actividad.

En el "Seminario de Ejecución Penal: Experiencias desde la Perspectiva de los Derechos Humanos", realizado en Fortaleza, Brasil, en noviembre de 2001, fueron presentadas, en la clausura, innúmeras recomendaciones, entre ellas la

de crear la figura del Ombusman en los presidios, desvinculado de cualquier órgano gubernamental.

Me acuerdo – y con ello concluyo – que prevaleció entre los participantes del Seminario la certeza de que la ejecución de la pena es una tarea difícil, que exije ingenio, dedicación, transparencia y un esfuerzo conjunto, capaz de arrostrar problemas en gran parte predecibles, teniendo siempre en mente las palabras de Concepción Arenal: “Hay que seguir insistiendo.”[43]

Referencias Bibliográficas

1. BRINGAS, Alejandro H. y QUIÑONES, Luis F. Roldán. *Las Cárceles Mexicanas*: una Revisión de la Realidad Penitenciaria. México: Editorial Grijalbo, 1998, p. 17.

2. MANZANERA, Luis Rodríguez. *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*. México: Porrúa, 1998, p. 9.

3. _____ *Penología*. 2ª ed. México: Porrúa, 2000, p. 218.

4. GALINDO, Antonio Sánchez. *Narraciones Amuralladas*. México: Impresos Chávez, 2001, p. 53.

5. NEUMAN, Elías. *El Estado Penal y la Prisión-Muerte*. Buenos Aires. Ediciones Universidad, 2001, p. 24.

6. Idem, p. 152.

7. ROMERO, Cecilia Sánchez y VEJA, Mario Alberto Houed. *La Abolición del Sistema Pena*l: Perspectivas de Solución a la Violencia Institucionalizada. Costa Rica: Editec, 1992, p. 18.

8. GUILLERMÍN, Alejandro Flores. *Prólogo Apud* BRINGAS, Alejandro H.. y ROLDÁN, Luis F., p. 11.

9. CHAVERRI, Monia Granados *et al*.. *El Sistema Penitenciario*: Entre el Temor y la Esperanza. México: Orlando Cardenas Editor, 1991, p. 20.

10. TAVIRA, Juan Pablo de. *¿Por qué Almoloya? Análisis de un Proyecto Penitenciario*. México: Diana, 1995, p. 45.

11. FONSECA, José Fernández. *La Vida en los Reclusorios*: Espeluznantes Sucesos Ocurridos en las Cárceles de México. México: Edamex, 1992, p. 67.

12. ZAFFARONI, José Raúl. *Apud* BRINGAS, Alejandro H. y QUIÑONES, Luis F. Roldán. *Op. cit.*, p. 136.

13. GARCÍA, Julio Scherer. *Cárceles*. México: Editorial Extra Alfaguara, 1998, p. 11.

14. LINS E SILVA, Evandro. *Apud* BARROS LEAL, César. *Prisón*: Crepúsculo de una Era. México: Porrúa, 2000, p. 30.

15. RAMÍREZ, Sergio García. *Apud* TAVIRA, Juan Pablo de. *Op. cit.*, p. 60.

16. REZENDE, Iris. *Prisões e Penas Alternativas*. Palestra proferida no 1º Congresso sobre Execução da Pena, em Fortaleza, no dia 24 de setembro de 1997. Brasília, DF: Imprensa Nacional, 1997, p. 7.

17. NEUMAN, Elías. *Op. cit.*, p. 168.

18. Idem, p. 146.

19. PASQUEL, Alfonso Zambrano. *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal*. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 66.

20. BETTIOL, Giuseppe. O Problema Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 1967. *Apud* BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Novas Penas Alternativas. Análise Político-Criminal das Alterações da Lei n. 9.714/98*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 3.

21. CALÓN, Cuello. *Apud* BUJÁN, Javier Alejandro y FERRANDO, Víctor Hugo. *La Cárcel Mexicana. Una Perspectiva Crítica*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, pp. 97-98.

22. DÍAZ, Antonio Labastida y CASTILLEJA, Ruth Villanueva *et al*. *El Sistema Penitenciario Mexicano*. México: Instituto Mexicano de Prevención de Delito e Investigación Penitenciaria. 1996, p. 35.

23. BARROS LEAL, César. *Op. cit.*, pp. 54-55.

24. GALINDO, Antonio Sánchez. *Manual de Conocimientos Básicos para el Personal de Centros Penitenciarios*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1990, p. 33. *Apud* BRINGAS, Alejandro H.. y QUIÑONES, Luis F. Roldán. *Op. cit.*, p. 26.

25. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN LOS CENTROS DE RECLUSIÓN DEL PAÍS. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995, p. 5.

26. GUAZZELLI, Carlos Frederico. O Desafio da Assistência Jurídica aos Encarcerados. Texto Mimeografado. *Apud* BARROS LEAL, César. Direitos do Homem e Sistema Penitenciário (Enfoque da Realidade Brasileira). *In Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, organizada por Antonio

Augusto Cançado Trindade e César Oliveira de Barros Leal. Ano 2, n. 2, 2001, p. 76.

27. IRIGOYEN, Julieta González. La Civilización en la Sombra: História, Razón y Pensamiento Poético. Tijuana, México: Editorial Aretes y Pulseras, 1999, p. 79. *Apud* BARROS LEAL, César. Os Cárceres Mexicanos: uma Visão Panorâmica. *In Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciaria do Ministério da Justiça do Brasil*. Vol. 1, n. 14, julho/00 a dez./00, p. 73.

28. RAMÍREZ, Sergio García. *Manual de Prisiones (La Pena y la Prisión).* 4ª ed.. México: Porrúa, 1998, p. IX.

29. GALINDO, Antonio Sánchez. Control Social y Ejecución Penal en México (Pasado Inmediato y Perspectivas Futuras). *In Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça do Brasil*. Vol. 1, n. 14, julho/00 a dez./00, p. 45.

30. Op. cit., pp. 45-46.

31. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN LOS CENTROS DE RECLUSIÓN DEL PAÍS. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995, p. 10.

32. VIOLENCIA EN CENTROS PENITENCIARIOS DE LA REPÚBLICA MEXICANA: REPORTE DE INVESTIGACIÓN. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996, p. 20.

33. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA APLICACIÓN DE SANCIONES EN LOS CENTROS DE RECLUSIÓN PENITENCIARIA. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995, p. 15.

34. MARTÍN, Julián Carlos Ríos y CABRERA CABRERA, Pablo. La Cárcel: Descripción de la Realidad. *In Revista Mexicana de Prevención y Readaptaicón Social*, Nueva Época, n. 14, enero-abril, 1999. Secretaría de Gobernación, Dirección General de Prevención y Readaptación Social. México, DF, p. 101.

35. BARATTA, Alessandro. ¿Resocialización o Control Social? Por un Concepto Crítico de Reintegración Social del Condenado. In *Anexo 1 de La Supervisión de los Derechos Humanos en la Prisión*: *Guía y Documentos de Análisis*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997, p. 120.

36. NEUMÁN, Elías. Cárcel y Sumisión. *In Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministerio da Justiça do Brasil.* Vol. 1, n. 10, jul./dez. 1997. Brasília, DF.

37. THOMPSON, Augusto F. G. *A Questão Penitenciária*. Petrópolis: Vozes, 1976, p. 41.

38. MARTÍN, Julián Carlos Ríos y CABRERA CABRERA, Pablo. *Op. cit.*, p. 94.

39. SARRE, Miguel. El Respeto a los Derechos Humanos como Garantía de Orden en el Sistema Penitenciario Mexicano. *In Anexo 2 de La Supervisión de los Derechos Humanos en la Prisión*: *Guía y Documentos de Análisis*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, p. 137.

40. CARPIZO, Jorge. D*erechos Humanos y Ombudsman.* 2ª ed. México: Porrúa/Universidad Autónoma de México, 1998, p. 46.

41. Idem, p. 46.

42. Idem, p. 66.

43. ARENAL, Concepción. *Apud* GALINDO, Antonio Sánchez. *Narraciones Amuralladas*. México: Impresos Chávez, 2001, p. 78.

* Síntesis de tres ponencias impartidas por el autor en el taller “Sistema Penitenciario y Derechos Humanos”, organizado por el Poder Ejecutivo de Baja California, Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del

Estado de Baja California e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (de San José, Costa Rica), en Tijuana, México, en los días 10 y 11 de diciembre de 2001.

IV
DE L'EVOLUTION ET DE LA TERMINOLOGIE DES RAPPORTS ENTRE LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE (DIH) ET LE DROIT DES DROITS DE L'HOMME

CHRISTOPHE SWINARSKI

Consultant international en droits de l'homme et droit international humanitaire.

« …..we may further reasonably assume that the making of the distinction which the existence of given words implies must serve some purpose, however unfathomable, to whatever extent that purpose may be a mixed product of imagination and reason, of the less conscious and the more conscious processes of mind, of intentions and happy accident, of particular social circumstances and development »
(Ph. Allott « Eunomia : New Order for a New World », Oxford University Press, Oxford-New York, 1990, pp. 10 et 11).

I. Propos liminaires

1. La nature, le développement et le rôle dans la normative internationale contemporaine des rapports entre le droit international humanitaire (DIH) et le droit des droits de l'homme se trouvent aujourd'hui, de plus en plus, au centre de la problématique courante du droit international. Ce n'est pas seulement le fait de la doctrine, mais aussi celui d'instances normatives et de processus d'interprétation de ce droit. Ce fait correspond sans doute, en premier lieu et avant tout, aux besoins croissants de l'application de ces deux droits dans les réalités de la communauté internationale. Pour reprendre R.J. Dupuy « Le signe premier de cette évolution apparaît dans la disparition progressive de la distinction traditionnelle du droit humanitaire et des droits de l'homme…. »[1] « Droits de l'homme et droits de l'humanité sont alors en conjonction… »[2]

Cette conjonction s'énonce, pour ne pas dire s'organise, depuis déjà un certain temps, à l'aide des concepts, qui partaient du souci de lui assurer une cohésion, tout en aboutissant souvent à la rendre encore plus difficile à appréhender, tant il est vrai que leur emploi indiscriminé peut obscurcir davantage les rapports étudiés, au lieu de le rendre opératifs et plus facilement utilisables dans le cadre de nécessités de la protection par les systèmes en question.

En effet, tout un langage s'est institué autour de ces systèmes dont ces observations se proposent d'aborder quelques aspects, avec la conviction qu'au-delà de leurs simples connotations, les termes qu'on utilise constituent une sorte de sémantique juridique, capable d'influencer le cours que prend non seulement l'étude des rapports entre le DIH et les droits de l'homme, mais aussi, dans une large mesure, la perception même des effets de protection de ces deux systèmes normatifs.[3]

II. Phases du débat

2. Tout d'abord, il convient de rappeler que la coexistence entre le DIH et les droits de l'homme a traversé au moins trois étapes successives, qui ont considérablement conditionné la situation actuelle.

Au début, à savoir dans les années quarante et cinquante du siècle passé, le débat s'est établi principalement autour de l'interdépendance normative au sein du droit international de ces deux corps de normes ; le premier DIH profondément ancré dans le classique droit de la guerre, le second,

nouvellement apparu à partir des fondements de la Charte des Nations Unies.

Comme on le sait, trois thèses ont tenté d'expliquer les rapports normatifs à cet égard. La première, résolument séparatiste partait de la prémisse qu'il ne fallait surtout pas rechercher le dénominateur commun entre les règles originellement conçues pour réglementer la situation de conflits armés, et celles qui se proposaient de fonder un nouvel ordre international sur le respect de l'être humain en tant que la voûte d'un système de sécurité collective, tout en interdisant en principe le recours à l'usage de la force. Une telle antinomie devait à jamais exclure qu'on ait pu arriver à une confusion entre les règles devant désormais s'appliquer surtout à des circonstances exclues de la portée du nouveau droit international. On ne saurait ne pas remarquer que la thèse « *séparatiste* » impliquait que les cas d'exception au principe d'interdiction du recours à la force, à savoir la guerre contre l'agression, les mesures du chapitre VII de la Charte et, comme postérieurement admis, la guerre de libération nationale et les conflits assimilés, se seraient toujours conformés aux standards de droits de l'homme, rendant ainsi superflue l'intervention dans ces cas de la normative humanitaire, tout en moins à titre principal de protection. En d'autres termes, la thèse tenait compte surtout de la part de protection du DIH, c'est-à-dire le « droit de Genève », laissant en quelque sorte de côté la matière du « droit de la Haye ».

À l'opposé, la thèse « *intégrationniste* » voulait faire englober le classique droit humanitaire dans les nouveaux droits de l'homme, principalement sur la base de l'ordre chronologique de leurs apparitions respectives en droit international positif d'une part, et de l'autre, du critère que les deux systèmes partageaient la même finalité (*ultima ration legis*), celle de protéger internationalement l'être humain. Le droit humanitaire *sensu stricto* et le droit de l'homme auraient formé, pour les partisans de cette thèse, un ensemble normatif de droit humanitaire *sensu largo*. Il faut noter que cette thèse n'abordait pas du tout le problème de la différence fondamentale de la titularité de l'individu aux termes de deux systèmes ; dans le DIH celui-ci restait toujours seulement le destinataire de ses normes, lorsque, dans le second il en devenait en plus un véritable titulaire.

Finalement, c'est la troisième thèse qui a prévalu. Pour ses protagonistes les deux systèmes étaient appelés à devenir mutuellement complémentaires. Pour la thèse « *complémentariste* » il devait s'y établir, tant sous l'angle des champs d'application respectifs, que sur le plan des effets de la protection, une relation de mutuelle subsidiarité, et parfois de superposition, surtout quant aux effets de la protection. [4]

3. Le cadre organique du débat étant ainsi posé, la deuxième étape a été surtout marquée par la nouvelle dynamique normative de deux droits, dont les points culminants respectifs ont été, pour le DIH, l'élaboration et l'adoption, en 1977, de deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève de 1949, et, pour les droits de l'homme, les travaux visant à l'adoption de deux Pactes universels des droits de l'homme, en 1966.

À cette étape, la discussion a pris un autre tournant, où non seulement les rapports entre les deux corps normatifs en tant que tels, mais l'interpénétration entre leurs normes précises est devenue son sujet principal.

À l'étape précédente, en dépit de plusieurs affirmations pour le contraire, il n'existe de traces, ni au niveau des travaux préparatoires, ni sur le plan herméneutique, d'influences directes entre l'élaboration de la Déclaration Universelle de Droits de l'Homme (adoptée le 10 décembre 1948) et les Conventions de Genève (du 12 août 1949). On se refére dans la littérature en termes généraux, à l'impact de la Deuxième Guerre Mondiale et au « choc de Nuremberg » pour affirmer au moins une filiation commune de ces instruments.[5] Pourtant, un examen des textes ne la confirment guère. Tout au long du débat sur la Charte, les références au DIH ont été absentes, mais, ce qui est encore plus surprenant, les références aux travaux sur la Déclaration n'ont été point plus présentes lors de l'élaboration des Conventions de Genève, même sur le fameux article 3 commun, visant pour la première fois les conflits non-internationaux et contenant essentiellement les garanties de droits de l'homme. Une récente analyse approfondie des concepts invoqués lors de l'élaboration de la Déclaration,[6] tout autant que le commentaire principal des Conventions[7] le démontrent. Ainsi, peut-on parler d'inspiration commune, bien plus que d'une interaction normative à cette première étape.

En revanche, cette dernière est tout à fait évidente à la deuxième étape.

La Conférence de Téhéran, où, tout d'abord, une résolution sur le « Respect and Enforcement of Human Rights in the Occupied Territories » appelait à l'application conjointe des droits de l'homme et du

DIH et, après, la résolution XXIII sur le « Respect du droit de l'homme en période de conflit armé » ont été adoptées. Cette dernière a été suivie, déjà en 1968 par la fameuse résolution 2444 / XXIII de l'Assemblée Générale de l'ONU, par laquelle, le Secrétaire Générale a été chargé de « étudier les mesures qui pourraient être prises pour assurer une meilleure application des conventions et des règles de caractère humanitaire existant lors de tout conflit armé », ainsi que « la nécessité d'élaborer de nouvelles conventions internationales de caractère humanitaire…… »[8]

La notion de « droits de l'homme applicables dans les conflits armés » venait de naître, en articulant, une fois pour toutes, le lien, désormais incontournable, entre des situations d'applicabilité du DIH et des droits de l'homme.

En DIH ce même lien a été entériné par le Protocole additionnel de 1977. On y a, avant tout, reconnu *expressis verbis* que les garanties fondamentales de la personne humaine en DIH, s'inspirait des celles d'instruments de droits de l'homme, en ce qui concerne les conflits internationaux, et l'on y a puisé, jusqu'à leur substance dans ce même domaine en ce qui est des conflits non-internationaux.

4. La prolifération des régimes spécifiques de protection internationale de la personne humaine, fondés sur les instruments particuliers à vocation universelle ou régionale, a, plus encore, rendu complexe les rapports entre le DIH et les droits de l'homme, comme ces derniers venaient de s'enrichir des nouvelles normes et procédures adoptées sur la base d'autres traités pas nécessairement appartenant au cadre du *corpus iuris* de droits de l'homme, proprement dit. Plusieurs d'entre eux avaient pourtant des incidences directes ou indirectes sur l'application et la mise en œuvre des dispositions du DIH. La complexité des rapports entre les normes, provenant des différents systèmes et applicables par de différents organes devenait parfois inextricable, autant pour les décideurs internationaux, que, pour les destinataires de ces normes, ces derniers ne sachant pas trop lesquelles d'entre elles correspondaient de manière la plus adéquate à leurs besoins de protection.

Il devenait de plus en plus important de compléter la classification existante de ces normes en droit international, basée surtout sur un critère « systémique », à savoir la provenance de la norme d'instruments composant une branche matérielle du droit international (droit humanitaire, droits de l'homme, droit du travail etc.), ou encore sur un critère « organique », c'est-à-dire celui de l'organe principal chargé de l'appliquer ou/et d'en contrôler l'observance (organes de l'ONU, organes de la Convention Européenne, Américaine ou Africaine, CICR etc.) par une classification « situationelle », qui s'attacherait davantage aux circonstances de la protection, et encore plus aux effets que les différents systèmes normatifs étaient aptes à produire pour les concernés.

Une telle classification des systèmes existants de la protection par le droit international de la personne humaine peut se concevoir comme suit :

La première catégorie contiendrait des règles de protection à la disposition de tout individu en tant que membre de l'Humanité (« Mankind »). Pour pouvoir s'en réclamer, il suffit d'en être membre (actuel ou virtuel) ;

La deuxième catégorie de ces règles s'appliquerait à l'individu en fonction de sa qualité objective (a savoir indépendante de sa volonté) dans la société humaine, telles, par exemple, les règles protégeant spécifiquement la femme, l'enfant, l'handicapé etc.

Le troisième groupe des règles entendrait pourvoir à la protection de l'individu selon sa fonction dans la société humaine (fonction susceptible de changer). Dans cette catégorie, l'on trouverait, par exemple, les normes internationales sur le travail ou les règles internationales médicales.

Finalement, la quatrième catégorie se composerait des règles applicables à l'individu, qui, de *iure* ou de *facto* perdrait la pleine protection du droit interne, se trouvant ainsi dans le besoin des règles internationales. Il s'agit des situations d'urgence, voire d'exception, par rapport à des situations ordinaires. Le DIH et le droit des réfugiés en constitueraient des exemples.

Il va de soi, qu'une telle catégorisation n'est pas exhaustive. Un être humain peut, au même moment, avoir besoin de protection à plus d'une de ces catégories.

Cependant, d'autres catégorisations existantes n'étant, elles non plus, exhaustives, celle-ci permettrait de mieux cerner les situations, dans lesquelles plusieurs normes peuvent simultanément produire des effets de protection, sans qu'il soit d'emblée nécessaire d'aborder la question de « convergences » entre plusieurs systèmes normatifs

distincts.[9]

Or, pour la question qui nous intéresse à savoir les rapports entre le DIH et les droits de l'homme, «….. indépendamment de l'influence que les normes d'un certain ordre juridique peuvent exercer sur celles d'un autre, il y a des cas, dans lesquels une norme présentant des potentialités plus larges est elle même entendue et incorporée dans un ordre différent, et même supérieur. Une telle situation et loin d'être simple. En effet, l'extension – on peut dire la transplantation – d'une norme dans un ordre juridique différent peut entraîner une modification plus ou moins importante de son contenu dans un nouveau milieu juridique, du fait de son adaptation et de son interprétation dans un ordre différent ».[10]

C'est précisément cette difficulté que rencontrent souvent les normes des deux droits en question, et c'est bien celle-ci que la catégorisation « situationnelle » permettrait d'éviter.

5. La troisième phase du débat sur les rapports entre le DIH et les droits de l'homme qui commence pendant les années quatre-vingt, se prolonge jusqu'à nos jours. Il y va surtout de leur applicabilité, ou, plus précisément, de leur adéquation à l'applicabilité dans des situations qui puissent relever à la fois de ces deux droits.

Les problèmes sémantiques qui marquent ce débat apparaissent, pour la grande majorité d'entre eux, à cette même étape.

Il s'agirait tout d'abord des situations qui échappaient formellement aux champs d'application respectifs des deux droits, c'est-à-dire des circonstances, où le droit humanitaire ne pouvant pas encore s'appliquer les droits de l'homme, n'assurait plus convenablement la protection de l'individu.

Ces « zones grises » ont premièrement amené le débat vers la recherche d'un minimum commun entre les deux droits, sous forme d'un catalogue des normes devant s'appliquer en toute situation, indépendamment de la qualification juridique que l'un ou l'autre de ces droits pouvait en donner, c'est-à-dire en l'absence d'une définition de la portée formelle de ses normes.[11] Parmi plusieurs tentatives de soumettre un tel catalogue à l'acceptation de la communauté internationale la plus connue est celle de la Déclaration de Turku /Abo, laquelle met en relief le fait « que le droit international du point de vue des normes humanitaires et des normes relatives aux droits de l'homme applicables dans les conflits armés, ne protége pas suffisamment les êtres humains dans les périodes de violence interne, de troubles, de tensions et de crise ».[12]

Devant la fin-de-non-recevoir des Etats d'un nouvel instrument normatif de ce genre, le débat s'est transféré dans le cadre général des préparatifs de la Conférence de Vienne sur le droits de l'homme d'une part et de l'autre, dans celui, qui après avoir produit la création des tribunaux ad hoc pour l'ex-Yougoslavie (1993) et pour le Ruanda (1994), a abouti à l'adoption du Statut de Rome, en 1998.

L'état de ce débat à la IIième Conférence de Vienne se reflète, sur la base d'une documentation préparée par le CICR, dans son document final, la « Déclaration et le Programme d'Action », sous trois paragraphes ; qui expriment respectivement les préoccupations devant l'intensification des violations des droits de l'homme dans les conflits armés, invitant les parties aux conflits à mieux y assurer le respect du DIH ; exhortent les Etats à ratifier les instruments humanitaires et les encourage, tout comme l'ONU même, à prendre des mesures nécessaires pour parachever leur mise en œuvre, invitant les Nations Unies, dans leur œuvre de promouvoir les droits de l'homme, à assurer le plein respect du DIH dans toutes les situations de conflits armés, conformément aux objectifs et aux principes de la Charte.[13]

Autant l'association expresse du Nations Unies à la promotion et la mise en œuvre du DIH, en tant que l'un des aspects de son action en matière de droits de l'homme est significative, l'inclusion « paritaire » des normes des droits de l'homme et du DIH dans les compétences des tribunaux ad hoc l'est encore plus, puisqu'elle consacre leur application dans les mêmes situations, sans distinctions hiérarchiques et différences d'origine ; les deux tribunaux devenant ainsi les organes de sanction de deux droits.

Le Tribunal Pénal International, au moment de sa constitution, va devenir à son tour un organe permanent de la communauté internationale, habilité sans aucune distinction de même genre, à sanctionner l'inobservance du DIH et des droits de l'homme, selon les dispositions du Statut de Rome.

Les conséquences de cette « rencontre » entre les deux droits sur le plan normatif (les mêmes instruments), de la mise en œuvre (le même appareil de sanctions) et sur le plan herméneutique (le même pouvoir d'interprétation et la même jurisprudence) inaugureront sans doute la quatrième étape non

seulement du débat, mais des rapports de substance entre les deux droits.[14]

III. Terminologie du débat

6. La « vie commune » du DIH et des droits de l'homme en droit international a été, de point de vue terminologique, orchestrée par une série de mots-clés qui en marquaient l'évolution.

Les deux premières étapes de cette évolution correspondent surtout aux termes : « interdépendance » « coexistence » et «coordination ».

Ces termes se réfèrent, en l'occurrence, aux rapports entre les deux corps de règles, en tant qu'ensembles autonomes, et connotent, sur le plan global, la relation entre eux dans le droit international tout entier.

A la deuxième étape, trois nouveaux termes sont venus s'y ajouter, à savoir ceux de « complémentarité », de « concurrence des champs d'application » et de « convergence ». Ces mots s'adressent déjà plus directement aux relations entre les effets des deux systèmes, plutôt qu'à des rapports globaux entre eux.

Finalement, la troisième étape a vu apparaître encore trois termes de ce lexique, notamment ceux de « confluence », de « transplantation » et de « interpollinisation » (cross-pollination). Ce sont des termes visant à saisir les relations fonctionnelles entre les deux systèmes, la substance, sinon la réalité des telles relations étant préalablement admise et reconnue.

Leur signification et la fonction qu'ils puissent avoir eues, et continuer à avoir, dans l'articulation du discours sur le DIH et les droits de l'homme, apportent un éclairage fort intéressant au propos de cette étude.

7. Ainsi, la relation qualifiée « d'interdépendance » entre les deux droits était sans doute la plus ancienne dans le lexique de ces rapports. Les trois thèses mentionnées au début de ce travail ne représentent en effet que des réponses à la question de savoir : de quelle manière le DIH dépend-elle des droits de l'Homme et vice-versa. Dans la mesure, dans laquelle les deux normatives devaient se rencontrer à l'intérieur du droit international en vigueur, il devait y avoir entre elles un rapport d'interdépendance ce genre. La question la plus importante que soulève ce terme est celle de savoir s'il portait aussi sur une relation hiérarchique éventuelle entre les normes de deux systèmes. La thèse « intégrationniste » avec sa distinction entre le droit humanitaire *sensu stricto* et *sensu largo* laissait entrevoir une possibilité de la subordination hiérarchique des tous les deux corps normatifs à un ordre supérieur, le rapide abandon de cette thèse par ces protagonistes ne permettant pas toutefois d'émettre d'hypothèse sur le contenu spécifique de cet ordre. Le seul indice dans ce sens aurait pu provenir de l'aspect chronologique de la thèse; en toute logique, les règles du droit humanitaire classique y auraient eu la primauté sur celles de droits de l'homme, du fait de leur antériorité (par la force de principe « *lex posterior derogat priori* »). Encore d'autres indices sur la nature de cette interdépendance pourraient se trouver dans les opinions qui mettaient en doute l'existence d'une véritable différence de portée juridique entre le DIH et les droits de l'homme[15], ou dans celles qui annonçaient la disparition du droit humanitaire, si ce dernier devait se confondre avec les droits de l'homme.[16]

Autrement dit, « l'interdépendance » s'adressait au fait que les deux corps de règles se trouvaient a l'intérieur de la normative générale de droit international, fait qui d'ailleurs eût été seulement admis, pour le DIH, peu de temps avant la Deuxième Guerre Mondiale.[17]

8. En ce qui est de la « coexistence », ce terme à été tout particulièrement étudié sous l'angle des mécanismes de protection dans le langage de droits de l'homme eux-mêmes. En particulier, A.A. Cançado Trindade a organisé tout son exposé sur les droits de l'homme sur cet axe, qui lui a permis d'analyser l'état de ce droit à l'époque, avec un autre, celui de la coordination – outil dont il s'est servi pour en décortiquer la dynamique.[18] Le même terme semble équivalent à celui de la « connexion intime et nécessaire » qu'un autre éminent juriste latino-américain a assorti, à la même époque, à la relation entre les deux droits, le faisant étendre à une relation de complémentarité entre eux.[19]

Dans la poursuite de cette réflexion, Cançado Trindade, dans ses nombreux travaux sur la question, a proposé la figure de la protection de la personne humaine par les règles internationales à trois versants: droits de l'homme, droit international humanitaire et droit des réfugiés.[20] L'avantage de la figure consiste indubitablement en construire un « topos » conceptuel, dans lequel les trois droits tendent vers le même sommet, où la protection atteint

sa plénitude. Son relatif désavantage serait, qu'il ne s'adresse pas suffisamment aux rapports de complémentarité entre les normes spécifiques de trois systèmes, question que, par ailleurs, le même auteur a beaucoup étudiée et substantiellement enrichie.

Une autre formule de la coexistence est sus-jacente au langage utilisé dans l'un des premiers travaux sur ce sujet dont l'auteur parle d'un « rapprochement » – terme qui, tout en affirmant l'existence d'une distance entre les deux droits, leur attribue une dynamique de mouvement de l'un vers l'autre, sans toutefois prétendre encore à la coordination entre les deux.[21] Cette dernière, dans la même situation de coexistence, est déjà souhaitée, ou tout au moins souhaitable, pour un autre auteur qui la proposait au conditionnel, en disant : « if two sets of rules established by two separate branches of international law apply to the same situation….it is obviously necessary to compare and, if possible, co-ordinate them. »[22]

9. Par la « complémentarité » des deux systèmes normatifs l'on peut entendre deux situation sensiblement différentes. Dans la première, le système tout entier, soit celui des droits de l'homme, soit celui du DIH, peut être considéré complémentaire de l'autre, dans les circonstances, où la protection par l'un d'entre eux s'avère insuffisante.

Pour le DIH de telles circonstances interviennent lorsque la situation de violence armée n'atteint pas encore le seuil d'applicabilité établi par l'art. 3 commun des Conventions de 1949 et, à un niveau plus élevé, par l'article premier des Protocole II de 1977. Dans ces situations, lesquelles correspondent aux fameuses « zones grises », les droits de l'homme , de portée régionale ou universelle, restés en vigueur peuvent suppléer la carence des normes humanitaires applicables. Même dans les situations, où une partie de la protection humanitaire peut s'effectuer aux moyens de procédés qui l'étendent au-delà de l'application formelle des instruments du DIH – il faut y mentionner surtout l'acceptation de l'offre des services du CICR – le complément de la protection des droits de l'homme est nécessaire. En effet, « …..les troubles intérieures et les tensions internes ne sont pas, à ce jour inclus dans le champ d'application du droit international humanitaire ; le CICR y a développé des activités *ad hoc*. Cela ne signifie pas, pour autant, qu'il n'existe pas de protection juridique internationale applicable ce type de situation, couvertes par les instruments universels et régionaux des droits de l'homme ».[23]

Un autre sens de la complémentarité est celui pour lequel une norme provenant d'un système exige, qu'on étende les effets de la protection au-delà de ce que stipule la règle de l'autre, toutes les deux étant applicables à la même situation : ainsi, par exemple, parmi les garanties judiciaires de l'art. 14 du Pacte des droits civils et politiques figure, au paragraphe 6, de droit à la compensation pour une condamnation abusive, que les garanties de l'art. 75 du Protocole I ne contiennent pas. Une personne au bénéfice de deux dispositions peut, par conséquent, obtenir davantage de protection à titre de la disposition des droits de l'homme qu'à titre de celle du DIH.[24] Les deux dispositions se trouvent ainsi dans une relation de complémentarité du point de vue des leurs effets pour la personne protégée.

10. Une figure d'espèce de la complémentarité est celle de la « concurrence des champs d'application ». Il s'agit des situations où les deux systèmes déploient, en même temps et en même circonstances, des effets juridiques, contenant les normes de portée identique et ou hautement analogue.

L'exemple typique d'une telle concurrence est la situation des droits irréfragables (« noyau dur ») des instruments de droits de l'homme, qui continuent de s'appliquer après la suspension d'autres droits provenant de ces instruments, aux conditions prévues (art 4 ; art. 15 et art. 27 respectivement, du Pacte de droits civils et politiques, de la Convention Européenne et de la Convention Interaméricaine) ; « les droits de l'homme et le droit humanitaire qui sont des systèmes juridiques distincts et leurs mécanismes propres s'appliquent de manière concurrente… »[25]

Certes, la figure de la « concurrence » peut, pour une norme précise, aboutir aux mêmes résultats que celle de la « complémentarité ». Cependant, elle oblige à l'examen préalable, en vue de son applicabilité à une situation donnée, de l'ensemble des règles entrant dans le champ commun dans de l'un et/ou l'autre droit, avant de pouvoir prendre en considération des rapports concrets entre cette norme et des normes éventuellement applicables, pour en évaluer les effets de protection pour les concernés.

11. Le troisième terme largement utilisé depuis la période, où la dynamique commune de DIH et des droits de l'homme venait d'être admise, est celui de la « convergence » entre ces deux systèmes.

Ce terme semble, lui aussi, avoir un double sens. D'une part l'on entend par la convergence tout simplement le fait que les deux normatives ont des

finalités communes, celles de protéger l'être humain. Dans ce sens, la convergence prend plutôt pour le point de départ la différence d'actes constitutifs, d'organes et des procédures respectifs, n'écartant pas toutefois les effets complémentaires et la concurrence des champs d'application des deux droits. [26]La figure de « trois versants » peut dès lors être considéré comme celle d'une convergence.

L'autre lecture du terme concernerait plutôt le processus de la dynamique des deux droits, mettant l'accent sur leur aptitude, en dépit de toutes les différences susmentionnées, à trouver un grandissant domaine d'application en commun, où l'on relève comme différence principale celle de leurs vocations respectives; le DIH étant plus tourné vers les objectifs de protection des victimes tandis que les droits de l'homme se trouvant concernés plutôt par les violations.[27]

Dans toutes les deux lectures, la convergence semble plutôt exclure tout au moins en l'état actuel du droit, la fusion des deux normatives dans un système unique de protection de la personne de droit international.

12. En revanche, cette éventualité ne paraît pas exclue pour ceux qui parlent de la « confluence » de deux systèmes. Les premières acceptions de ce terme semblent partir des arguments de la thèse intégrationniste, qui insistant sur les traits communs entre les deux droits sous l'angle de leurs finalités communes, plutôt que de s'attacher aux différences entre eux, déjà dans les années quatre-vingt (cf. infra notes 15 et 16)

Envisagée comme un postulat de la doctrine, la confluence atteint actuellement le niveau normatif. Le Statut du Tribunal pour l'ex-Yugoslavie, arrêté dans la résolution S/Res/827/1993, par le Conseil de Sécurité, et, l'année suivante, le Statut du Tribunal pour le Ruanda, de la résolution S/Res/955/1994, mentionnent uniquement dans la définition générale de la compétence de ces juridictions le droit international humanitaire. Or, dans les deux cas, leurs champs de compétence se trouvent élargis par l'inclusion des droits de l'homme (art. 5 et art. 3 respectivement). Dans les deux cas, l'extension de la notion des crimes de guerre dans les situations de conflit non international se trouve à la clé de la démarche. La jurisprudence de ces tribunaux a non seulement confirmé, mais considérablement approfondi cette confluence.[28]

La même confluence a été réaffirmée, d'une manière amplifiée, par le traité de Rome du 17 juillet 1998 portant le statut de la future Cour Pénale Internationale dont la définition des compétences relève résolument des deux droits (art. 7 et 8).

13. Le terme de « transplantation » vise une situation où une norme élaborée dans un système est transférée, fréquemment telle quelle, dans un autre, dans lequel elle acquiert un nouveau titre de sa validité.[29]

Le cas évident d'une telle « transplantation » est offert par le Titre II (art. 4-6) du Protocole II de 1977, dans lequel les garanties fondamentales de traitement humain « ……constituent le niveau minimal de protection auquel tout individu peut prétendre en tout temps et sont à la base des droits de l'homme. Comme le Protocole a son propre champ d'application, il était important qu'elles y figurent, adaptées et complétées en fonction des circonstances aux quelles il est destiné. Le présent titre contient pratiquement tous les droits irréfragables du Pacte ».[30]

14. Enfin, le terme « inter-pollinisation » (« cross-pollination ») trouve avant tout sa place dans le cadre d'application de deux droits. Il y va d'éclaircir, de définir la portée et, généralement, d'interpréter un concept ou un procédé d'un droit à l'aide de l'autre.

Un tel transfert du « pollen » normatif peut résulter en des solutions nouvelles communes aux deux, ou bien avoir, cours seulement pour l'un d'entre eux ; « By providing some guidance as to the possiblilities and limits of cross-pollination between the two legal sytems, the analysis informs their possible convergence and, ultimately, contributes to a deeper understanding of human rights and humanitarian law ».[31]

À titre d'exemple, l'actualité herméneutique du procédé « d'interpollinisation » a été récemment affirmée dans un cas devant la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme.[32] Son rôle est naturellement voué à grandir, vers une véritable pratique commune d'interprétation, dans le cadre des jurisprudences de toutes les juridictions, existantes et futures, qui seront appelées à traiter les cas relevant des deux droits. La cohérence de cette jurisprudence est indispensable et constitue d'ores et déjà un nouveau « topos » de confluences entre le droit humanitaire et les droits de l'homme.

IV. Observations finales

15. Ce bref examen des attitudes à l'égard des rapports entre les droits de l'homme et le droit humanitaire peut aboutir, plutôt à des observations qu'à des conclusions :

Il démontre que le parcours du débat sur la question a été loin d'être linéaire. Bien au contraire, ses méandres prouvent combien la question de la situation de l'individu rencontrait des difficultés conceptuelles, dues en grande partie – faut-il le rappeler- aux réticences de reconnaître à l'individu son statut en droit international, c'est-à-dire aux obstacles générés en dernier ressort par l'attachement, toujours vigoureux, à la conviction que la maîtrise ultime en demeure réservée aux seuls Etats souverains ;

La dynamique des droits de l'homme a sans conteste conditionné, bien plus que celle du droit humanitaire, le déroulement et le rythme de ce débat.

Mais, les défis, devant ce dernier, pour faire face aux nombreux besoins de la communauté internationale, en s'adaptant à des nouvelles « conditions humaines », ont aussi façonné son déroulement d'une manière décisive, et les réponses que le DIH a su rechercher, sinon définitivement trouver dans ce cadre, ont confirmé la part indispensable qu'il continue d'avoir dans la pratique internationale. La dichotomie de ces droits n'a pas disparu, mais elle s'oriente progressivement vers l'acceptation juridique d'un régime international uniforme de protection de l'individu qui modifie tout le droit international, l'orientant dans le sens d'un droit du genre humain, au lieu de celui de la communauté d'Etats souverains.

Les principaux termes qu'a employé ce débat, y ont eu et continuent d'avoir, au-delà de leur rôle sémantique, celui de porteur de messages de fond, tendant aussi à une sémiotique juridique de paradigme pour tous les deux droits ; tant en ce qui est de leur substance même, qu'en ce qui concerne les modes de leur transformation et de leur avenir.

Par conséquent, ce débat confirme l'espoir que « en este umbral del siglo XXI, tenemos el privilegio de testimoniar e impulsar el proceso de humanización del derecho internacional, que pasa a ocuparse mas directamente de la identificación y realización de valores y metas comunes superiores. El reconocimiento de la centralidad de los derechos humanos corresponde a nuevo ethos de nuestros tiempos »[33]

Notes

1 **R.J. Dupuy**, « L'Action Humanitaire » dans A.J.M. Delissen, G.J. Tanja (eds), « Humanitarian Law of Armed Conflict : Challenges Ahead ; Essays in Honour of Frits Kalshoven », M. Nijhoff, Dordrecht – Boston – Lancaster, 1991, p.71.

2 ibidem, p. 77.

3 Les travaux suivant ont orienté l'ensemble de ces réflexions :

- **A.A. Cançado Trindade** : « Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos », Sergio Antonio Porto Alegre: Fabris Editor, 1997 (notament le chapitre VII, pp. 270-346).

A.A. Cançado Trindade; Gérard Peytringet, J. Ruiz de Santiago « As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana », CICR, 1993 ; **Frits Kalshoven, Liesbeth Zegveld** « Constraints on the Waging of War », ICRC, Geneva, 2001, (notament le chapitre VI, pp. 185-203).

- Ces réflexions sont particulièrement redevables à l'œuvre de **René Provost** : « International Human Rights and Humanitarian Law, Fusion or Confusion », McGill University, 1999.
- Pour la retrospective, les travaux de **L. Doswald – Beck, S. Vité** : « International Humanitarian Law and Human Rights Law » dans la « International Revue of the Red Cross » (IRRC), n. 293, March-April 1993, pp. 94-119 ; **D. Weissbrodt, P.L. Hicks** : « Implementation of Human Rights and Humanitarian Law in Situation of Armed Conflict », ibidem, pp. 120-138 ; **R. Kolb** : « Relations entre le Droit International Humanitaire et les Droits de l'Homme » dans la Revue Internationale de la Croix-Rouge (RICR), septembre 1998, n. 831, pp 437-447.
- Les monographies et les publications de base sur le sujet : **A. Calogeropoulos – Stratis** : « Droit Humanitaire et Droits de l'Homme » : la Protection de la Personne en Période de Conflit Armé », IUHEI-Sijthoff, Leiden, 1980 ; **M. El-Kouhène** « Les Garanties Fondamentales de la Personne en Droit Humanitaire et Droits de l'Homme », Nijhoff, Dordrecht – Boston – Lancaster, 1985 ; **M. Sassòli** : « Mise en Ouvre du Droit International Humanitaire et du Droit International des Droits de l'Homme » dans l' « Annuaire Suisse de droit international », vol. XCIII, 1987, p. 61 ss.

Th. Meron : « Human Rights in Time of Peace and in Time of Armed Strife », dans Th. Buergenthal (éd.) « Contemporary Issues in International Law : Essays in Honour of L. B. Sohn » Engel, Arlington, 1984, pp. 1-21 ; **A. Eide** : « The Laws of War and Human Rights – Differences and Convergences » ;

H. Gros Espiell : « Derechos Humanos, Derecho Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados » ; **H. Reimann** : « Menschenrechtstandard in bewaffneten Konflikten » ; **A. H. Robertson** : « Humanitarian Law and Human Rights », dans Ch. Swinarski (éd.) « Etudes et Essais sur le Droit International Humanitaire et sur les Principes de la Croix-Rouge en l'Honneur de Jean Pictet », CICR – Nijhoff, Genève – La Haye, 1984 (respectivement pp. 675-699, 699-713, 771-783 et 793-803.

- Enfin, ces remarques s'inscrivent dans la poursuite de la réflexion propre de l'auteur :

cf. *inter alia* **Ch. Swinarski** : « Direito Internacional Humanitario », Nucleo de Estudos da Violência de Universidade de Sao Paulo – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, pp. 87-95 ; «A Norma e a Guerra », Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991, pp. 83-94 ; «On Relations of International Humanitarian Law and International Law of Human Rights» dans « Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional » ano XLV – XLVI, Décembre – Mai 1993, n. 84 / 86 pp. 179-195 et « Common Prospects and Challenges for International Humanitarian Law and the Law of Human Rights », dans « El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI », San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 465-481.

4. cf. **Ch. Swinarski** : « Direito Internacional Humanitario ». *Op. cit.*, pp. 88-89, le même ; « A Norma e a Guerra ». Op. cit, 86-87, le même ; « On Relations Between IHL and Human Rights ».. Op.cit., pp. 181-182.

5. cf. **R. Provost** : « International Human Rights and Humanitarian Law…. ». *Op. cit.*, p. 2.

6. cf. **F. Quintana** : « La ONU y la Exegésis de los Derechos Humanos », Porto Algre: Sergio

Antonio Folbris Editor / UNIGRANRIO, 1999, pp. 68-107.

7. cf. **Jean S. Pictet** (éd.) : « Commentaire de la IVième Convention de Genève Relative à la Protection des Personnes Civiles en Temps de Guerre », CICR, Genève, 1956, pp. 30-50.

8. Selon **D. Schindler, J. Toman** : « Droit des Conflits Armés », CICR – Institut Henry-Dunant, Genève, 1996, p. 322, cf. aussi **R. Provost** : « International Human Rights…. ». *Op. cit.*, pp. 3-4.

9. cf. **Ch. Swinarski** : « Common Prospects and Challenges…. ». *Op. cit.*, pp. 466-467.

10. **N. Valticos** : « Pluralité des Ordres Juridiques Internationaux et Unité du Droit International », dans J. Makarczyk (ed.), « Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century ; essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski » Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 1996, p. 319.

11. cf. *inter alia*, **Th. Meron** : « Human Rights in Internal Strife : The International Protection », Grotius Society, 1987.

12. Cité selon **D. Schindler, J. Toman** : « Droits des Conflits Armés ». *Op. cit.*, p. 1265.

13. cf. **A.A. Cançado Trindade** : « Tratado dos Direitos Humanos ». *Op. cit.*, pp. 302-313.

14. cf. ibidem, pp. 275-302.

15. cf. cf., par exemple, **R. Quentin-Baxter** : « Human Rights and Humanitarian Law », dans « Australian Yearbook of International Law », 1985, pp. 94-96.

16. cf. par exemple, **H. Meyrowitz** : « Le Droit de la Guerre et les Droits de l' » dans « Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger », 1959, pp. 1061-1062 ; cf. aussi **A. Migliazza** : « L'Évolution de la Réglementation de la Guerre à la Lumière de la Sauvegarde des Droits de l'Homme », dans « RCADI », 132, 1972, vol. III, pp. 142 ss.

17. **A. H. Robertson** : « Humanitarian Law and Human Rights ». *Op. cit.*, p. 794, dit « ….Down to the time of the second world war, humanitarian law was accepted as an autonomous branch of international law… »

18. 6cf. **A. A. Cançado Trindade** : « Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights, (at Global and Regional Level) », Collected Courses, AIL, vol. 202, (1987-II).

19. cf. **H. Gros Espiell** : « Derechos humanos…. ». *Op. cit.*, pp. 707-711.

20. cf. **A. A. Cançado Trindade** : « Tratado dos Direitos… ». *Op. cit.*, pp. 275-284, et aussi, **A. A. Cançado Trindade**, **G. Peytringet**, **J. Ruiz de Santiago**, « Três Vertentes….. ». *Op. cit.*

21. cf**. A. S. Calogeropoulos – Stratis** : « Droit Humanitaire et Droits de l' ». *Op. cit.*, pp. 232-235.

22. **A. H. Robertson** : « Humanitarian Law and Human Rights ». *Op. cit.*, p. 795.

23. **S.-S. Junod** : « Commentaire de l'article premier du Protocole II » dans Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (éds.) dans « Commentaire des Protocoles additionnels », CICR – Nijhoff, Genève, 1986, par. 1479, cf. aussi : J. de Maio (éd.) : « The Challenges of Complementarity » ; Report on the Fourth Workshop for Human Rights and Humanitarian Organizations, ICRC, Geneva, 2000.

24. cf. **N. Jayawickrama** : « The Right to Fair Trial Under the International Covenant on Civil and Political Rights » et. **Ch. Swinarski** : « On the Right to Fair Trial Under International Humanitarian Law », dans Byrnes (éd.) « The Right to Fair Trial in International and Comparative Perspective », University of Hong-Kong, 1997, respectivement pp. 37-58 et 26-37.

25. **S. Junod** : « Commentaire du Titre II du Protocole II », dans Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (éds.) « Commentaire… ». *Op. cit.*, par. 4513.

26. **A.A. Cançado Trindade** utilise, en portugais, le terme « aproximação » cf. «Tratado dos Direitos Humanos». *Op. cit.*, pp. 275-284.

27. cf. **M. Sassòli** : « Mise en Ouvre du DIH et des Droits de l'Homme ». *Op. cit.*, p. 61.

28. cf., *inter alia*, **I. Bantekas** : « Principles of Individual Responsability for Violations in International Humanitarian Law after ICTY »,

Liverpool University, en offset, 1999, qui en offre l'analyse le plus complet.

29. cf. infra, la note 10.

30. **S.-S. Junod** : « Commentaire du Titre II… » dans Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (éds.), « Commentaire…. ». *Op. cit.*, par. 4510 et 4511.

31. **R. Provost** : « International Human Rights and Humanitarian Law ». *Op. cit.*, p. 11.

32. cf. Cas « Las Palmeras, excepciones preliminares, sentencia del 4 de Febrero 2000, serie C. N° 66 et spécialement le vote raisonné du Président Cançado Trindade.

33. **A. A. Cançado Trindade** : « Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal », dans A. A. Cançado Trindade, J. Ruiz de Santiago, « La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI », ACNUR, San José de Costa Rica, p. 77.

V

DERECHOS HUMANOS Y POLÍTICAS FRENTE A LA MUNDIALIZACIÓN DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS Y DEL EXILIO

CRISTINA ZELEDÓN M.

Politóloga costarricense; Encargada, desde 1988, del Programa de Poblaciones Migrantes y Afectadas por la Violencia del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Coordina desde 1992 la Secretaría Técnica de la Consulta Permanente sobre Desplazamiento Interno en las Américas-CPDIA, instancia interagencial que desarrolla tareas de asistencia técnica, misiones in situ, información, capacitación y coordinación de organizaciones vinculadas a la temática; ha escrito numerosas ponencias sobre migraciones y derechos humanos; en setiembre del año en curso fue elegida miembro, por un periodo de siete años, de la Comisión de Iglesias sobre Asuntos Internacionales del Consejo Mundial de Iglesias, con sede en Ginebra, Suiza.

I. Introducción

En una sesión que podría considerarse histórica para la protección de los derechos humanos de los extranjeros y migrantes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH emitió una Opinión Consultiva el 1o. de octubre último, a solicitud del gobierno de México (diciembre, 1997), titulada "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal".[1] Entre otras, la Corte opinó, por unanimidad, que, el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho de información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor;

el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos; los artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos; que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos Partes en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitario.

Más allá de dicha opinión, que aunque no es vinculante sí constituye un marco de referencia importante para los países miembros del sistema interamericano (y que constituye también fuente de opinio juris), quiero referirme al voto concurrente del Juez Antonio A. Cancado Trindade, eminente jurista brasileño reconocido por sus brillantes aportes a la doctrina y jurisprudencia en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, que constituye una de las propuestas más avanzadas en esta materia. A partir de una consideración sobre la relación entre el tiempo y el derecho, el Juez Cancado señala que "toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretacion dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano…. (En ese sentido) la "emergencia y consolidación del corpus juris del derecho internacional de los derechos humanos se deben a la reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección….En el marco de este nuevo corpus juris, no podemos ser indiferentes al aporte de otras áreas del conocimiento humano y, tampoco, al tiempo existencial; las soluciones jurídicas no pueden dejar de tomar en cuenta el tiempo de los seres humanos." [2]

En tal virtud, ya la Corte Internacional de Justicia había señalado que "los tratados de derechos humanos son, efectivamente, instrumentos vivos, que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos."[3] Anteriormente, la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva 10, sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, señaló que su valor y significado no deben verse a la

luz de lo que se pensaba en 1948, "cuando su adopción….. sino ´en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano´ de protección, ´habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración.´ "[4] Por otra parte, es precisamente esta evolución del derecho internacional de los derechos humanos, la que ha llevado de nuevo a procurar restituir en una posición central al ser humano, a la persona humana, como "sujeto del derecho tanto interno como internacional – de donde fue indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en los sucesivos abusos cometidos en su contra en las últimas décadas…." [5]

El Juez Cançado entiende que el derecho a la información sobre la asistencia consular debe ser ubicado en este contexto y que la disposición del artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares, a pesar de haberse emitido tres años antes de la adopción de los dos Pactos de Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos y Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de Naciones Unidas (1966) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), ya no puede disociarse de la normativa internacional de los derechos humanos acerca de las garantías del debido proceso legal. "La evolución de las normas internacionales de protección ha sido, a su vez, impulsada por nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos." [6]

Expresa el voto del Dr. Cancado que: "Para salvaguardar la credibilidad de la labor en el dominio de la protección internacional de los derechos humanos hay que precaverse contra los dobles estándares: el real compromiso de un país con los derechos humanos se mide, no tanto por su capacidad de preparar unilateralmente, sponte sua y al margen de los instrumentos internacionales de protección, informes gubernamentales sobre la situación de los derechos humanos en otros países, sino más bien por su iniciativa y determinación de tornarse Parte en los tratados de derechos humanos, asumiendo así las obligaciones convencionales de protección en estos consagradas. En el presente dominio de protección, los mismos criterios, principios y normas deben ser válidos para todos los Estados, independientemente de su estructura federal o unitaria, o cualesquiera otras consideraciones, así como operar en beneficio de todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad o cualesquiera otras circunstancias…. La acción de protección, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones de jure, notablemente vis-à-vis los migrantes), en un mundo ´globalizado´ en que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no necesariamente a los seres humanos. Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferente de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar."[7]

II. La Situación Actual de las Migraciones y la Insuficiencia de los Sistemas de Protección de los Derechos Humanos de los y las Migrantes. A) La Migra-ción Forzada; B) la Migración en el Contexto Latinoamericano Actual; C) la Globalización de la Economía y las Migraciones

Con relación al tema que hoy me toca desarrollar, quisiera referirme a tres aspectos específicos del fenómeno migratorio actual en relación con los derechos humanos, no sin antes recordar que, como ha sido ya señalado, más de ciento veinticinco millones de personas se encuentran fuera de sus países de origen (uno de cada cuarenta y seis habitantes del planeta), migrantes que buscan mejores condiciones de vida. De estos, más de la mitad – según datos de la Organización Internacional del Trabajo – constituyen población económicamente activa. Un veinte por ciento se encuentra en América del Norte, el trece por ciento en América del Sur y América Central, veinticinco por ciento está establecido en Africa y otra cantidad igual en Europa y diez por ciento en Asia.[8]

A) La migración forzada

En lo que demuestra una de las paradojas del mundo actual, los cambios ocurridos en el escenario político internacional, a partir de 1989, no han significado – como se esperaba – una reducción de la migración forzada (ver Anexo I). Por el contrario, las antiguas contradicciones este-oeste han dado paso a situaciones de persecución, violencia y luchas étnicas, nacionalistas, religiosas, conflictos armados internos y violaciones graves a los derechos humanos, que ponen en peligro la estabilidad de los países afectados y representan nuevos desafíos para la protección jurídica y la asistencia humanitaria de las poblaciones obligadas a migrar para resguardar su vida, seguridad y libertad. [9]

Por otra parte, a las causas de la migración ya señaladas, se añaden la represión política, el hambre y la degradación ambiental, manifestaciones de la asimétrica relación existente entre los países del norte y el sur y de la creciente brecha entre riqueza y pobreza extremas dentro de los propios países en vías de desarrollo. Como acertadamente lo señala la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados, el fin de la guerra fría no significó el final de los refugiados; por el contrario, la recesión económica y el empobrecimiento en muchas partes del mundo representan un alto factor de inestabilidad, que conduce al descontento social, huelgas y protestas recurrentes y éxodos masivos de cientos de personas, mostrando la fragilidad de la democracia en muchos de los países pobres. Es evidente, además, que el valor político y estratégico de la garantía de asilo han disminuido, forzando a una readecuación de las respuestas a los problemas del refugio. [10]

Muchos de los flujos migratorios revisten características abruptas, de carácter súbito, debido a graves violaciones de los derechos fundamentales en los países de origen, constituyéndose esta situación en un desafío a los sistemas nacionales e internacionales de protección a los migrantes forzados, debido a que los flujos se producen tanto a lo interior de los países afectados como al exterior de estos (países vecinos u otros). Uno de los aspectos más sensibles en este marco de salidas súbitas está constituido por el peligro que sufren los migrantes forzados de ser perseguidos o detenidos arbitrariamente y devueltos a su país de origen, demostrando la ineficiencia de los sistemas de protección de derechos humanos, particularmente el referido a la no devolución ("non refoulement").

El concepto de migrante forzado reviste un carácter amplio, que comprende no solo a los refugiados "reconocidos" sino también a aquellas personas que, obedeciendo a las mismas causas de salida, no han sido reconocidas oficialmente ("refugiados sin status o no reconocidos", "solicitantes de asilo" o "personas en situación similar a la de los refugiados"). Razones de diversa índole como las dificultades que tienen los países de acogida (generalmente en desarrollo), para manejar y atender grandes flujos de migrantes y el peso económico que representan para sus agobiadas economías, han influido para que se les ofrezca únicamente un asilo temporal, condicionado al reasentamiento en terceros países.

B) La migración en el contexto latinoamericano actual

Como ha sido señalado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos – IIDH[11], específicamente en el contexto latinoamericano, en un contexto no exento de dificultades, pero que busca consolidar una por ahora democracia insuficiente[12], nuestras sociedades se enfrentan a una nueva fenomenología de violaciones a los derechos humanos, surgidas principalmente por aquellas que vulneran los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo. Esto ha dado lugar a la emergencia de un nuevo tipo de "inmigración silenciosa" pero vasta, que crea un reto sin precedentes a los mecanismos tradicionales de asilo, refugio, asistencia y tratamiento humanitario, y que puede contribuir a debilitar la presencia e influencia de América Latina en las relaciones internacionales, lo mismo que amenazar el nivel y calidad de vida democrática que tanto ha costado levantar sobre la base del núcleo irreductible de los derechos humanos.

Por otra parte, en aquellos países que se encuentran en una etapa de postconflicto, se enfrenta el fenómeno de sociedades profusamente armadas, con conflictos no resueltos o el resurgimiento de viejas controversias que tienden a agravarse, como la propiedad de la tierra para los desmovilizados del conflicto armado. Se han incrementado los índices de pobreza y de pobreza extrema, convirtiéndose la marginalidad, la exclusión y la falta de equidad y de justicia social, en frustración y fuente de violencia de una gran mayoría de la población. A lo anterior se añade la persistencia de serios problemas en la administración de justicia, que unidos a la corrupción, la impunidad, la discriminación y otros, ponen también en grave peligro los sistemas de gobierno elegidos recientemente. Algunos de estos elementos se convierten en factores de expulsión de la población más afectada, dando lugar a un

fenómeno migratorio que adquiere otras expresiones, representa nuevos desafíos y exige otras respuestas tanto a los gobiernos como a las organizaciones de la sociedad civil que llevan a cabo acciones de protección jurídica, asistencia humanitaria y desarrollo de estas poblaciones afectadas.[13] Esto nos coloca ante una dicotomía presente en el debate actual, como es el derecho a migrar, por una parte, y el derecho a la permanencia (o el derecho a no migrar), por la otra, teniendo que ser este segundo ampliamente analizado en cuanto su vinculación con las normas de protección de los derechos humanos.

En la búsqueda de un lugar seguro de "ida y vuelta", las poblaciones afectadas con frecuencia sufren el deterioro cada vez mayor de las medidas de protección, que se manifiesta por medio de rígidas formas de control migratorio, cierre de fronteras, políticas migratorias (admisión y tratamiento) en los países receptores, sin coherencia con el flujo masivo de migrantes y sus derechos fundamentales. El aislamiento, la discriminación y tratos crueles y degradantes, incluyendo el abuso o acoso sexual en mujeres, niños y niñas, expulsiones y deportaciones inhumanas, tráfico ilegal, explotación de trabajadores y trabajadoras indocumentados, escasos recursos para la atención de emergencias en frontera o en etapas posteriores, son algunos de los graves problemas que afectan a esta población y que preocupan a las organizaciones que les apoyan desde la sociedad civil.[14]

C) La globalización de la economía y las migraciones

En un estudio preparado para el IIDH sobre las migraciones[15], se afirma que la globalización es la nueva variable interviniente en los procesos de democratización, en los esfuerzos por garantizar los derechos humanos, especialmente los económicos, sociales y culturales, en los procesos migratorios y en muchas otras esferas de la vida socieconómica y política del continente. Es sin duda alguna un proceso estructural, de modo que llegó para quedarse por largo plazo. Pero además, también puede representar problemas para los intentos de construcción de una sociedad democrática en economías en vías de desarrollo, en donde una buena cantidad de su fuerza de trabajo acude a la migración internacional para mejorar sus condiciones de vida, ya que nada indica que al corto plazo los procesos migratorios internacionales en busca de trabajo, del sur al norte, vayan a disminuir y todo apunta a que en el norte, merced a la incorporación de nueva tecnología que la globalización hace posible, se va a necesitar cada vez una menor cantidad de mano de obra, lo que conducirá a que la precaria solución para el desempleo y el ingreso que significaba la migración lo será aún más, pero no que el proceso migratorio se detendrá.

Como bien sabemos, la globalización ha incrementado la interdependencia entre los países del mundo. El proceso es irreversible pero a la vez, es desigual. El "futuro común de crecimiento y bienestar" que señalan algunos no ha llegado a todos, y las asimetrías entre países y adentro de los países, han aumentado. Las consecuencias de lo anterior son diversas, pero aquí se requiere únicamente señalar que estos reacomodos bien pueden traducirse en cambios en los patrones migratorios, que pueden tener que ver con su volumen, duración y destino, y con reacciones en las sociedades de tránsito, de meta o de retorno. En este sentido, bien puede plantearse que en el nuevo escenario la migración representa "una globalización desde abajo," a modo de respuesta a la globalización desde arriba. La globalización no sólo es una y sus efectos también son diversos.

La preocupación por los posibles aspectos negativos del proceso de globalización, el reordenamiento y la agudización previsible de flujos migratorios casi incontrolables, entre ellos, no debe hacer olvidar los posibles aspectos positivos del proceso; el más obvio, la capacidad de utilizar transferencias de tecnología para superar rezagos históricos, la posibilidad de acceder a mercado internacionales antes vedados, y otros más. Sin embargo, el uso "político-social" del proceso de globalización en apoyo de las incipientes democracias del subcontinente va a depender mucho más del éxito en las políticas redistributivas que se implementen, que de la simple inserción exitosa "en el futuro." Y esto, naturalmente, tiene que ver en gran medida con las propuestas gubernamentales y no gubernamentales acerca de los procesos migratorios [16] y su tratamiento desde la perspectiva de los derechos humanos.

En todo caso, la combinación de los factores anteriormente reseñados (evolución de las condiciones socioeconómicas, impacto de la globalización, carencias institucionales de las "nuevas" democracias etc.) así como de otros apenas sugeridos, permite señalar incrementos en los movimientos migratorios del norte, y en los movimientos sur – sur, además de las migraciones dentro de cada país. En este último caso, el supuesto es que el ciudadano migrante está bajo la protección y tutela de lo poco o de lo mucho que haya sido legislado para el efecto y de las instituciones que para ello han sido creadas, y la relación Estado-ciudadano

permite ampararse a este último en lo que podría llamarse "políticas de migración laboral interna" y los mecanismos de efectivización de las mismas.

Sin embargo, al transponerse una frontera internacional como es sabido, las leyes del país de origen dejan de proteger al migrante (tanto al trabajador migrante legal como al de situación irregular, tanto al turista como al refugiado). Efectivamente, la protección nacional deja de ser efectiva al producirse la "variable transfronteriza" (Schiapa). Para contrarrestar estas y otras situaciones, la comunidad internacional ha ido creando una larga serie de instrumentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ver artículo 13 y otros conexos), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, (artículos 12, 13 y conexos) o convenios como el 97 de la OIT ("Relativo a los trabajadores migrantes"), el 118 ("Relativo a la igualdad de trato de nacionales y extranjeros en materia de seguridad social") o el 143 de la misma organización ("Convenio sobre la migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de trato de los trabajadores migrantes") o la recientemente proclamada Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos Humanos de los Trabajadores Migrantes y de sus familiares (ONU, Asamblea General, diciembre de 1990), y el sistema interamericano de protección a los derechos humanos ha ido también, desde sus inicios, desarrollando instrumentos y normas de importancia en la materia,[17] a partir de la idea rectora de que aunque la persona migrante deje su país y pierda por esto los potenciales beneficios de su ciudadanía, de todos modos lleva dentro de sí un conjunto de derechos irrenunciables bajo cualquier circunstancia, situación o lugar: el conocido núcleo duro de los derechos humanos contemplado en el artículo 4, inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se refiere a los artículos 6,7, 8 (párrafos 1y 2) 11, 15,16 y 18 del mismo pacto, o la versión ampliada del núcleo duro contemplada en el artículo 27.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que se refiere a los artículos 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17,18, 19, 20 y 23 de la misma. En resumen, se trata de la protección básica a la dignidad de las personas (los migrantes, en este caso) a partir de "mínimos" que deben tratar de incorporarse gradualmente a las prácticas de los Estados para normar así la relación con migrantes.

Sabemos que cada país puede, en el ejercicio de su soberanía, decidir cuántos personas extranjeras pueden vivir en él, incluso en qué regiones o provincias pueden hacerlo, lo que se espera es que esas decisiones soberanas (entre las que está incluida la posibilidad de la deportación, por supuesto) se enmarquen en el debido respeto a los derechos humanos de los migrantes, erradicando o reduciendo gradualmente las conocidas y frecuentes arbitrariedades que se producen, tal como ha sido la preocupación en la materia de la comunidad internacional organizada y de otros sectores incorporados al trabajo con estas poblaciones. Impedir la migración ilegal, en todo caso, va más allá de las restricciones jurídico-migratorias que puedan establecerse, y se centra en la cuestión de la vigencia–garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, pues sólo el disfrute cotidiano de un nivel de vida digno en el país de origen, puede reducir las migraciones en busca de trabajo– ingreso, ilegales o no.

III - La cuestión de las políticas migratorias

Schiappa [18] señala la poco adecuada respuesta institucional que se ha dado a los fenómenos migratorios actuales, parte por la dificultad que supone articular las políticas públicas y las respuestas de organización administrativa de una manera integrada e integral de todas las variables en juego. A su forma de ver, existe una contradicción básica entre las diversas consecuencias de las políticas económicas internacionalmente prevalecientes y determinadas obligaciones estatales en materia de derechos humanos. Si bien se ha podido constatar que aún en los países desarrollados, con todos los recursos profesionales, presupuestales e infraestructurales, muchas veces son presa de la obsolescencia de sus políticas migratorias, en los países subdesarrollados ha habido una constante imposibilidad de articular políticas consistentes que tengan como centro medular la promoción de los derechos humanos de los migrantes, incluyendo "el debido proceso migratorio", en mucho – en ambos casos – por la falta de una voluntad política manifiesta por parte de los gobiernos respectivos.

En tal sentido, el planteamiento de la necesidad de armonizar las políticas migratorias de los estados tiene que ir precedido por una clara delimitación de cual debe ser el rumbo a seguir. Acciones como las que se han llevado a cabo en algunos países, con resultados positivos, de consulta popular, pueden tener resultados sumamente restrictivos en otros casos y expandir los niveles de regresión de las políticas migratorias, debido a los crecientes prejuicios y actitudes xenofóbicas e intolerantes manifiestas en la mayoría de los países hacia los extranjeros. Por otra parte, la armonización

de políticas es insuficiente si no se da un enfoque integral que garantice su aplicación real. El modo de lograr la implementación de políticas efectivas dependerá de cada caso. En algunos, el desarrollo de mecanismos administrativos y la armonización de políticas podrá resultar de la iniciativa individual de un Estado, en otros casos serán necesarios arreglos de tipo bilateral o multilateral regional, como puede ser la Conferencia Regional sobre Migraciones o Proceso de Puebla, que ha servido para reconocer que a pesar de la existencia de diferentes preocupaciones sobre causas, dimensiones y consecuencias, existe una necesidad objetiva de promover la cooperación regional para atenuar aquellos factores estructurales que producen los procesos migratorios que afectan economía y sociedad en los diferentes países escenarios del proceso (expulsores, de paso y receptores y las combinaciones del caso).

Conformado por países que presentan dinámicas migratorias sumamente complejas como los Estados Unidos, Canadá, México y Centroamérica, con la participación de organismos internacionales como la Organización Internacional de Migraciones – OIM, la Organización Internacional del Trabajo – OIT, el ACNUR y recientemente con presencia de ONG, Puebla ha venido analizando en forma progresiva las situaciones migratorias en búsqueda de soluciones, no solo en los aspectos jurídicos, administrativos y de políticas públicas, sino también en el ámbito de los derechos humanos y aspectos socioeconómicos. A partir de la III Conferencia Regional sobre Migración, realizada en Ottawa, Canadá, en febrero de 1998, se cuenta con un Plan de Acción que incluye temas de cooperación técnica, políticas migratorias, derechos humanos[19], cooperación internacional para el retorno de migrantes extrarregionales, combate al tráfico ilegal de migrantes y vinculación entre desarrollo y migración. Este plan contiene objetivos, acciones para la implementación, actividades y un calendario de ejecución hasta 1999.

Es también fundamental impulsar la formulación y ejecución de políticas de apoyo a los migrantes económicos por parte de los gobiernos de los respectivos países de origen, a efectos de generar un marco de representación e incorporación política/protección institucional, en favor de los mismos. La incorporación cooperativa de los países de origen en la atención de los migrantes económicos es vital en el ámbito de las políticas migratorias. De allí la importancia de que se llegue a firmar y ratificar la Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, en la medida que introducirá la premisa normativa y política de la obligación internacional de cooperación interestatal para brindar protección y asistencia a dichos migrantes y sus familias, por otro lado desprotegidos hasta el momento, ya que en su Parte III contiene lo que podría calificarse como el núcleo básico de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y los miembros de sus familias, derechos no condicionados por la situación jurídica – migratoria o laboral – de los beneciarios.

Por último en cuanto a políticas, resulta sumamente preocupante la carencia – por parte de los migrantes económicos – de oportunidades de representación e incorporación política, de participación en la vida en democracia, de ejercicio de una ciudadanía activa. En la medida en que las legislaciones constitucionales y electorales de los países de origen ignoren sustancialmente su condición de ciudadanos emigrados, carecerán de medios de representación política, que también les es denegada en el estado de residencia actual, muchas veces por encontrarse en situación irregular, transitoria o simplemente porque no han adquirido la respectiva nueva ciudadanía. Esta es una dimensión particularmente desafiante que requiere ser enfrentada a través de la concertación política y el desarrollo normativo.

IV - Conclusión

La seguridad de que el tratamiento de la cuestión migratoria debe tener como columna vertebral la lógica de los derechos humanos, presupone un papel distinto para la sociedad civil, con búsqueda de nuevas formas de expresión y espacios de acción para los grupos de muy distinta índole que la conforman, entre otras, organizaciones no gubernamentales, asociaciones comunales, cooperativas, iglesias, sindicatos, empresarios y otros gremios, organizaciones de población afectada, de indígenas o mujeres. Su forma de relación con los gobiernos asume también otras expresiones: veeduría, monitoreo, cogestión, cabildos abiertos, participación ciudadana en procesos democráticos de elección popular, en diseño de políticas públicas para los migrantes, en la demanda de una gestión eficaz, transparente y honesta y la prestación de servicios eficaces y eficientes por parte del sector público. Estas acciones se complementan y refuerzan con las que llevan a cabo las procuradurías, defensorías u ombudsman de derechos humanos y contribuyen al fortalecimiento de la normativa interna, por medio de la adecuación y aplicación de la legislación internacional.

La nueva etapa migratoria regional, por sus características, constituye un reto y un desafío para todas las organizaciones vinculadas a la temática migratoria y a los derechos humanos, en la búsqueda de una protección sostenida y cualificada de las poblaciones afectadas. En ese sentido y como hemos venido señalando, algunas acciones vienen desarrollándose o deben ponerse en práctica, no solo en el norte y centro de América sino en todo el continente, tales como: a) adecuación y aplicación de la legislación internacional en la normativa interna; b) seguimiento de acuerdos interregionales como los emanados del Proceso de Puebla; c) articulación de una agenda común de tipo interinstitucional y multidisciplinaria, con carácter propositivo y proactivo; d) mejoramiento y fortalecimiento de la aplicación de los mecanismos que sustentan la democracia como son la administración de justicia, la transparencia de la función pública, el respeto a los derechos humanos en su doble acepción: derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales y el desarrollo sostenible[20]; e) la profesionalización de las organizaciones de la sociedad civil vinculadas al fenómeno; f) el diseño e implantación de políticas migratorias en los países receptores, con pleno respeto de los derechos humanos de los migrantes, respeto al debido proceso y a los mecanismos administrativos de deportación, expulsión y rechazo en frontera lo mismo que de recepción y estudio de casos de asilo y refugio; g) por último, el conocimiento y aplicación, por parte de las representantes de los países expulsores, de los tratados internacionales de protección consular (ver Anexo 2).

San José, Costa Rica, octubre, 1999

ANEXO

DEFINICIONES[21]

REFUGIADO

El que define el artículo 1-A de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los Refugiados, de 1951 y su Protocolo de 1967: "…toda persona que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad (o residencia) y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país…".
También puede ser reconocido como refugiado toda persona que "… ha huido de su país porque su vida, su seguridad y 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…", conforme a la Conclusión Tercera de la Declaración de Cartagena de 1984.

DESPLAZADOS INTERNOS

Los que emigran dentro del mismo país por razones de violencia interna, enfrentamientos armados, violación sistemática de los derechos humanos, alteración grave del orden público, incapacidad de los gobiernos de garantizar seguridad a sus ciudadanos ante la violencia armada de otros sectores.

DEPORTADOS

El migrante expulsado, rechazado o devuelto por un Estado a su país de origen o a un tercer Estado. Por lo general, es deportado al país fronterizo del Estado expulsor.

MIGRANTE EXTRARREGIONAL Y EXTRACONTINENTAL EN TRANSITO

Migrante extrarregional es el nacional de un país del continente que está fuera de la región centroamericana. Migrante extracontinental es el nacional de un país que está fuera del continente.

MIGRANTE FORZADO

El que emigra a un tercer país por causas ajenas a su voluntad. El origen de esas causas puede ser económico, político o desastres naturales. La Iglesia denomina a este tipo de migrante refugiado de facto.

ANEXO

PROPUESTAS DESDE LA IGLESIA EN CENTROAMERICA PARA EL TRABAJO DE MOVILIDAD HUMANA[22]

Objetivo general

Promover y apoyar todas las acciones que vayan orientadas a defender la vida y los derechos humanos y a garantizar el respeto de la dignidad humana en equidad de géneros de la población meta.

Líneas de acción

En relación directa con la población meta

Formar, articular y coordinar redes de trabajo para la detección, atención y protección de cada una de las categorías de la población meta.
Promover la formación y capacitación de la población meta, concientizando la importancia al respecto del derecho a migrar y a no migrar.

Brindar asesoría legal y apoyar los trámites para la obtención de la documentación para la población meta.

Proveer asistencia de emergencia a la población meta, evitando el asistencialismo.

Promover la inserción y reinserción de la población meta desde el inicio.

Proponer y desarrollar programas para el desarrollo humano sostenible de la población meta.

Identificar y proponer soluciones a la problemática específica de mujeres, niñas y niños dentro de cada categoría de la población meta.

Concretar el establecimiento de centros especializados para la recepción y atención de la población meta en zonas fronterizas y de alto tránsito de esta población, a fin de dar trato equitativo y acorde con los principios internacionales.

Brindar apoyo psicosocial y espiritual a la población meta.

Hacer del conocimiento de la opinión pública, por parte de los sectores de la Iglesia y de los Organismos No Gubernamentales, los hechos evidentes de Violaciones a los derechos humanos dirigidos a la población meta.

En relación con los sectores participantes

Fomentar la articulación y la coordinación de redes de todos los sectores participantes, estableciendo planes de acción para su funcionamiento.
Promover la formación y capacitación para los diferentes sectores participantes que trabajan en la temática.

Estimular los espacios de diálogo para la cooperación con gobiernos en foros nacionales, regionales e internacionales.

Realizar cabildeo con gobierno y otros sectores para impulsar normativas adecuadas para la población meta e incidir en las políticas gubernamentales que afecten directa o indirectamente a esa población.

Propiciar encuentros binacionales entre los diferentes sectores que componen las redes de cada país, a fin de colaborar en la propuesta de soluciones en aquellas situaciones en las que la problemática se hace más aguda, de modo especial en las zonas fronterizas.

Apoyar las acciones que se encaminen a la ratificación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45-158, del 18 de diciembre de 1990.

Promover la formación de foros permanentes de migración, incluyendo en ellos el tema de refugio, en los países donde no existen y fortalecer los ya existentes, tomando en cuenta las experiencias del pasado, analizando debilidades y fortalezas, para sacar nuevos modelos de acción.

Analizar la actual presencia del ACNUR y cómo adecuar esta situación a los objetivos y funcionamiento de las redes y al contexto socio-político actual.

Sensibilizar la opinión pública a fin de globalizar el concepto de solidaridad con la población meta.

Referencias

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. Opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.”

2. *Op. cit.*. Voto concurrente del Juez A.A. Cancado Trindade, p. 2.

3. *Op. cit.*, p. 5.

4. *Op. cit.*, p. 5.

5. *Op. cit.*, p. 6.

6. *Op. cit.*, p. 7.

7. *Op. cit.*, p. 9.

8. Comité para la Protección de los Trabajadores Migratorios. Los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias no tienen fronteras. México, D.F., Sin Fronteras, 1999, p 5.

9. Rogers, Rosemarie, Copeland, Emily. Forced Migration: Policy Issues in the Post-Cold War World. Massachusetts, The Fletcher School of Law and Diplomacy. Tufts University, 1993.

10. *Op. cit.*.

11. Cf. Cuéllar, Roberto. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su importancia en el área de migración y refugio. En: Memoria del Seminario regional protección de las personas refugiadas en la nueva realidad centroamericana. San Salvador, El Salvador, 9-10 de julio, 1998. ACNUR/Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador, pp. 31-41.

12. Como señala Juan Méndez en Una propuesta de acción sobre las migraciones forzadas repentinas: “Puede que éstas no sean expresiones de políticas de estado (violaciones graves de los derechos humanos y de la violencia política o cuasi política) como lo fueron en el pasado, pero nuestras democracias débiles e insuficientes no tienen capacidad de controlar la violencia o de proteger a los sectores más débiles de nuestras sociedades.” En: Organización de Estados Americanos/Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Open Society Institute/Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. Conferencia sobre emergencias debido a migraciones forzadas repentinas en las Américas. Washington, D.C. 30.09-1.10.1997, p. 8.

13. “…En ese clima, el interés legítimo de conservar el control de las fronteras está nublado por reacciones xenofóbicas y mal concebidas en el público en general, muchas veces explotadas por los políticos que rápidamente culpan a los recién llegados de todos los males de la sociedad. En el debate no especializado sobre la política de controles migratorios, los países receptores tienden a olvidar que el fenómeno global de la inmigración incluye a personas que no solo buscan cómo mejorar la condición familiar, sino que en realidad están escapando de graves amenazas en contra de sus vidas…” Cf. Méndez, Juan. *Op. cit.*, p. 2.

14. Idem. p. 1.

15. Salvadó, Luis Raúl. Balance y perspectivas del fenómeno migratorio en América Latina: punto de aproximación desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos. Guatemala, mayo 1998. p. 13.

16. Carlos Contreras, compilador, Reforma política, gobernabilidad y desarrollo social. Retos del siglo XXI, (Caracas: Nueva Sociedad, 1996). Introducción al texto.

17. Cierto es que se presenta el problema de la vigencia vía ratificación de estos instrumentos, pero el punto a destacar ha sido el de la preocupación creciente de la comunidad internacional para lograr que la cuestión migratoria sea atendida básicamente con la perspectiva de los derechos humanos.

18. Schiappa, Oscar. Estudio inédito para el IIDH: Balance y perspectivas del fenómeno migratorio en América Latina: aproximaciones desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos. Washington, D.C., 1998.

19. En abril del presente año, en el marco de Puebla, se llevó a cabo en Washington, D.C., una reunión interinstitucional, sobre derechos humanos, con participación de gobiernos, ONG

de derechos humanos y migraciones y algunas agencias donante.

20. “En esta línea, resulta necesario en primer lugar ratificar a los derechos económicos, sociales y culturales – desc en su carácter de derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes de los derechos civiles y políticos, tal como se ha señado en el Párrafo 5 de la Declaración de Viena. En segundo lugar, reconocer que la plena realización de ellos solo puede lograrse a lo largo de un cierto periodo de tiempo, durante el cual se irán creando las condiciones para facilitar el logro de las metas que ellos representan. De lo anterior se desprende una relación profunda entre el cumplimiento de los desc y una Respuesta adecuada a los desafíos del desarrollo en América Latina, que tome en cuenta el logro de un desarrollo equitativo que permita el ejercicio de una moderna ciudadanía.” Cf. IIDH. La ciudadanía de los modernos: reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales. San Josñe, C.R.. IIDH-CEPAL, 1997, p. 52.

21. Cf. Conclusiones. En: Memoria del Encuentro centroamericano de movilidad humana: “Migrante y refugiado.” ACNUR/Secretariado Episcopal de América Central – SEDAC. San José, Costa Rica, 29-30 de julio, 1998, pp. 20-22.

22. Conclusiones. *Op. cit.*, pp. 22-24.

VI
LE BIODROIT ET L'APPLICATION DE LA BIOÉTHIQUE À LA VIE HUMAINE

DJASON B. DELLA CUNHA

Docteur en Droit Public par l'UFPE; D.E.A. en Anthropologie Sociale par l'Université Lyon 2-France; Professeur de Sociologie Juridique; Criminologie e Philosophie du Droit à l'Université Fédérale du Rio Grande do Norte, à Natal, Brésil; Membre de la Société Internationale de Criminologie/Paris et de l'Institut Brésilien de Sciences Criminelles/São Paulo; Président de l'Institut Métropolitain d'Études Avancées en Criminologie (Imea-Crim/Natal).

1. Introduction

La Civilisation Occidentale de la deuxième moitié du XX siècle, obligée à réfléchir sur les conséquences de la manipulation scientifique et technologique dans le fonctionnement et comportement de la vie humaine, a vu emerger la démarcation de questions importantes au dehors des attitudes adoptées face au phénomène de la naissance, de la maladie, de la souffrance, du vieillissement et de la mort. Il est évident que dans telles réflexions d'ordre philosophique et scientifique découlent des principes éthiques et moraux, aussi bien que des codes déontologiques qui s'occupent de cette problématique et qui rémontent à des époques bien éloigées de la notre.

Sans doute, le code de déontologie médicale, organisé à partir des enseignements hypocratiques, est probablement le réglement plus ancien et le plus connu de la pratique médicale. Mais, c'est bien après la figure d' Hypocrate, et lentement en époques plus recentes, qu'on voit des philosophes, théologues, humanistes et juristes s'interrogent sur des questions relatives à la vie humaine, à la dignité de l'homme, et surtout aux formes ordonnées de réglement normatif qui doit être appliqué au type de procédé technicien et scientifique.

Néanmoins, si aujourd'hui ce sujet acquiert une plus grande envergure discursive, c'est surtout à cause de sa complexité en raison de l'effort accéleré qui a atteint l'investigation techno-scientifique, d'un côté, et à cause du pluralisme inérent aux sociétés actuelles, de l'autre. Tout cela a permis de nouvelles interrogations issues des actuels procédés appliqués par les sciences de la vie, parmi lequels se placent les modernes techniques reproductives, les manipulations génétiques d'êtres humains, les limites morales et éthiques des transplants d'organes et les interventions sur les états intersexuels e transsexuels, au delà du réalignement moral, éthique et juridique autour de vieilles questions telles que l'avortement, la stérilisation, l'anticonception, l'euthanasie, la disthanasie et l'eugénie.

Tout ça a suscité la re-énonciation de nouvelles réponses et le surgissement, à partir des années 70, d'une nouvelle manière d'aborder la recherche scientifique centrée autour d'une discipline: la Bioéthique, tournée du point de vue métodologique vers l'interdisciplinarité, et en même temps capable de s'orienter par les connaisances de la Biologie, de la Génétique, d'Écologie, de la Médicine, du Droit, de la Politique, de la Sociologie, de l'Anthropologie, de la Psychologie et de la Philosophie.

2. La Bioéthique et ses principes éthiques

Du point de vue étymologique, le mot "Bioéthique" vient de la formation de deux étymes grecs: bios et ethos, traduits, en règle, par "vie" et "éthique". Mais, le terme ethos peut assumer deux significations distinctes: la première, qui peut être traduite par "moeurs", non seulement a servi de support à l'expression anthropologique ethos comme elle a servi de base à la traduction latine moral, alors que la deuxième, signifiant un trait du caractère, a servie à orienter l'utilisation moderne du mot "Éthique", proprement dit.

En général, l'éthique est un procédé inhérent à toute société humaine et peut être définie comme un ensemble de règles, principes ou modes de penser, de sentir ou d'agir qui orientent les actions d'un individu ou d'un groupe en particulier (moralité), ou l'étude sistématisée des procédés argumentatifs qui commandent le "devoir-agir" (philosophie morale).

À ce sujet, Ernst Tugendhat affirme:

"En réalité, les termes 'éthique' et 'moral' ne sont pas particulièrement propres à nous orienter. Il faut faire ici une remarque sur son origine, peut-être curieuse, en prémier plan. Aristote avait désigné ses investigations théorique-morales, à cette époque nommés d'éthiques, comme des investigations 'sur l'ethos', sur les propriétés du caractère, parce que la présentation des propriétés du caractère, bonnes et mauvaises (celles nommées vertus et vices) était une partie intégrante essentielle de celles-ci. La provenance du terme 'éthique',, donc, n'a rien à voir avec ce que nous appelons l'éthique'. En latin, le terme grec éthicos a été alors traduit par moralis. Mores signifie: us et coutumes. À nouveau cela ne correspond ni à la notre compréhension d'éthique ni de moral. En outre, il y a ici une erreur de traduction. Car, dans l'éthique d'Aristote le terme éthos signifie autant propriété de caractère que coutume, et c'est pour ce deuxième terme que la traduction latine a servi[1].

En réalité, l'éthique d'Aristote telle qu'elle est ici présentée correspond à une idée de ce qui est bon positivement, dont l'objectif serait d'orienter la realisation de la perfection de l'être humain.

D'autre part, l'éthique aristotélicienne peut être prise dans le sens d'une esthétique, dont l'objectif serait la realisation du beau et du bien dans la vie des individus.

Donc, l'origine de mot éthique ne nous autorise pas à tirer des conclusions pour les termes "moral" et "éthique" dans le sens que leur donnons aujourd'hui. En fait, ces termes ont été employés dans une acception simplement téchnique, désignant dans la tradition philosophique des réalités équivalentes. Ce que l'on observe, néanmoins, c'est que le mot "moral", pris comme référence à son antonyme "immoral", s'est incorporé de forme sémantique à l'univers des modernes langues européennes, alors que le mot "éthique" est demeuré sans clarté dans le langage quotidien, borné à l'usage restreint de la philosophie.

Mais, dans le cas d'une exigence contextualisée, l'éthique peut résulter d'une réflexion philosophique rationnelle, en permettant à l'individu et au groupe une prise de position par rapport aux soi-même et autres, en fonction de la société dans laquelle ils s'insérent. Ainsi, sous le point de vue de la raison, l'éthique s'attacherait aux principes des Droits de l'Homme, dans ses deux versants pragmatiques: la notion de liberté et égalité qui impose une praxis du respect à la différence et une activité de réflexion qui s'interroge sur les fondements et les finalités de la norme.

En ce qui concerne le mot "Bioéthique", même s'il a pris les acceptions des étymes grecs bios (vie) et ethos (éthique), le sens de ces termes du point de vue d'une conception moderne dépasse les limites téchniques originales de ses vocables. Pour ça, cette définition a reçue des interprétations distinctes.

Le terme Bioéthique a surgi à l'occasion de la publication du livre de Van Rensselaer Potter, Docteur en Biochimique et chercheur d'oncologie de l'Université de Wisconsin/EEUU, en 1971, dont le titre est "Bioethics; bridge to the future", publié par la Prenctice may, Englewood Clifs, New York. En vérité, ce que Potter a appelé Bioéthique n'avait pas beaucoup du rapport avec sa signification actuelle. À l'époque, il considérait la Bioéthique comme une orientation rationnelle, toutefois prévoyante dans le processus de développement

des sciences biologiques et de leur intervention pour améliorer la qualité de vie des êtres humains. Sa spécification consistait dans la combinaison de connaissances biologiques et des valeurs humaines.

Actuellement, l'Encyclopedia of Bioethics, à l'introduction do V. 1, p. XIX, défine la bioéthique comme l'étude sistématisée de la conduite humaine dans le champ des sciences biologiques et de l'égard de la santé sous l'optique de valeurs et principes moraux, en constituant un concept qui dépasse beaucoup celui de l'éthique medicale, et qui, en fait, englobe la vie humaine, la faune et la flore.

En ce sens, la Bioéthique est devenue une connaissance dynamique et interdisciplinaire tournée vers le recadrage d'une éthique pratique et pour une féconde et suggestive réflexion philosophique. Au sein de l'éthique, assure Gilbert Hottois,

"Il y a la notion du choix dans une situation où celle-ci ne peut pas s'effectuer, ni de manière mécanique ni logique par analyse des faits et déduction à partir de règles existantes, parce que la situation et les possibilités trouvées sont difficiles à qualifier, circonscrire ou identifier à cause du système de référence axiologique avoir l'air vide ou conflictuel"[2].

Ce tte vision indéfinie, d'incertitude et de manque de précision dans le choix de possibilités d'intervention, ainsi que dans la difficulté d'identifier des systèmes de références axiologiques, exigent une gestion responsable de la vie humaine et permettent une conceptualisation de la Bioéthique à partir de trois perspectives différentes:

a) comme support de référence de réflexion et d'investigation interdisciplinaire sur les défis des progrès scientifiques et des techniques biomédicales;

b) comme méthode d'analyse qui recherche et réfléchit sur les dilemmes éthiques associés à la recherche biologique et à son emploi médical; et

c) comme exigence normative préoccupée à assurer la primauté de la personne et à limiter l'action de la connaissance scientifique à la sauvegarde de la protection de la santé publique.

En conséquence, la Bioéthique est forcée d'agir au sein d'un paradigme de rationalité éthique, qui servit de référence à son discernement et traduction opératoire. Parallèlement, sa trajectoire se fait au sein d'une éthique civile et qui fonctionne comme un moyen à travers lequel on cherche à atteindre la sensibilité morale d'être humain et un avancé degré de reflexion éthique. Pour ça, les principes qui orientent cette éthique civile se concrétisent par une série de valeurs qui toujours doivent être respectées et cherchées, et qui peuvent être synthétisées comme:

a) la recherche du "bien-être vital du sujet", qui consiste dans l'affirmation de la maxime: "si tu ne veux pas que quelqu'un te cause un dommage, tu ne dois pas le causer à rien ni à personne";

b) la liberté que doit imprégner la vie de tout homme doit être tournée vers le respect à la dignité humaine;

c) le droit que doit avoir tout individu à une distribution équitable des bienfaits et charges dans le domaine du bien-être vital.

Malgré les tensions subies par la Bioéthique dans son essai de réalizer cet idéalisme humaniste, la validité de ses principes et l'universalité de sa vigueur semblent indiscutables A fin d'illustration, il est tout-à-fait important de présenter les principaux paradigmes éthiques qui sont étroitement liés au surgissement de ce nouveau champ de connaissance.

1) Le Jusnaturalisme: la doutrine jusnaturaliste défend la croyance en l'existence d'une loi naturelle qui ordonne le cosmos et les conduites humaines selon un fin prédeterminée. Précisément, la grande partie des restrictions morales qui refusent l'avancement de la recherche et son application dans le champ des sciences biologiques (on peut prendre, par exemple, le cas des interventions des actuelles techniques reproductives) prend comme référence cette doutrine excessivement renforcée par la vieille interprétation de l'origine divine de cette loi naturelle;

2) L'Utilitarisme: le discours qui oriente les principes d'ordre utilitariste prend comme référence l'évaluation des coûts et bénéfices implicites dans la réalisation d'un acte, vu que son approbation éthique dépend de ses conséquences. L'évocation de cette ligne de raisonnement dérive de la pensée de Stuart Mill quand il considère l'argument selon lequel il faut cherher le plus grand bien pourle plus grand nombre de personnes et selon lequel il n'y a pas de place pour les minorités;

3) L'impératif catégorique: se rapporte à la formule kantienne du principe selon lequel, chaque type de conduite individuelle doit suivre une règle à laquelle on octroie une validité universelle et de caractère a-historique. La conscience individuelle est de telle forme régie par cette règle de conduite que le principe est élevé à la catégorie de loi et est connu par tous les hommes, une fois qu'il prend pour base la rationalité comme critère d'éthicité de la conduite.

Néanmoins, cette conceptualisation n'est pas à l'abri des critiques, car elle que ne résoud pas la difficulté qu'on a de justifier éthiquement la rationalité de certains types d'expériences sur des êtres humains.

En synthèse, la question fondamentale qui reste est la suivante: "Tout ce qu'on peut faire techniquement on peut-on le faire éthiquement?". Finalement, il s'agit d'une demande hors du temps qui finit toujours en rélation d'antagonisme entre "technique" et "éthique", entre "science" et "conscience", et que rénouvelle les questions sur l'application concrète de la biomédicine.

Cependant, il faut considérer que le respect à de tels principes, de la part d'une éthique civile, ne doit pas s'orienter vers une attitude restrictive et intolérante à la recherche et aux expériences scientifiques qui doivent repousser les limites du bien-être des individus, mais en évitant la violation de ces principes. D'où, le choix d'un paradigme pour la défense d'une science réfractaire aux conceptions sacrées de l'ordre naturel et capable d'assumer comme critère de conduite le respect à l'être humain. Car, c'est seulement à partir de ce point; c'est-à-dire, comme instance normative du processus d'humanisation, que l'on peut comprendre de manière effective le caractere éthique de l'activité biomédicale.

3. Le Biodroit et l'applica-tion réelle de la Bioéthique

D'un autre côtè, la Bioéthique ne se limite pas à une rélation d'antagonisme entre la science et l'éthique. Elle s'articule aussi avec le Droit, puisque celui-ci, comme ordre normatif, a pour tache de discipliner l'application réelle des procédés biomédicaux. Cette intervention du Droit dans le champ de la biomédicine dérive d'une exigence de principes posés par la propre réflexion de la rationalité de l'éthique civile devant l'application réelle de la science médicale en tant que technique et manipulation des structures biologiques.

Du point de vue conceptuel, le Bio-droit émerge comme un nouveau droit de formation beaucoup récente au sein de la science juridique, dont l'objet d'analyse verse sur les principes et normes juridiques qui ont pour but immédiat de créer, proteger, transférer, modifier ou éteindre droits découlants des rapports entre individus, entre individus et
groupes, entre ceux-ci et l'État, liés au debut de la vie, à son cours ou sa fin.

On peut dire, alors, que le Biodroit, en tant que champ frontalier d'analyse de normes et principes spécifiques liés au controle de l'action du domaine biomédical, gravite autour de valeurs amplement reconnues qui imposent la valeur de la vie et la valeur de la mort comme principes fondamentaux.

En effet, ces principes qui avalisent les procédures d'intervention légale du Biodroit, s'appuient en fait sur les mêmes valeurs défendues par la Bioéthique: c'est-à-dire, le respect de la vie, de la dignité humaine, de la liberté individuelle, de la sécurité, à la protection de la santé, etc. Mais, c'est dû à l'impossibilité d'identifier um code de valeurs éthiques de large acceptation que le Biodroit acquiert la legitimité d'opiner et d'instruire la réglementation des relations référenciées ci-dessus au sein d'une activité légiférente de l'État. Ça a été, par exemple, l'argument logique de justification de défense du Biodroit.

Cette question, néanmoins, a suscitéé une forte controverse au sein de la communauté

scientifique internationale ainsi que les critiques de la part des hommes de sciences et des organismes liés aux recherches en biotechnologies avancées, ont mis à l'ordre du jour la discussion sur la legitimité de l'État dans son intervention de manière unilatérale sur un domaine — dans le cas de la biomédicine — qu'il est hors d'atteinte de la connaissance du législateur et de celui qui applique la loi.

Face à cette eventualité, deux alternatives sont invoquées: d'un côté, l'exigence que l'État doit assumer l' entière responsabilité d'imposer et de surveiller l'accomplissement de certaines normes générales ou, de l'autre, d'accorder aux individus la permission d'appliquer librement, cas par cas, les principes éthiques considerés les plus appropriés à l'usage et à l'application manipulative des technologies biomédicales.

Il est évident qu'aucune de ces alternatives ne peut être acceptable. La complexité de l'objet exige l'adoption d'une connaissance interdisciplinaire de fait qui doit être balisé par un processus de prise de décision par des experts en sciences de la vie, par des spécialistes dans le domaine de la bioéthique et du Droit et par des observateurs sociaux, en general, afin qu'on puisse tracer une réglementation convenable qui soit susceptible à l'ingérence d'une rationalité éthique-juridique.

De cette façon, la présence du législateur reste sans doute manifeste quand s'affrontent devant nous distinctes sources normatives de caractère international qui ont un rôle direct à jouer dans le réglement juridique des États.

Dans le domaine du Droit International, par exemple, la normative qui affecte directement le Biodroit, est celle qui se rapporte aux droits de l'homme et plus concrètement au droit à la vie. Dans ce sens, il convient de rappeler que la Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies, du 10 décembre 1948, a adoptée la Déclaration des Droits de l'Homme. Cette déclaration qui, en 1952, a été à la souce de deux documents qui, en 1966, sont transformés en deux pactes internationaux : l'un concernant les Droits Économiques, Sociaux et Culturels et l'autre les Droits Civils et Politiques.

De ces documents, d' autres d'une portée plus limités, ont dérivés et ont été circonscrits à plusieurs pays: La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la Convention Américaine, oú est evidente le droit à la protection de la vie humaine, affirmé par l'article 3º de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme: "tout être humain a droit à la vie"; et par l'article 6.1. du Pacte International des Droits Civils et Politiques: le "droit à la vie est inérent à la personne humaine. Ce droit sera protégé par loi".

D'autres organismes internationaux ont été crées dans ces dernières années, tels que: la National Commission for Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, créé par le Congrès Nord-Américain, en 1974; Le Commité International de Bioéthique de l'Unesco, crée en 1991, et qui a préparé le texte de la Déclaration Universelle du Genoma Humain et des Drois de l'Homme, publié le 25 juin 1997.

Au Brésil, les situations qui entourent la manipulation du patrimoine génétique humain seront traitées à la lumière de normes et principes du Droit Constitutionnel, du Droit Civil et du Droit Pénal et de quelques normes extravagantes qui traitent de discipliner les eventuels conflits legaux à propos de la défense du Consommateur (Loi 8.078/90). Cette loi dispose sur les conditons d'avancement et de récupération de la santé, ainsi que de l'organisation et du fonctionnement des services similaires, la Loi 8.501/92, sur l'usage de cadavre non réclamé, dans le but d'études ou recherches scientifiques; la Loi 8.974/95 qui réglemente les incises II et V du § 1º de l'article 225 de la Constitution Fédérale et établit des normes pour l'usage des téchniques de l'ingénieurie génétique et libération dans l'environnement d'organismes génétiquemente modifiés, la Loi nº 9.434/97 qui dispose sur l'arrachement d'organes, tissus et parties du corps humain dans le but de transplante et traitement; outre les Résolutions du Ministère de la Santé qui traitent de matière congénère.

Néanmoins, le Droit International ne dispose pas d'une efficacité pleine dans la sphère des ordonnances juridiques des États membres en ce qui concerne l'accomplissement de telles obligations, en laissant au législateur national, aux législations constitutionnelles et infraconstitutionnelles, le rôle de créer des normes

et systèmes effectifs qui disciplinent et protégent des droits individuels et des groupes derivés du progrès et de l'application de la connaissance technologique et scientifique à la vie humaine.

Dans ces termes, le Biodroit exerce un rôle fondamental dans le débat autour des principes qui doivent servir de référence dans la réglementation légale spécifique et qui, à leur tour, s'attache aux demandes et appréciations scientifique et éthique dans les domaines d'intervention biomédicale suivants: manipulation génétique lato sensu, transplant d'organes entre êtres vivants et pos mortem, nature juridique de l'embryon, genoma humain, procréation assistée, recombinaison de gênes, avortement, euthanasie, propriété du corps vif et mort, droit à la santé, création et enregistrement de brevets sur les êtres vivants et eugénie.

La compréhension la plus adéquate au fondement de ces principes juridiques, du point de vue d'une herméneutique normative de rationalité éthique-juridique, réside dans le but d'une ordonnance constitutionnelle qui impose à tous les individus, groupes hégémoniques et à l'État le devoir de reconnaître et respecter LA DIGNITÉ HUMAINE, consacrée par l'article 1º, incise III, de la Charte Constitutionnelle, fondement primordial de la Republique du Brésil et de l'État démocratique de droit. C'est à partir de ce principe fondamental que doivent s'orienter toutes les autres normes et principes de la législation infraconstitutionnelle.

4. Considérations Finales

À la suíte de cet exposé, il faut remarquer le sens et la signification qui atteignent la réflexion sur l'amélioration et la réalisation de l'espèce humaine. Le but de la science est, sans aucun doute, de contribuer à l'amélioration des conditions de vie et d'existence de l'être humain, principalement en ce qui concerne la qualité de vie et de santé physique et mentale.

Cependant, les interventions technologiques et scientifiques ne peuvent être realisées selon les interêts économiques, moraux ou éthiques fixés par un groupe professionnel qui contrôle l'un ou l'autre type de connaissance spécialisée. Voilà pour quoi, l'étude et l'application de ces connaissances vont bien au dela du domaine medical ou technologique, embrassant d'autres champs de connaissances comme la psychologie, la sociologie, la philosophie, le droit, la biologie, l'anthropologie, l'écologie, la théologie, etc., allié au respect des différentes cultures et valeurs.

Cette recherche n'a pas de frontiéres pré-établies, une fois que les problèmes n'ont pas de solutions univoques ou unidimentionnelles. A partir de là, l'exigence d'une posture dedogmatisée, dans l'espoir de découvrir les meilleurs chemins.

A ce sujet, Pessini et Barchifontaine, quand ils traitent des étymes "bios" et éthos", affirment:

"le "bios" éxige qui nous prenions en compte sérieusement les disciplines et les implications de la connaissance scientifique, de façon à comprendre les questions, percevoir ce qui est en jeu et apprendre à évaluer les conséquences possibles des découvertes et leurs applications. Alors que le "ethos", à son tour, est une tentative de déterminer les valeurs fondamentales de notre vie. Considérée dans son contexte social, c'est une tentative d'évaluer les actes personnels et des autres en fonction d'une certaine méthodologie ou de certaines valeurs de base"[3].

Née de cette préoccupation, la bioéthique instaure la conjugaison d'une exigence à la tentative dans le sens de reunir pratiques et évènements qui, par nature, transcendent les limites de la certitude, de la garantie et du contrôle mécaniciste sur les effets de l'usage et application des technosciences biomédicales, devenant peut-être le domaine le plus dynamique et le plus suggestif de la réflexion philosophique.

Le Biodroit, à son tour, surgit à la croisée de cette réflexion comme le mentor d'équité, chargé d'axaminer les differentes questions et d'agir en connaissance de cause, dans l'élaboration d'une normative générale qui, d'un côté, rend possible le progrès et la pratique de recherches biologiques et biomédicales, et d'un autre, interdit les expériences jugées abusives ou qui se mantient comme des pratiques antiéthiques.

Cependant, il faut être prudent et prévoyant, car on ne doit pas considérer la morale comme un ensemble de contraintes, mais un

vecteur d'une liberté éthique et d'une conduite sociale responsable. Pêut-être est-il possible de conclure avec l'affirmation de Marc-Vergnes:

"ce sont surtout les esprits qui doivent évoluer si l'on veut aboutir à des solutions satisfaisantes"[4].

Notes

1. TUGENDHAT, Ernst. Lições Sobre Ética. Petrópolis: Vozes, 1997, pp. 35-36.

2. LEBEER, Guy. "La Bioéthique comme Production Ordinaire: un Point de Vue Sociologique" in Bioéthique: jusqu'où peut-on aller?. Paris: Éditions de l'Université de Bruxelles, 1996, p. 45.

3. PESSINI, Leocir e BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Problemas Atuais de Bioética. São Paulo: Loyola, 1994, p. 14.

4. MARC-VERGNES, Jean Pierre. De la bioéthique au bio-droit. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1996, p.167.

VII
*A AUSÊNCIA DE INSTITUIÇÕES EFETIVAS DE DIREITOS HUMANOS AO NÍVEL NACIONAL**

FRANZ XAVER VON WEBER

Professor convidado da Universidade de Friburgo (Suíça, para lecionar a diciplina Direitos Humanos no Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

A Segunda Guerra Mundial foi o motivo trágico para a universalização e a institucionalização dos direitos humanos no nível internacional. Com a criação da ONU em 1946 e a Declaração Mundial dos Direitos Humanos no ano de 1948 a positivação internacional dos direitos humanos teve início. Os dois Pactos Internacionais dos direitos sociais, econômicos e culturais (Pacto I) e dos direitos políticos e civis (Pacto II) surgiram no ano de 1966. Ao lado das várias convenções internacionais sobre temas especiais dos direitos humanos (p.ex. tortura, apartheid, discriminação, mulheres, crianças e meio ambiente), foram criadas também convenções e instituições em algumas regiões do mundo, em particular nas Américas e na Europa.

Esta evolução causou em alguns países europeus "uma mudança na situação jurídica que não pode ser sobrestimada"[1]Por exemplo, a Constituição Austríaca não conhece 'direitos fundamentais', mas somente 'direitos garantidos pela lei constitucional'. Só com a ratificação da Convenção Européia sobre a Proteção dos Direitos Humanos que estes foram introduzidos na ordem constitucional austríaca e concretizados principalmente pela jurisprudência. Estes direitos evoluíram aqui paralelamente ao desenvolvimento jurídico internacional.[2]

Com o novo constitucionalismo, cujo advento se deu com o pós-guerra e com a descolonização, os direitos humanos encontraram um lugar mais sólido e especial nas constituições dos estados novos no mundo inteiro. Não admira que os direitos humanos sejam hoje um tema principal no projeto para uma constituição européia.

I - A marcha irresistível dos direitos humanos através do direito internacional pú-blico

A idéia dos direitos humanos não perdeu nada de sua força, apesar da negligência de alguns países e governos. Mesmo a tentativa de abuso dos direitos humanos para atender a fins econômico-imperialísticos – em particular pelos Estados Unidos da América (EUA) – não poderiam fazer desacreditar a sua idéia principal. No contrário: Os direitos humanos preponderam defronte as revoluções tecnológico-industriais permanentes e da nova pobreza.

Depois da queda do muro de Berlim e do colapso do comunismo, Bruno Simma e Ulrich Fastenrath vêem a oportunidade para uma proteção internacional dos direitos humanos mais eficaz "sem dúvida decisivamente melhorada".[3]Uma contribuição prestou a Declaração Russa sobre os Direitos e as Liberdades do Homem no dia 5 de setembro de 1991.[4] Anteriormente, os direitos fundamentais soviéticos foram condicionados pela legitimidade socialista, no sentido de que eles deveriam servir para "a evolução da sociedade socialista", a sociedade sem classes. Já a jurisprudência soviética aceitava a suprapositividade dos direitos humanos nos anos setenta. Alexander Blankenagel concluiu que com esta idéia a atividade do Estado tem um papel particular, isto é, "contra ela o Estado não pode infringir sem perder sua legitimidade ou – imprimindo ainda mais cuidado – sem ter uma obrigação mais forte para justificá-la".[5]

O maior objetivo da ONU é impedir a Guerra, que se expressa com "a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas".[6]Um outro fim é a colaboração "resolvendo os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião" (art. 1 cif. 3). A Assembléia Geral "iniciará estudos e fará recomendações destinadas" (art. 13).

A colaboração internacional na área econômica e social tem como base, principalmente, "o respeito universal e efetivo aos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião" (art. 55, letra c).

Decisivo é, porém, o trabalho desenvolvido nas regiões do mundo como mostram os exemplos da Europa e das Américas. Os estados de uma região mundial são "homogêneos pelas tradições e mentalidades para oferecer aos seus cidadãos uma proteção mais eficaz e generosa contra a omissão do poder do Estado como fosse possível ao nível da ONU, onde o termo direitos humanos – hoje sobretudo entre o Norte e o Sul – por causa das culturas diferentes, sempre será discutido"[7]

II - Das instituições do direito público internacio-nal até a criação das instituições nacionais dos direitos humanos

Na Europa a Convenção Européia para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEDH) no ano de 1950 tornou-se eficaz para centenas de milhões de pessoas somente após a ratificação pelos Estados anteriormente comunistas do Leste Europeu. A CEDH é tida como pioneira de um 'direito público europeu' ('droit publique européen') pela jurisdição dos seus órgãos (a Corte e, até 1998, a Comissão).

Também o ‚Cesto 3' dos atos finais da sessão de Helsinki no ano de 1992 da Conferência de Segurança e Colaboração na Europa (CSCE, hoje: Organização de Segurança e Colaboração na Europa, OSCE) vai nesta direção. Nas resoluções seguintes de Stockholm e de Paris os direitos da autonomia para as
minorias foram fortalecidos.

Nas Américas a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos ('Pacto de San José de Costa Rica') do ano de 1969 mostra conseqüências semelhantes como na Europa. Sua efetividade é, todavia, mais limitada – uma razão é a não-ratificação pelos EUA.

Na África, há a Carta de Banjul[8] e o mundo árabe conheceu uma declaração islâmica dos direitos humanos. Na Ásia, por exemplo, convenções e instituições regionais como na Europa ou nas Américas ainda estão ausentes.

No ano de 1981, 168 dos 173 estados tiveram uma constituição na forma de um documento escrito que tem cláusulas pétreas em favor dos direitos humanos. Lawrence W. Beer vê "uma compreensão comum de um dos poucos modelos modernos e alternativos de governabilidade e de direito que surgiram pela primeira vez na história".[9]

Para a obrigação dos estados, oriunda dos tratados multilaterais, o direito internacional público é tido numa ordem jurídica de colaboração e de solidariedade que exige medidas concretas dos Estados e reclama a concretização das mesmas. Para a abertura dos caminhos do recurso no direito internacional público em favor das pessoas individuais, o princípio absoluto da soberania do Estado é flexibilizado. As ordens estatais do direito sempre evoluíram como ordens executivas das convenções e pactos internacionais dos direitos humanos. A inclusão dos direitos humanos nas constituições nacionais revela a difusão das normas internacionais, a segurança da proteção jurídica e a possibilidade de materialização destes direitos. O resultado é uma estratificação mundial dos direitos humanos. Neste sentido, Patrice Gelard fala de uma constituição mundial dos direitos humanos já existente, mas ainda não perfeita, a qual põe exigências concretas às constituições e às instituições nacionais para proteger e promover mais os direitos humanos.[10] Contudo, não existe ainda um estado mundial.

Como "resposta da filosofia do direito contra o desafio da globalização" Mathias Lutz-Bachmann propõe uma estatização global mínima, acompanhada dos princípios da subsidiariedade e do federalismo. "Nós devemos pensar numa forma de soberania graduada intra-estatal que proíba distinguir e ordenar horizontal e verticalmente uma pluralidade de competências e de níveis políticos."[11] Este pensamento se baseia no artigo insuperável de Immanuel Kant, intitulado "A Paz Perpétua", do início do século XIX, o qual possui relações diretas com a situação política e econômica moderna.

III - O papel prioritário dos direitos humanos

Na Conferência Mundial da ONU sobre os direitos humanos em Viena, no ano de 1993, os representantes dos estados e os outros participantes promulgaram uma declaração com 38 pontos e uma resolução com 100 pontos, afirmando fortemente a idéia dos direitos humanos e a vontade da sua concretização na prática política e social.[12]

A Conferência teve sucessos importantes e resultados concretos. Antônio Augusto Cançado Trindade constatou com razão o diálogo universal como o resultado mais importante. Este diálogo teve como objetivo fortalecer o movimento dos direitos humanos e consolidar o respeito permanente aos direitos humanos.[13] A Assembléia Geral da ONU afirmou na resolução 48/121, de 20 de dezembro de 1993, a prioridade dos direitos humanos para a comunidade internacional – "a matter of priority for the international community".[14] Ela mostrou satisfação sobre o bom trabalho da Conferência de Viena, "que constitui um fundamento sólido para as ações e iniciativas da ONU e de outras organizações internacionais interessadas, como também a dos estados e organizações nacionais" (cif. 3).

A Assembléia Geral da ONU criou o Alto Comissariado dos Direitos Humanos. Esta criação foi um sucesso concreto da Conferência. O primeiro Alto Comissário repetiu as duas mensagens claras da Conferência: "a proteção e a promoção dos direitos humanos como uma prioridade da comunidade internacional e a interdependência e inter-relação entre os direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento".[15] Sublinhou também a altíssima importância que a Conferência deu à assistência técnica e aos serviços consultivos para os governos interessados. Mas, no julgamento de Ingrid Kirchner, em paritcular, os países ocidentais deveriam fazer mais esforços para "eliminar os 'déficits' dos direitos humanos, por exemplo, na área do asilo e das discriminações dentro dos estados próprios e compreender seu papel não somente como 'fiscais' no exterior".[16]

IV - Exigência da criação das instituições nacionais efetivas

À primeira vista, a Declaração e o Programa de Viena não deixam claro quais devem ser as instituições incumbidas da proteção e da promoção dos direitos humanos. São pensadas instituições estatais com uma justiça especial dotadas de comissões e divisões internas nas administrações públicas ou então mais grêmios consultivos e organizações não-governamentais (ONG's), que devem ser mais valorizadas pelos governos?

Mas no contexto das idéias principais da Conferência é fácil concluir que em primeiro lugar são formadas as instituições estatais e governamentais. Instituições já existentes devem ser fortalecidas e novas devem ser criadas (cif. 34 e 36 da Declaração e cif. 66, 68, 69, 74, 83 e 84 do Programa[17]), as quais devem ser instituições centrais resultantes da posição prioritária dos direitos humanos no quadro geral dos trabalhos políticos.

Insuficientes são as instituições consultivas sem competências jurídicas como as várias comissões nacionais dos direitos humanos, como a 'Commission de Droits de l'Homme' na França[18] ou a 'Comissão Nacional dos Direitos Humanos', na Indonésia.[19]

O Programa de Ação de Viena põe os esforços para as instituições nacionais e organizações em primeiro lugar. Os órgãos competentes da ONU são confiados a atividades que apóiam os estados de boa vontade na construção destas instituições. A comunidade dos estados reconheceram que os direitos humanos não são somente um interesse prioritário da política dos governos, mas também sua garantia e sua implementação a partir das suas próprias instituições.

Depois da Conferência Mundial de Viena, o seu fundamento é preparado para uma redefinição da legitimidade das instituições estatais em geral. Até hoje a legitimação de uma instituição se mostra fundada no ato legal e constitucional de inauguração do governo ou do poder soberano. Mas hoje, na era dos direitos humanos, há uma amplificação das condições de legitimidade no campo deste conteúdo. As instituições não devem se contradizer com os direitos humanos (função negativa), mas devem protegê-los e promovê-los (função positiva).

Perante a institucionalização internacional bem avançada, em particular no mundo ocidental e europeu, a institucionalização no sistema jurídico nacional demora muito. Com relação às instituições internacionais e mundiais já instauradas, falta ainda a correspondência institucional. A relação do direito público internacional e do direito nacional se baseia na igualdade e na soberania de todos os membros (art. 2 cif. 1 da Carta da ONU).

No nível nacional, os grêmios principais onde o discurso sobre os direitos humanos tem lugar são os parlamentos, os tribunais, em particular os tribunais constitucionais, as comissões, as universidades, os institutos especializados e as várias organizações não-governamentais (ONG's). Mas instituições dos direitos humanos especializadas com competências e influência política ainda estão ausentes.

Este diagnóstico é de alta importância para a realização dos direitos humanos porque somente os estados têm a força obrigatória (vis coactiva). As instituições de direito público internacional têm no nível do direito nacional somente o caráter

recomendado (vis directiva). Enquanto as instituições nacionais competentes e eficazes faltam, a realização dos direitos humanos não é garantida.[20]

Que o poder e a política estatal têm dificuldades com a priorização da proteção e da promoção dos direitos humanos isto também se baseia nos efeitos das instituições estatais tradicionais, cujo início data de uma época onde os direitos humanos ainda não possuíam a mesma relevância de hoje. A encadernação dos envolvidos no processo legislativo provoca a necessidade de uma mudança do princípio de ser atingido como correlativo necessário ao princípio da maioria.[21]

O sistema de poder nas instituições tradicionais, democráticas ou oligárquicas, mostra-se, em consideração a todos os progressos – como garantia não suficiente para a proteção e a promoção das liberdades fundamentais dos homens.[22] O conceito básico do sistema atual das instituições teve início no fim do século XVIII e no princípio do século XIX, onde o sistema tradicional consistiu num desafio para os novos poderes sociais e econômicos, principalmente o da mega-indústria globalizada do mundo ocidental e o das novas elites religiosas e ideológicas do mundo oriental. Especialmente, o sistema capitalista era capaz de instrumentalizar quase totalmente, nos países industrializados ocidentes, o estado de direito mesmo para o sucesso econômico, por intermédio da liberalização do comércio internacional.[23]

Isso é, no aspecto do aumento do bem-estar destas sociedades, na verdade, não exclusivamente negativo. Mas é de se criticar que a orientação para se alcançar uma sociedade justa esteve sempre desacreditada. Ulrich Beck vê aqui um desafio particular para o estado e sua política. “As instituições políticas mudam em virtude do administrador de uma evolução que elas não puderam planejar e nem podem mais formá-las, devendo, assim, assumir a responsabilidade. Por outro lado, as decisões na economia e na ciência são carregadas de um conteúdo essencialmente político para que os atores não tenham nenhuma legitimação. As decisões que mudam a sociedade não têm um lugar onde elas possam ser ressaltadas, ficando sem língua e anônimas. Na economia as decisões são ligadas às decisões sobre investimentos que suplantam o ‘potencial‘ para uma mudança social numa conseqüência secundária“.[24]Nos muitos estados, em particular no terceiro mundo, o Estado de Direito ainda não está materializado. Constata-se, assim, um poder paraestatal – um poder social que sempre domina: as elites religiosas nas teocracias islâmicas, os partidos unitários comunistas na China e em Cuba, as oligarquias de latifundiários na América do Sul e no Sudeste asiático, ou empresas e indústrias enormes e capitais das nações industrializadas ocidentais.

V - Conclusão

A conclusão, em concordância com a Declaração de Viena do ano de 1993, é que em todas as regiões mundiais a prioridade dos direitos humanos exige uma tranformação e uma reorganização das instituições estatais, no sentido de que devem existir instituições competentes dos direitos humanos com o fito de concretizar, realizar e promover todos os direitos humanos já positivados no direito público internacional e nacional.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

* Agradeço especialmente aos estudantes Jânio Pereira da Cunha e José Valente Neto, que trabalharam como meus auxiliares, pela contribução e ajuda.Todas as traduções para o português das obras estrangeiras aqui utilizadas são de minha responsabilidade.

1. Ludwig Adamovich, Presidente da Corte Constitucional da Áustria, no jubileu de dez anos do Österreichisches Institut für Menschenrechte em Salzburgo, em 2 de julho do ano de 1997.

2. Vide Herbert Miehsler, Wird die Strassburger Praxis zur Europäischen Menschenrechts-konvention im österreichischen Recht be-rücksichtigt?, *in* Yvo Hangartner/Stefan Trechsel (Hrsg.), Völkerrecht im Dienste der Menschen. Festschrift für Hans Haug, Bern 1986, pp. 159 – 178.

3. Bruno Simma/Ulrich Fastenrath, Men-schenrechte. Ihr internationaler Schutz, 3. Auf-lage, München, 1992, p. XXXV.

4. Theodor Schweisfurth não acredita em sua efetividade, mas estima sua alta relevância política – atual em frente do trabalho para a criação de um espaço jurídico europeu e em frente da própria história russa. Theodor Schweisfurth, Moskau nach dem Putsch-Debakel; Die Deklaration der Rechte und Freiheiten des Menschen vom 5. September 1991, *in* EuGRZ 1991, S. 409 – 414. Texto da Declaração. *In* EuGRZ (Europäische Grundrechte Zeitschrift) 1991, pp. 433s.

5. Alexander Blankenagel, Sowjetische Grundrechtstheorie im Fluss, *in* Jahrbuch für Ostrecht, XVII/1976, 2. Halbjahresheft, pp. 48s.

6. Bruno Simma/Ulrich Fastenrath. *Op. cit.*, p. 1.

7. Bruno Simma/Ulrich Fastenrath. *Op. cit.*, p. XXXVI.

8. Vide Wolfgang Benedek, Das System des Menschenrechts schutzes in Afrika und Europa: Erfahrungen und Perspektiven. Zweite Afro-Europäische Konferenz der Friedrich-Naumann-Stiftung in Strassburg vom 26.-31. März 1990, *in* EuGRZ 1990, pp. 340 – 342.

9. Lawrence W. Beer, Towards Human Rights Constitutionalism in Asia and the United States?, *in* Greenberg Douglas/Katz Stanley N./Oliviero Melanie Beth/Wheatley Steven C. (ed.), Constitutionalism and Democracy. Transitions in the Contemporary World, New York/Oxford 1993, p. 708 (texto original em Inglês).

10. Patrice Gelard, Discours de clôture, in Thomas Fleiner (ed.), The Constitutional Development on the Eve of the Third Milleniums. Internationals Association of Constitutional Law, Third World Congress (Warsaw), Freiburg CH, 1995, p. 193.

11. Matthias Lutz-Bachmann, "Weltstaatlichkeit" und Menschenrechte nach dem Ende des überlieferten "Nationalstaates", *in* Hauke Brunkhorst/Wolfgang R. Köhler/Matthias Lutz-Bachmann (Hrsg.), Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik, Frankfurt a.M., 1999, p. 215.

12. O julgamento majoritariamente positivo sobre os resultados da Conferência não pode enganar acerca do fato de que a resolução é um conglomerado de vários princípios e medidas sem sistematização conseqüente. Uma repreensão é que a resolução foi superlotada e contém demasiadas encomendas, mas muito pouco claras. Seria muito difícil reconhecer as prioridades.

13. Antônio Augusto Cançado Trindade, Direitos humanos: Declaração de Viena mantém caráter universal, *in* Politicas Governamentais, Brasília, 1993, n. 93.

14. Resolução 48/121, de 20 de dezembro do ano de 1993, *in* Manfred Nowak (ed.), World Conference on Human Rights, Vienna, June 1993. The Contribution of ONG's. Reports and Documents, Wien, 1994, p. 191.

15. José Ayala Lasso, Human Rights after the World Conference, *in* Manfred Nowak (Ed.). *Op. cit.*, p. 203.

16. Ingrid Kirchner, Die Weltkonferenz für Menschenrechte – Fünf Jahre danach, in Gabriele von Arnim/Volkmar Deile/Franz-Josef Hutter/Sabine Kurtenbach/Carsten Tessmer (Hrsg.), Jahrbuch Menschenrechte 1999, Frankfurt a.M., 1998, p. 110.

17. *In* Manfred Nowak (ed.). *Op. cit.*, pp. 175 –188.

18. Vide Gérard Fellous, La Commission nationale consultative des droits de l'homme. 1987-1988,

in Les Droits de l'homme en Questions. Livre Blanc, Paris, 1989, pp. 341 – 369.

19. Vide Julian Kokott, Indonesian National Commission on Human Rights: Two Years of Activities, *in* HRLJ (Human Rights Law Journal), Vol. 16, n. 10-12/1995, S. 420 – 421. Instrumentos importantes para a formação de uma cultura geral dos direitos humanos formam os institutos dos direitos humanos nas universidades e os grupos acadêmicos de pesquisas (vide, p. ex., o Instituto Austríaco para Direitos Humanos‘ na Universidade de Salzburgo; Franz Matscher, Bericht über die 10 jährige Tätigkeit des Instituts, *in* ÖIMR-Newsletter 1997/3a, Sonderheft zum Festakt "10 Jahre Österreichisches Institut für Menschenrechte" (Salzburg, 2. Juli 1997), pp. 123 – 129).

20. Vide Norberto Bobbio, Das Zeitalter der Menschenrechte (“A Era dos Direitos“). Ist Toleranz durchsetzbar?, Berlin, 1998, pp. 22 – 28.

21. Vide Matthias Lutz-Bachmann, *op. cit.*, p. 215.

21. Vide Rainer Tetzlaff, Demokratisierungshilfe statt Wahlinszenierung! Gesellschaftliche und institutionelle Voraussetzungen für Demokratisierung in den Ländern des Südens, *in* Betz Joachim/Brüne Stefan (Hrsg.), Jahrbuch der Dritten Welt 1998. Daten – Übersichten – Analysen, München 1997, pp. 38s.; Andreas Mehlen, Es gibt keine verfrühte Demokratie: Probleme des demokratischen Übergangs in Afrika, *in* Betz Joachim/Brüne Stefan (Hrsg.), Jahrbuch der Dritten Welt 1998. Daten – Übersichten – Analysen, München, 1997, pp. 47-62.

23. Vide Tony Clarke, MAI – Der Vertrag der Herrschaft der Konzerne. Eine erste Analyse des Multilateralen Abkommens über Investitionen (MAI), das die globale Herrschaft der Konzerne zu konsolidieren versucht, Canadian Centre for Policy Alternatives (CCPA) 1997, sobre as conseqüências negativas do projeto, Multilateral Agreement on Investment‘ (MAI) de OECD.

24. Ulrich Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt a.M., 1986, pp. 305s.

VIII
GLOBALISIERUNG, SOZIALE EXKLUSION, DEMOKRATIE

PROF. DR. FRIEDRICH MÜLLER

Universität Heidelberg/Alemanha.

I

„Globalisierung" brauche ich hier nicht umfassend zu erklären. Es wäre auch vergeblich. Dafür ist das Phänomen nicht transparent noch gar einheitlich genug.

Auf jeden Fall zählen zur Globalisierung eine komplexe weltweite Arbeitsteilung, ein rasantes unternehmerisches und volkswirtschaftliches Umstrukturieren und das Anwachsen gegenseitiger ökonomischer Abhängigkeit. Man mag es auch wirtschaftliche Integration der Welt nennen; nicht nur symbolisiert, sondern betrieben durch die neuen Machtzentren: Internationaler Währungsfond (IWF), Weltbank, Welthandelsorganisation (WTO) und Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) – sie bilden seit einem Jahrzehnt heimlich eine Art planetarer Exekutive. Mit ihrer Hilfe wendet der Westen seine ökonomischen Modelle ebenso abstrakt wie brutal auf Gesellschaften der sogenannten Dritten Welt und der Peripherie an.

Was global wird, ist so erst einmal das Gesetz des Kapitals: Profitmaximierung für wenige durch Entfesselung der internationalen Finanzmärkte. Die Mondialisierung ist eine mondiale Monetarisierung. Der Kampf marktradikaler Ökonomen und Politiker seit den 80er Jahren, besonders in den USA und im Vereinigten Königreich, für Angebotspolitik, Sozialabbau und Deregulierung, für hire und fire, „Flexibilität" der Lohnabhängigen, Privatisierung, niedrige Steuern und freie Wechselkurse, ihr und ihrer heutigen Epigonen Krieg gegen historisch erkämpfte sozialstaatliche Normen und gegen die Gewerkschaften diente letztlich dem Zweck, der selbstbezüglichen Logik der Finanzmärkte global zum Durchbruch zu verhelfen. Heute haben sich die zeitlich und räumlich unbegrenzten Bewegungen von Kapitalströmen von den grundlegenden Wirtschafts- und Konjunkturdaten selbständig gemacht. Nach dem System von Bretton Woods (1944) wurden Devisen nur getauscht, um damit Handel und Investitionen zu finanzieren – also in einem Rahmen, der stets auch Feld der Politik und demokratischer Verantwortung gewesen war. Jetzt hat die Spekulation jede rationale, jede im Sinn des Wortes ökonomische Beziehung zum realen Warenverkehr abgestreift. Noch 1971 bezogen sich 90% der internationalen Finanzgeschäfte auf reales und 10% auf spekulatives Kapital; bereits 1995 waren 95% davon spekulativ geworden, zur jetzigen Jahrhundertwende schon 97 bis 98% – bei einer täglich umher floatenden Kapitalmenge von rund eineinhalb Billionen US$. Das uneingeschränkt und ohne Zweifel globale an der bisherigen Globalisierung ist präzise diese Entfesselung der Finanzmärkte. Ihre irrationalen Capricen haben inzwischen Vorrang vor den Ergebnissen allgemeiner demokratischer Wahlen. Das ist fatal; und es ist auch neu. Denn es hat nicht der Kapitalismus den Realsozialismus in die Knie gezwungen. Es war vielmehr die demokratisch verantwortliche Politik gewesen, die traditionell die Bedingungen für die Märkte des Westens setzte: sozialstaatliche Modelle und solche der gemischten Wirtschaft wie „Ordoliberalismus“, „soziale Marktwirtschaft“, „New Deal“, „Great Society“.

Sehr im Gegensatz hierzu wurde in den USA, begonnen unter Reagan und fortgesetzt durch Clinton, der Schwerpunkt von Innen- und Außenpolitik auf Außenwirtschaft verlagert, von Washington nach Wall Street und Silicon Valley.

II

Inzwischen wächst trotz aller Propaganda der großen Medien, die heute in der Regel Mischkonzernen gehören, der Unmut darüber, dass

der Staat die demokratische Kontrolle über all das verliert, was den Interessen der Grosswirtschaft überlassen wird. Bei einer Umfrage aus Anlaß der WTO-Konferenz in Seattle glaubten nur 37% der Amerikaner in der unteren Hälfte der Einkommenspyramide an die Vorteile der Globalisierung. Dagegen waren 63% der Wohlhabenderen überzeugt, daß die globale Wirtschaft ihnen selbst helfe.

Die Globalisierung vermindert nicht Ungleichheit, wie ihre Herolde sagen. Sie hat sie bisher verbreitert und verschärft – der Weltsozialgipfel 1995 in Kopenhagen, die UN-Vollversammlung in New York Ende Juni 2000 und der Armutsbericht 2000 des Entwicklungsprogramms der UNO (UNDP) haben bittere Schlußfolgerungen gezogen. Die Globalisierung verbessert den grenzeüberschreitenden Kapitalverkehr, den Handel mit Gütern und den Austausch von Arbeitskräften. Aber wenn der Wohlstand auf diese Weise steigt, steigt er nur im abstrakten Durchschnitt. Gewinner sind die Vermögenseigner, ferner die Anbieter hoch qualifizierter Arbeitskraft. Verlierer sind die Arbeiter und einfachen Angestellten, zu schweigen vom Milliardenheer der Arbeitslosen und Ausgeschlossenen. Inzwischen geniessen 20 Prozent der Menschen knapp 90 Prozent der Güter. Die reichsten 200 Weltbürger verfügen Ober ein Vermögen von weit über einer Billion US$. Das entspricht dem jährlichen Einkommen der Hälfte der Menschheit. Eine Milliarde Personen lebt in Wohlstand, vier Milliarden am Existenzminimum, eine Milliarde in grausamem Elend. Nicht nur private Verfügung, auch weltweite öffentliche Güter (Global Public Goods, vgl. I. Kaul et al. 1999) wie Recht auf Frieden, auf eine intakte Natur, auf Information, auf unbestechliche Behörden und eine faire Justiz werden gerade den Armen und Exkludierten zunehmend vorenthalten, die wegen ihrer verzweifelten Lage nichts kompensieren können. Adam Smith, der differenzierter hinschaute, als seine heutigen Fanatiker glauben machen wollen, unterscheidet durchaus zwischen den Gütern und verweist für derartige Gemeinschaftsgüter zunachst auf den regulierеden Staat.

Auch über diese klassische Fallgruppe hinaus sprechen gegen den Ultraliberalismus ernste Gründe dafür, daß eine bestimmte Klasse von Problemen, die der Verteilungspolitik, nach wie vor den Staat braucht. Gerade die Demokratie erfordert es, wirtschaftliche Vorgänge in soziale einzubetten – in der heutigen Lage auch mit internationalen Regelwerken (Scharpf 1997; Streeck/Crouch 1997). Sonst machen staatsfreie Marktvorgänge die Verantwortung der Verfassungsstaaten und ihre demokratische Legitimierbarkeit allmählich noch mehr zur Farce.

III

Wann und wodurch begann dieses Abtrennen zentraler Entscheidungen der Gesellschaft vom demokratischen Kontext der Tradition?

Man sagt, in den 60er Jahren des 20. Jahrhunderts und nennt es heute etwa Informationsrevolution, digitale Revolution; mit älteren Ausdrücken: Ende des Industriezeitalters, Wechsel vom fordistischen zum postfordistischen Zivilisationsmodell (Revelli 1999) oder Übergang von der Industrie- zur Wissensgesellschaft. Das ganze hat keinesfalls nur technische Gründe, seit den 70er (und dann weiter verstärkt in den 80erJahren) griffen massive politische Entscheidungen ein; zur Beschleunigung kamen globale Deregulierung und Abstrahierung von traditionellen gesellschaftlichen Parametern. Das System von Bretton Woods sah sich verabschiedet, die Kontrollen des Kapitalverkehrs wurden aufgegeben, die Wechselkurse wurden flexibel; innerstaatlich flankierten Sozialabbau und Privatisierung – wiederum politisch entschieden – diese weltweite Entwicklung. Sie verschränkte sich mit der technischen. Idealtypisch gesagt (i.S. von Max Weber): In der vorherigen Industriegesellschaft konnten die Unternehmen, beispielsweise, die Konkurrenz bestehen, indem sie Quälitat und Produktivität verbesserten.

In der "Neuen Wirtschaft" dagegen wächst der Wissensvorsprung der Branchenführer immer rascher, von Konkurrenz kaum mehr aufholbar. Technisch-industrielle Produktion, wirtschaftliche Nutzenorientierung und demokratische Regulierung über Rechtsvorschriften kennzeichneten das alte Modell. Kapital, Arbeit und Staat als seine Hauptakteure sind typisch in ein rechtlich bestimmtes Netz von Konflikt- und ein rechtlich gerahmtes von Konsensprozeduren eingebunden. Die realen Stützen dieses Typus sind stetiges Wachstum von Wirtschaft und Arbeitsproduktivität sowie zunehmende Massenkaufkraft.

Seit der wirtschaftspolitischen Wende Mitte der 70er Jahre – auf der Basis der älteren technischen – wächst die Wirtschaft, indem sie tendenziell Beschäftigung *beseitigt*; wird punktueller Reichtum rascher und rascher angehäuft, indem ganze Bevölkerungsgruppen, ganze Branchen – im Fall Afrikas ein ganzer Kontinent – ins Abseits gestellt

werden. Die Unternehmen konzentrieren sich rasant, die Konzerne agieren zunehmend transnational; sie sind es, die für erhebliche Teile des wirtschaftlichen Geschehens die Staaten als steuernde Instanz ablösen.

Auf der Strecke bleiben, unvermeidlich, zentrale Ziele herkömmlicher reformistischer Politik: sozialer Ausgleich, materielle Umverteilung, im Prinzip egalitäre Bildungs- und faire Aufstiegschancen (Revelli 1999). All dies spielt sich wohlgemerkt etwa seit einem Vierteljahrhundert auch in den zentrischen, den G7-Ländern ab, sinnfällig am Übergang von älterer konjunktureller zu „neuer“, zu struktureller Unterbeschäftigung. Nicht die Konjunktur stockt, sondern das ältere Zivilisationsmodell der Arbeit. Die Arbeitslosigkeit ist „nicht das Resultat einer mehr oder weniger temporären Entwicklungskrise. Im Gegenteil: Sie ist die Form der Entwicklung selbst" (Revelli 1999; vgl. auch Rifkin 1996).

Die neue Wirtschaft der "Wissens"gesellschaft, auf der Grundlage der Informationstechnologie, ist mit anderen Worten immateriell. Ihre Art der Vernetzung wird mit einem noch wenig klaren Ausdruck gerne als virtuell bezeichnet. Auf jeden Fall spottet sie des traditionellen Nationalstaats und seiner Rechtsregeln Die Akteure der Neuen Wirtschaft sind transnational.

Im alten Produktionsmodell brauchte der Reiche den Armen und er sah sich dem Vorwurf ausgesetzt, die Arbeiter auszubeuten. In der Neuen Wirtschaft braucht er die Armen nicht mehr ohne weiteres; die er braucht, beutet er – immer weniger daran gehindert – weiterhin aus. Aber schwindelerregend riesige Gruppen von Menschen werden überflüssig – wirtschaftlich, sozial, kulturell und rechtlich exkludiert. Diese Vierte Welt der Überzähligen globalisiert sich zusehends, die entwickeltsten kapitalistischen Gesellschaften eingeschlossen. Und die traditionelle Demokratie als reprasentatives Modell unterliegt angesichts dessen ihrerseits einer immer schlechter zu versteckenden Exklusion.

Ihre Basis kommt ihr abhanden; nämlich sozial und kommunikativ integrierte Menschen, auf die sie angewiesen ist. Wachsende Exklusion, formulierte Niklas Luhmann mit Blick auf Indien, Afrika, Brasilien, aber etwa auch auf Teile der USA, bedeutet die „Produktion“ von Millionen menschlicher Wesen, die aus allen gesellschaftlich notwendigen Kommunikationen fallen.

IV

Besonders gefährlich sind diese Folgen für Entwicklungs- und für Schwellenländer der Weltperipherie. Zum einen wird ihre Wirtschaft von den (in den G7-Ländern gemeldeten) Zentralen transnationaler Konzerne gesteuert; es gelingt ihnen immer weniger, einen nennenswerten eigenen Industrie- bzw. Dienstleistungssektor zu schaffen. Wird z.B. in Brasilien vom Ausland investiert – Volkswagen do Brasil, Renault do Brasil, etc – und die Investition führt zum wirtschafltichen Erfolg: dann gibt es ökonomische Entwicklung an dem geographischen Ort „Brasilien“, und in dem Nationalstaat , der sich „Föderative Republik von Brasilien“ nennt. Aber was da ökonomisch weiter entwickelt wird, das ist nicht Brasilien.

Dagegen muß sich die Zivilgesellschaft wehren. Sonst gibt es keine Lösung. Denn ohne politische Legitimierung kann die globalisierte, kann auch die transnationale Wirtschaft nicht auf unbegrenzte Zeit die Frage ihrer Akzeptanz verdrängen – vor der Mehrheit der betroffenen Menschen, vor den sozial und politisch aktiven Bürgern. Diese haben für eine verstärkt partizipative Demokratie verzweigte und beweglich verbundene kollektive Handlungsformen neu zu erarbeiten. Wenn die Gewählten nicht mehr entscheiden und die Entscheider nicht gewählt sind, müssen die im exemplarischen Widerstand Stehenden auch nicht auf traditionell nationalstaatliche Weise „gewählt" sein. Sie legitimieren sich – vorerst – durch ihr Engagement und durch die Offenheit der Diskussion darüber, auf die sie selbst den größten Wert legen.

Globalisierung ist dabei, die Kluft zwischen Reich und Arm, zwischen Akteuren und Objekten ihrer Aktion, zwischen Inkludierten und Exkludierten zu vertiefen und zu verbreitern. Jedenfalls die Tendenz geht dahin, die neoliberalen Zweidrittelgesellschaften im Zentrum für die Peripherie durch dortige 9/10 Gesellschaften zu ergänzen. Den (entstehenden) Demokratien kommen die (möglichen) Demokraten abhanden; politische Rechte auf dem Papier brauchen soziale Voraussetzungen, um ausgeübt werden zu können.

Dem steht leider nicht entgegen, was in der internationalen Debatte „Glokalisierung“ genannt wird. Denn es geht immer weniger allein um das ständige Wachsen von Makrostrukturen, welche die globalen Akteure transnational verflechten. Das Neue wird wegen der neuen globalen Vernetzung auch „fassbar im Kleinen, Konkreten, am Ort, im eigenen

Leben, in kulturellen Symbolen“ (Beck 1997, S. 29, 91). Technische Universalisierung, vereinheitlichende Standardisierung, zentrale Formation neuer Macht auf der einen Seite – Desintegration, teilweise Dezentrierung, Partikularismus, Regionalisierung auf der anderen; also zwei gegensätzlichen Bewegungen. Doch ist der Rahmen für dieses Ineinander eben immer weniger der demokratische Nationalstaat mit seiner rechtlichen Kompetenz und Verantwortlichkeit.

V

Daneben führt die gefährlichste Attacke auf Demokratie über soziale Exklusion. Nach dem bisherigen Erfahrungswert ist Globalisierung dabei, sie zu verschlimmern und zu chronifizieren. Exklusion entlegitimiert. Rein spekulatives mobiles Kapital auf einem staat(en)losen Markt überspielt gewählte Parlamente und Regierungen. Es wird im Rahmen der Globalisierung damit genau den demokratischen Methoden der Boden entzogen, mit denen Errungenschaften wie die Menschenrechte und Politikziele wie Umweltschutz zu behandeln sind. In den weniger entwickelten und den Schwellenländern wächst die Erfahrung, daß global angekurbeltes, nur monetär definiertes und makrostatistisch erfasstes Wirtschaftswachstum rechtsstaatliche Sicherungen und good governance nicht ersetzt; daß es ohne sie die Gesellschaften nicht etwa befriedet, sondern mit noch mehr Konfliktpotential anfüllt, sie destabilisiert. Für die USA und andere Industrieländer, sagen Autoritäten wie J. K. Galbraith, William Lewis und Lester Thurow angesichts eines weiterhin ungehemmten Marktes voraus, die Gesellschaft werde in Stücke reißen: „Der Kapitalismus kann damit fertig werden, die Demokratie aber nicht“. Und erst recht in Brasilien und in anderen Ländern in Transformationsprozessen, in labilen oder „defekten“ demokratischen Systemen können die Folgen der Globalisierung gesteigert schaden. Diese sind oft stärker als die Nachwirkung vorautoritärer Traditionen aus einer früheren demokratischen Phase; und sie können die Handlungschancen der civil society leicht überfordern.

VI

In Lateinamerika hat der Kapitalismus wesentlich dünnere Wurzeln als z.B. in den asiatischen Industriestaaten; daher hat man hier mit seinen Krisen, besonders im Sinn von "Hinein!" und "Heraus!" internationaler Investoren schon mehr Erfahrungen sammeln müssen. Bis zur Mexikokrise 1994 und in geringerem Maß auch wieder nach ihr galt der Subkontinent als guter Investitionstipp.Zur Zeit ist das Kapital wieder im Rückzug begriffen – mit, wie zu befürchten ist, besonders großen Turbulenzen. Das erklärt sich aus der Politik- und Wirtschaftsgeschichte Lateinamerikas. Die Kolonialmächte hatten den Merkantilismus gepflegt, die Regierungen der endlich unabhängig gewordenen Staaten setzten ihn fort. Eliten wurden weiterhin für den Staatsdienst statt für freie Wirtschaft und Industrie ausgebildet; die Industrialisierung seit der 30er Jahren, angestoßen durch populistische Politiker, geschah gegen die Eliten. Die Industrialisierung galt als Sache des Staates. Vater Staat in der industriellen Produktion trat neben den Patron auf dem Landgut; immer wieder auch wurden ausländische Unternehmen annektiert, und die wenigen großen Privatunternehmen hingen vom Wohlwollen der Regierungen ab. Korruption, Inflation und technischer Rückstand waren ein hoher Preis für die fortbestehende Symbiose von Politik und Geschäft. Nach dem Ende des Kalten Krieges öffnete sich der Kontinent dem Weltmarkt, ausländisches Kapital überschwemmte die einheimischen Volkswirtschaften, Staatsunternehmen wurden verkauft. Vater Staat übergab die Rolle des Patrons an multinationale Gesellschaften.

Der so entstehende Kapitalismus ist weitgehend fremdgesteuert, aus Konzernzentralen wie Detroit, Ludwigshafen, Wolfsburg und vielen anderen; seine einheimische Basis ist hauchdünn. Die Kapitalbeschaffung einheimischer Unternehmen an der Börse ist schwach ausgeprägt, das Institut der Volksaktie ist unbekannt. Unter den 500 weltweit größten Unternehmen finden sich sechs lateinamerikanische. Unternehmer sind ungewöhnlich häufig Politiker oder Anwälte, die ihren Betrieb eher als private Geldanlage auffassen. Unternehmerische Forschung, Entwicklung, längerfristige Investionspolitik werden klein geschrieben; unternehmerische Initiative wirkt sich eher im informellen Sektor aus, der nach häufiger zu lesenden Schätzungen etwa so groß ist wie die statistisch erfaßte Volkswirtschaft Lateinamerikas. Das wirkt natürlich auf die Politik zurück. Speziell für den Fall Brasiliens hat etwa Celso Furtado die zunehmende Unregierbarkeit aufgrund makroökonomischer Abhängigkeiten festgehalten; die Unterworfenheit unter ausländisches Kapital verursache ein „risco crescente de ingovernabilidade do país“ (O Capitalismo Global, S. 73 ff.).

VII

Ein Spezialthema, das in diesem Rahmen nur angedeutet werden kann, besteht in den Auswirkungen von Exklusion auf Demokratisierung, auf die überaus komplexen Vorgäge der Transformation in Systeme, die dann „demokratisch“ zu nennen wären (zum folgenden: Puhle). Von dem Bündel an Faktoren, die vorliegend im Zentrum stehen, kommt es dabei auf die Nachwirkung prädemokratischer Institutionen, aber auch auf „die Erinnerungskraft vorautoritärer Traditionen“ an, vor allem auf frühere demokratische Phasen in der Geschichte eines Landes; nicht zuletzt auch auf Stärke und Entwicklungsstand des Handlungspotentials der Eliten und des allgemeinen Mobilisierungsgrads der Gesellschaft, kurz auf „die jeweilige Stärke der civil society“. Eine solche bremst vielfältig die Dominanz eines herkömmlich zu „starken“ Staates; beziehungsweise eines Staates, der – wie aktuell in Brasilien – tendenziell wieder immer autoritärer wird. Durchaus nicht alle zivilgesellschaftlichen Gegenkräfte sind intern demokratisch, viele sind ihrerseits autoritär oder klientelistisch verfaßt; ihre Aktivitäten tragen aber wenigstens zum Pluralismus des ganzen bei. Was Brasilien angeht, so mußte es sich von einem vorhergehenden Militärregime absetzen, und trug seine Verfassunggebung noch durchaus die Spuren eines paktierten (nicht: revolutionären) Übergangs an sich. Das fast schon wieder erdrückend gewordene Gewicht seines Präsidialregimes führt bei einer traditionell noch zu schwach demokratisierten Zivilgesellschaft zu dem, was in der Transformationsforschung eine „defekte“ Demokratie genannt wird – zumal die praktische Durchsetzbarkeit demokratischer Politik am Mangel rechtsstaatlicher Strukturen leidet. In Brasilien fehlt es weder – leider – an Erfahrung noch auch – glücklicherweise – an Reflexion über diese Zwischenformen zwischen Demokratie und mehr oder weniger autoritärer Herrschaft; Termini wie dictablanda oder democradura zeugen davon. Eine noch fatal starke Basis für solch defekte Hybridformen bildet in Brasilien die weithin archaische politische Struktur: mit der Herrschaft einer klientelistisch agierenden Kaste von Landesfürsten, von „Kaziken“**,** in den Einzelstaaten sowie – in diesen wie auch auf der Ebene der Föderation – in von den Wählern praktisch nicht kontrollierbaren Volksvertretern, die ihrerseits regionalem und präsidentialem Klientelismus sich fügen.

Um so wichtiger ist es, daß auch im Bereich der mehr oder minder organisierten/organisierbaren „Massen“ ein realer Faktor gelingender Demokratisierung liegt, jedenfalls auf längere Sicht: ohne Kommunikation und Zusammenarbeit mit diesen kann sich auch eine Elite nicht unbegrenzt halten. Demokratisierung, aussichtsreicher „von unten“ als „von oben“ kommend, vollzieht sich eben auch aus einer Vielzahl von Selbsthilfe-,Selbstschutz-, Bürgerrechts- und sonstigen Widerstandsinitiativen**.** Aber genau hier ist nun wiederum soziale Exklusion etwas ungemein Hinderliches, das mit allen Kräften, um der (künftigen) Realität eines demokratischen Systems willen, bekämpft und zurückgedrängt werden muß. Auch die biologische *Evolution* brauchte ständige *Mutationen*. Solche Mutationen gegen die Globalisierung müssen aus der Zivilgesellschaft kommen.

VIII

Demokratie ist positives Recht eines jeden Menschen. Aber: Noch mehr an Globalisierung wäre für Demokratie tödlich; der bisher erreichte Grad ist hoch gefährlich. Wie kann man aus diesem Abgrund wieder hochklettern? Viele Maßnahmen werden diskutiert. Ich möchte hier einige rechtspolitische nennen: neue sozialstaatliche Ausgleichsziele, wirksame Landreformen, systematische Steuerkredite für die working poor, dramatisch hõhere Staats- und Unternehmensinvestitionen in Bildung und Ausbildung, Ernstnehmen und Durchsetzen des geltenden Rechts (Arbeits- und Sozialrecht, Strafrecht, prozessualer Rechtsschutz, Menschenrechte).

Auch viele politische und ökonomische Maßnahmen werden diskutiert. Sie lassen sich unterscheiden nach staatlich-nationalen Maßnahmen, nach internationalen und supranationalen (dazu gehören z.B. das Projekt **„**Soziales Europa” oder die Bildung strukturierter Regionen wie Okzitanien-Katalonien und Mercosur). Über die neuartigen, die transnationalen, spreche ich noch. Im Rahmen der konventionellen werden interparlamentarische Arbeitsgruppen zu globalen Themen, ein „Comeback der Parlamente“ und eine Weltversammlung der Parlamente ins Auge gefasst. Interessanter ist der Ansatz, den die UNO in Form der *global public policy group* einzurichten beginnt: als Vorstufe der politischen Prozesse in den traditionellen Institutionen kontroverse Vorhaben von Wissenschaftlern, Politikern, Medien und Unternehmen aufbereiten zu lassen – unter dem

erfreulichen (aber für diese auch gefährlichen) Einbezug von NGOs.

Wie verhalten sich zu diesen neuen Formen transnationaler Wirtschaft und Rechtsbildung die neuen Formen transnationalen Widerstands?

Im vergangenen Jahrzehnt haben Tausende von NGOs , Bürgervereinigungen und Rechts- wie Umweltinitiativen eine Art sozialen Weltgewissens begründet: durch konstruktive Vorschläge, durch Protest, durch symbolische Aktion; durch „lokale“ i.S. von konkret themenbezogener Demokratie auf kommunaler, nationaler und transnationaler Ebene .Ortsnamen wie Seattle, Davos, Washington und Prag – jetzt
Porto Alegre – stehen daher für eine Anstrengung, die globalen Vorgänge *demokratisch* infrage zu stellen und, als Fernziel, legitim zu ändern. Die global players werden kritisch beobachtet, ihr räuberisches Handeln vor einer entstehenden Weltöffentlichkeit delegitimiert; der Appell an Änderungen des Konsumverhaltens kann ferner ein Drohpotential aufbauen, das über den politisch-moralischen Druck auf nationale Regierungen erheblich hinausgeht. Statt abzuwarten, wie eine globale Öffentlichkeit sich aufgrund globalisierender Kommunikation durch die neuen Medien „von selbst" ergibt, ist energisches, vielfältiges Handeln nötig.

Vergleichbar ist in emerging democracies die Entwicklung der Zivilgesellschaft nicht einfach geduldig abzuwarten, sondern durch Gruppen, Initiativen und überlegt voluntaristische Einzelaktionen (zu denen Pilotverfahren und Musterprozesse im Rechtssystem zählen) voranzutreiben (Müller 1997) – nicht zuletzt auch durch Formen zunehmender partizipativer Demokratie – der Ortsname „Porto Alegre“ hat hier schon eine globale Strahlkraft entwickelt. Mit anderen Worten: wenn man nicht völlig resignieren will und die politischen Früchte der Aufklärung und Moderne vernichten lassen will – Menschenrechte, Rechtsstaat, Demokratie -, dann braucht die Welt des 21. Jahrhunderts eine Globalisierung von unten.

Gegen die Globalisierung oligopolistischen Kapitals *ist die Demokratie zu globalisieren* – in Formen, die selber demokratisch strukturiert sind, als bewegliche Selbstorganisation; mit einem durch den Widerstand nach und nach zu schaffenden globalen **„**Volk" als Akteur und Medium weltöffentlicher Kommunikation, Kritik und einer Konstruktion besserer Optionen: für eine künftige Weltgesellschaft, in der die Ökomie wieder für die Menschen da sein wird.

L I T E R A T U R

BEAU, O.. Repenser la Démocratie Constitutionelle. Le Pari d'une Théorie "Post-positiviste" du Droit, in Critique 642 / « Philosophie politique », Paris 2000, S.

BECK, U.. Gegengifte, 1988.

Id.. Weltbürgergesellschaft. Individuelle Akteure und die Zukunftsfähigkeit der modernen Gesellschaft, in Jahrbuch Arbeit und Technik 1996, S. 141 ff.

Id.. Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung, 1997.

BIRNBAUM, N.. Mehr Demokratie wagen, in DIE ZEIT (24. 10. 1997)

Id.. After Progress, Oxford 1998.

BOURDIEU, P., et al.. Das Elend der Welt, 1997.

BRUNKHORST, H.. Ist die Solidarität der Bürgergesellschaft globalisierbar?, in Brunkhorst, H., Kettner, M. (Ed.s.), Globalisierung und Demokratie, 2000, S. 274 ff.

Id., KETTNER, M.. Einleitung, in Brunkhorst, H., Kettner, M. (Ed.s.), Globalisierung und Demokratie, 2000, S. 7 ff.

CASTEL, R.. Die Metamorphosen der sozialen Frage, 2000.

Chomsky, N.. Haben und Nichthaben, 1998.

Id. Profit over People Neoliberalismus und globale Weltordnung, 2000.

CHRISTENSEN, R.. Einleitung zu: Müller, F., Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie, 1997, S. 7 ff.

FALK, R.. On Humane Governance. Toward a New Global Politics, London 1995.

FURTADO, C.. O Capitalismo Global, São Paulo 1998.

GUSY, Chr.. Demokratiedefizite postnationaler Gemeinschaften unter Berücksichtigung der Europäischen Union, in; Brunkhorst, H., Kettner, M., Globalisierung und Demokratie, 2000, S. 131 ff.

HABERMAS, J.. Der interkulturelle Diskurs über Menschenrechte, in Brunkhorst, H., Köhler, W.R., Lutz-Bachmann, M. (eds.), Recht auf Menschenrechte, 1999, S. 216 ff.

HEILBRONER, R.. Kapitalismus im 21. Jahrhundert, 1994.

KAUL, I., Grunberg, J., Stern, M. A. (eds.), Global Public Goods, New York 1999

KETTNER, M., Schneider, M.-L.. Öffentlichkeit und entgrenzter politischer Handlungsraum: Der Traum von der „Weltöffentlichkeit" und die Lehren des europäischen Publizitätsproblems, in Brunkhorst, H., Kettner, M. (eds.), Globalisierung und Demokratie, 2000, S. 369 ff.

KÜHNL, R. Gesellschaft im Umbruch, in Blätter für deutsche und internationale Politik 1994, S. 747 ff.

KUTTNER, R.. Everything for Sale. The Virtues and Limits of Markets, New York 1997.

LINZ, J.J., Valenzuala, A. (eds.), The Failure of Presidential Democracy. Comparative Perspectives, vol. 1, Baltimore 1994.

Id., STEPAN, A. (eds.), Problems of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, South America, and Post Communist Europe, Baltimore 1996.

LIPSET, S.M.. Some Social Requisites of Democracy, in American Political Science Review 53 (1959), S. 69 ff.

LUHMANN, N.. Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1998.

LUTZ-BACHMANN, M.. „Weltstaatlichkeit" und Menschenrechte nach dem Ende des überlieferten „Nationalstaats", in Brunkhorst, H., Köhler, W.R.,

Lutz-Bachmann, M. (eds.), Recht auf Menschenrechte, 1999, S. 199 ff.

MAUS, I. : Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder:der zerstörte Zusammenhang von MENSCHENRECHTEN UND DEMOKRATIE, in Brunkhorst, H., Köhler, W.R., Lutz-Bachmann,M. (eds.), Recht auf Menschenrechte, 1999, S. 276 ff.

MICHELMAN, F.J.. Brauchen Menschenrechte eine demokratische Legitimation?, inBrunkhorst, H., Köhler, W.R., Lutz-Bachmann, M. (Ed.s.) Recht auf Menschenrechte, 1999, S. 52 ff.

MOUFFE, Ch. (ed.), Dekonstruktion und Pragmatismus, 1999.

MARTIN, H. P., Schumann, H.. Die Globalisierungsfalle. Der Angriff auf Demokratie und Wohlstand, 1996.

MÜLLER, F.. Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie, 1997. – Brasilianische Originalausgabe: Quem é o Povo?, São Paulo 1998; 2. Aufl. 2000

Id.: Que Grau de Exclusão Social ainda pode ser tolerado por um Sistema Democrático?, Porto Alegre 2000.

Id.: Demokratie in der Defensive. Funktionelle Abnützung – soziale Exklusion – Globalisierung, 2001.

NOÉ, C. (zu Birnbaum, N., After Progress, Oxford 1998), in DIE ZEIT (19.11. 1998).

PRZEWORSKI, A.. Democracy and the Market, Cambridge 1991.

PUHLE, H.-J.. Demokratisierungsprobleme in Europa und Amerika, in Brunkhorst, H., Niesen, P. (Eds.), Das Recht der Republik, 1999, S. 317 ff.

REVELLI, M.. Die gesellschaftliche Linke. Jenseits der Zivilisation der Arbeit, 1999.

RIFKIN, J.. Das Ende der Arbeit und ihre Zukunft, 1996.

RIFKIN, J.. Access – Das Verschwinden des Eigentums, 2000.

ROSAS, A.. Globaler Konstitutionalismus, Menschenrechte und staatliche Souveränität, in Brunkhorst, H., Kettner, M. (Eds.), Globalisierung und Demokratie, 2000, S. 151 ff.

ROUSSEAU, J.-J.. Du Contrat Social. Paris: Ed. Garnier Frères, 1962.

SAUL, J.. Der Markt friss t seine Kinder, 1999.

SCHARPF, F.W.. Games Real Actors Play, Oxford 1997.

Id. Demokratie in der transnationalen Politik, in Beck, U. (Ed.), Politik der Globalisierung, 1998, S. 228 ff.

SCHMITT-BECK, R.. Über die Bedeutung der Massenmedien für soziale Bewegungen, in Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie 42 (1990), S. 642 ff.

SCHRADER, A.. Brasilien: Soziale Fragen, soziale Strukturen, in Paul, W.. (ed.) Verfassungsreform in Brasilien und Deutschland, 1995, S. 17 ff.

SCHWAB, K.. Ende der Gemütlichkeit. Bekommt der Mensch die Globalisierung in den Griff – oder sie ihn?, in DIE ZEIT (27. 1. 2000).

SEE, H., Spoo, E. (eds.), Wirtschaftskriminalität – kriminelle Wirtschaft, 1997

SENNETT, R.. Der flexible Mensch, 1998.

SHARE, D., Mainwaring, S.. Transition Through Transaction: Democratization in Brazil and Spain, in Selcher, W.. (ed.), Political Liberalization in Brazil, Boulder 1986, S. 175 ff.

DE SOUZA E SILVA, J.. Estado-naçao está sendo debilitado, in O Povo (17.10. 2000).

SREBERNY, A.. Feministischer Internationalismus: Zur Imagination und Konstruktion globaler Zivilgesellschaft, in Brunkhorst, H., Kettner, M. (eds), Globalisierung und Demokratie, 2000, S. 289 ff.

STIGLITZ, J.. Die Abrechnung, in DIE ZEIT (19.4. 2000).

STREECK, W., Matzner, E. Beyond Keynesianism, London 1991.

Id., Hollingsworth, J.R., Schmitter, Ph.: Governing Capitalist Economies, New York 1994.

Id., Crouch, C.. Political Economy of Modern Capitalism, London 1997.

THÜRER, D.: “Citizenship” und Demokratieprinzip: “Föderative” Ausgestaltungen im innerstaatlichen, europäischen und globalen Rechtskreis, in Brunkhorst, H., Kettner, M. (ed.s), Globalisierung und Demokratie, 2000, S. 177 ff.

THUROW, L.C.: Die Zukunft des Kapitalismus, 1996.

WITTWEN, A. Infotainment, Bern 1995.

IX
REPRESENTAÇÃO POLÍTICA: CONTRIBUIÇÃO PARA UM DEBATE INACABADO

GILBERTO BERCOVICI

Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Integrante do Núcleo "Direito e Democracia" da Área de Filosofia do CEBRAP (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento).

I - Os conceitos clássicos de representação política

A idéia de representação política é amplamente utilizada. Atualmente, quase todos querem ser governados por representantes e todo governo almeja representar os seus governados. Sem dúvida, para Hanna Pitkin, a popularidade do conceito de representação é originária da sua relação com a democracia e a liberdade, ao menos no imaginário das pessoas[1].

Grande parte dos princípios da democracia moderna surgiram na Inglaterra do século XVII, com a abertura do poder político inglês à participação e ao controle social, por meio da hegemonia do Parlamento sobre o rei. O poder político começou a abrir canais à participação do corpo social, surgindo novos dispositivos institucionais que recolocaram a questão democrática num horizonte histórico sem medida comum com a antiga democracia ateniense. A questão da democracia tornou-se inseparável das instituições representativas modernas, no sentido restrito de um corpo de delegados diretos da sociedade, cuja função é a de antepor-se e de controlar o titular do poder real, embora os mecanismos de participação e controle social do poder não tenham sido abertos irrestritamente a todos os cidadãos. Ao mesmo tempo, teve início a divisão interna do poder político, com a constituição de mecanismos de equilíbrio e controle recíproco entre os órgãos estatais. A democracia moderna é, assim, constitutivamente abstrata, compatível com a separação entre Estado e sociedade e fundada nessa separação[2].

A representação política pode ser entendida como um sistema jurídico de imputação do caráter público a coisas, pessoas e atos e como um mecanismo de reduplicação e reapresentação dos elementos definidores da identidade social, instituídos na instância política fundamental. Este nível político constitui o que, para João Carlos Brum Torres, se denomina sistema de representação de primeira ordem. Este sistema é formado pelas instituições jurídico-políticas, pela máquina administrativa e pela rede simbólica que constituem a base do poder público. É um sistema formal, pelo qual pessoas, coisas e atos são tornados públicos. Seu caráter público é definido por regras de procedimento e sem consideração de conteúdo material. A legitimidade se define pela sua conformidade ao determinado no sistema jurídico-normativo. Esse sistema inclui os modelos constitucionais de representação. O sistema de representação de segunda ordem marca o terreno da política. O que se discute é a dimensão material do caráter público. Os atos praticados pelas pessoas que, de acordo com as regras procedimentais, são públicas só serão efetivamente públicos de acordo com a sua determinação material, verificada em função de sua congruência com os interesses presumidos ou com a vontade expressa da sociedade concreta. Neste nível, podem ser questionados se os institutos formais de determinação da esfera pública efetivamente a determinam[3].

O debate sobre a representação política durante a Revolução Francesa, de crucial importância para o Ocidente[4], teve como principal fonte as obras de Montesquieu e de Jean-Jacques Rousseau[5]. Para Montesquieu, o povo deveria fazer por si mesmo tudo o que pudesse realizar, deixando para seus ministros (delegados, representantes), nomeados por ele, a execução das tarefas que não conseguisse cumprir. O povo possuiria suficiente capacidade para escolher (*"Le peuple est admirable pour choisir ceux à qui il doit confier quelque partie de son autorité"*), mas não para governar[6]. Um dos inconvenientes da democracia dos antigos era o fato de o povo deliberar sobre os negócios públicos, capacidade que, para Montesquieu, não possui, ao contrário dos seus representantes, plenamente capazes de decidir sobre a vida pública[7]. Segundo Montesquieu, o povo detém o Poder Legislativo, que é exercido pelos seus representantes: *"Comme, dans un État libre, tout homme qui est censé avoir une âme libre doit être*

gouverné par lui-même, il faudrait que le peuple en corps eût la puissance législative. Mais comme cela impossible dans les grands États, et est sujet à beaucoup d'inconvénients dans les petits, il faut que le peuple fasse par ses représentants tout ce qu'il ne peut faire par lui-même"[8].

Rousseau considerava todo governo legítimo republicano, pois república, para ele, era todo Estado regido por leis, cujo autor deveria ser o povo[9]. A democracia necessitaria de um Estado pequeno, onde fosse fácil reunir todo o povo e onde cada cidadão pudesse conhecer os outros. O governo democrático seria uma forma tão perfeita que não conviria aos homens[10]. Não poderia haver governo representativo, pois a soberania, fruto da *volonté générale*, não se representa: ou é ela mesma, ou é outra. Os deputados não podem fazer a lei, pois esta deriva diretamente do povo, sob pena de ser nula[11]. Para Rousseau, a lei só poderia ser elaborada como na antiga Atenas, através da reunião de todos os cidadãos, não de representantes, em praça pública. A concepção de Rousseau sobre a representação pode ser resumida nesta frase: *"Quoi qu'il en soit, à l'instant qu'un peuple se donne des représentants, il n'est plus libre; il n'est plus"*[12].

No entanto, em um escrito posterior sobre o Governo da Polônia (*Considérations sur le Gouvernement de Pologne et sur sa Rèformation Projetée*), Rousseau acabou admitindo a representação política como algo inevitável nos Estados de grande extensão territorial: *"Un des plus grands inconvénients des grands États, celui de tous qui y rend la liberté le plus difficile à conserver, est que la puissance législative ne peut s'y montrer elle-même, et ne peut agir que par députation. Cela a son mal et son bien, mais le mal l'emporte"*[13]. O grande problema para Rousseau passou a ser o da corrupção dos representantes. Esta questão só poderia ser solucionada por meio de duas medidas. Uma seria a implantação de mandatos curtos, através da constante freqüência de reuniões das Dietas (Parlamento polonês). Outra seria o mandato imperativo: os representantes deveriam estar sempre sujeitos exatamente às instruções que receberam de seus constituintes. Essas medidas, para Rousseau, fariam com que os deputados estivessem mais próximos do povo, do corpo social que os elegeu[14].

A posição de Montesquieu, defendida por Sièyes e outros, prevaleceu no debate constitucional francês, excluindo a idéia de democracia direta. As instituições representativas derivariam de fatores naturais que inviabilizam o exercício direto da soberania por toda a população. Além disso, as atividades privadas afastaram os cidadãos do debate sobre os negócios públicos[15]. O povo, embora capacitado para escolher os representantes, seria incapaz de tratar dos negócios de Estado. O mandato imperativo, herança medieval defendida por Rousseau, foi substituído pela idéia de que o deputado era representante não de sua localidade, mas de toda a nação.

Do outro lado do Atlântico, as idéias de Montesquieu sobre o governo representativo também seriam aplicadas[16]. Os autores do *The Federalist*, particularmente Madison, defendiam uma forma de governo que evitasse que as facções[17] se tornassem uma maioria apta a controlar o Estado. O objetivo do bom governo seria o de garantir os bens públicos e os direitos privados contra as facções, assegurando ao mesmo tempo o espírito e forma do governo popular. Este governo só poderia ser o governo republicano: *"The two great points of difference between a democracy and a republic are: first, the delegation of the government, in the latter, to a small number of citizens elected by the rest; secondly, the greater number of citizens, and greater sphere of country, over which the latter may be extended"*[18]. A democracia pura (a ateniense, como vimos) se caracterizaria por um pequeno número de cidadãos que se uniriam e administrariam pessoalmente o governo, não resolvendo os malefícios advindos do surgimento das facções. Já a república teria a opinião do povo, portanto também a das facções, filtrada pelas assembléias. Além disso, a grande extensão da república dividiria a esfera de interesses: os interesses amplos e gerais seriam tratados na assembléia nacional e os interesses locais e particulares, nas assembléias estaduais[19].

Ainda para apreendermos bem o atual significado da representação política, precisamos analisar brevemente o momento da discussão sobre o surgimento do Estado moderno, travado com a distinção entre liberdade dos antigos e liberdade dos modernos. Um dos autores que melhor tratou desta passagem Benjamin Constant[20].

Benjamin Constant busca deixar patente a irreiterabilidade da experiência clássica grega, citando o exemplo ainda recente da Revolução Francesa, e do Terror que se seguiu a ela, como prova do fracasso dessa tentativa de ressurreição da liberdade dos antigos[21]. Para os antigos, a liberdade se concretizava com as decisões em praça pública, como participação ativa e decisiva dos cidadãos das deliberações políticas. A liberdade era uma questão pública, exercida através do cidadão livre e cujo conteúdo era melhor expressado no exercício da

soberania[22]. Com o fim da escravidão (típica da Antigüidade), as funções e tarefas essenciais da vida social foram assumidas pelos homens livres[23]. A vida privada e o conjunto de liberdades e direitos subjetivos passam a ser o interesse principal a ser preservado pelos modernos. A liberdade fundamental passa a ser a liberdade individual. Assim Benjamin Constant resumiu as diferenças fundamentais entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos: *"Le but des anciens était le partage du pouvoir social entre tous les citoyens d'une même patrie. C'était là ce qu'ils nommaient liberté. Le but des modernes est la securité dans les jouissances privées; et ils nomment liberté les garanties accordées par les institutions à ces jouissances"*[24]. Com a mudança do enfoque sobre a liberdade, o governo não pode mais ser arbitrário, pois seus limites agora são impostos através das liberdades individuais dos cidadãos (o que não ocorria com os antigos[25]). A liberdade política é usufruída apenas como forma de garantir a liberdade individual[26]. A cidadania se torna esporádica, através das eleições periódicas, e a soberania se abstrai. Nesse contexto surge o sistema representativo que, para Constant, poderia ser assim definido: *"Le système représentatif est une procuration donnée à un certain nombre d'hommes par la masse du peuple, qui veut que ses intérêts soient défendus, et qui néanmoins n'a pas le temps de les défendre toujours lui-même"*[27].

Da soberania tornada abstrata pelos modernos decorre o traço fundamental da política moderna, que é o da abstração do Estado: isto é, a separação, autonomização e especialização de um centro de poder em relação ao corpo de cidadãos[28]. O Estado moderno surge nesse processo combinado de fundação da soberania, despatrimonialização e despersonalização do poder, dando origem ao domínio público[29]. O Estado enquanto instância abstrata representa, incorpora e une a multiplicidade diversa e contraditória do todo social. O Estado abstrato é o *locus* em que a comunidade real encontra unidade e identidade. Dessa abstração deriva a constituição do sistema representativo. A representação política é instituída como forma de compensar a distância agora existente, sem deixar de ser controlável, entre o Estado (enquanto projeção autonomizada da sociedade) e os indivíduos (que retornam sobre essa projeção) para lhe dar forma[30].

II - O debate atual sobre a representação política

Não existe um conceito unívoco de representação. A representação política pode ser entendida de diversas maneiras, cada uma delas implicando diferentes suposições acerca de quem e o que deve ser representado e qual a natureza dos interesses representados. O conceito de representação ligou-se de tal maneira ao Estado de Direito liberal que seus opositores acabaram por rejeitar integralmente esse conceito. O contraste não se dá propriamente entre representação e não-representação, mas entre diferentes formas de representação[31]. A representação possui vários aspectos, que abordam, em sua maioria, apenas uma parte do conceito, não sua totalidade. Hanna Pitkin estuda os seguintes aspectos da representação: *"A discussion of Thomas Hobbes serves both to introduce his particular view and to demonstrate the difficulties inherent in any such plausible but partial, and hence incorrect, definition. Hobbes' definition is essentially* ***formalistic****, conceiving of representation in terms of formal arrangements which precede and initiate it:* ***authorization****, the giving of authority to act. From this view we turn to one which is diametrically opposed, yet equally formalistic, defining representation by certain formal arrangements that follow and terminate it:* ***accountability****, the holding to account of the representative for his actions. Both these formalistic views[32] take it for granted that representation must be done by human beings; but (...) we consider views of representation as a* ***standing for*** *rather than an* ***acting for****, a phenomenon which may be accomplished equally well by inanimate objects. We examine, first,* ***descriptive*** *representation, the making present of something absent by resemblance or reflection, as in a mirror or in art[33]; and then* ***symbolic*** *representation, in which no resemblance or reflection is required and the connection to what is represented is of a different kind[34]. Each of these kinds of representing by stand for brings with it a corresponding notion of activity, the* ***making*** *of a descriptive representation or the* ***creation*** *of a symbol[35]. (...) a view which again links representation with activity – not a making of representations or symbols, but an* ***acting for*** *others[36], and not just the formalistic trappings that surround action, but the substance of the activity itself"*[37].

Partindo destas concepções de Hanna Pitkin, que as encara apenas como abordagens parciais, não englobando a totalidade do conceito de representação[38], podemos observar que o atual debate sobre representação política busca um esforço em superar o referencial individualista (um indivíduo sendo representado ou representando outro)[39], empenhando-se em situar as instituições representativas dentro dos padrões estruturais inerentes aos sistemas políticos das sociedades complexas, como trata a abordagem funcionalista da representação política, adotada por Celso

Campilongo. Essa abordagem critica a noção de representação política enquanto "congruência" entre representantes e representados. A representatividade das decisões não está tão associada à natureza ou congruência com que são tomadas, mas sim com o modo de tomada dessas decisões. Algo semelhante à legitimação pelo procedimento[40]: pouco importa se a decisão é justa, exata ou congruente[41], pois nas sociedades complexas a natureza da decisão cede lugar aos procedimentos que generalizam o reconhecimento das decisões[42]. A identificação entre os desejos dos representados e as atitudes dos representantes não mais responde à grande variedade de relações representativas que ocorrem nos sistemas políticos contemporâneos. Dessa maneira, o estudo da representação não pode estar limitado às relações eleitorais ou intra-individuais. O que identifica essa representação não é a ação individual exercida por algum participante, mas a estrutura e o funcionamento do sistema como um todo[43]. Ou, como escreveu Hanna Pitkin: "*Political representation is primarily a public, institutionalized arrangement involving many people and groups, and operating in the complex ways of large-scale social arrangements. What makes it representation is not any single action by any one participant, but the over-all structure and functioning of the system, the patterns emerging from the multiple activities of many people. It is representation if the people (or a constituency) are present in governmental action, even though they do not literally act for themselves. Insofar as this is a matter of substantive acting for others, it requires independent action in the interest of the governed, in a manner at least potentially responsive to them, yet not normally in conflict with their wishes. And perhaps that can make sense and is possible even in politics, if we understand how and where to look for it*"[44].

O sistema político, para Luhmann, mantém um conjunto de trocas com o seu ambiente, permitindo a tomada de decisões coletivas vinculantes. As atividades governamentais, incluindo o sistema representativo, abrangem apenas parte do sistema político. As políticas adotadas nas instituições representativas já foram selecionadas e definidas em outros lugares, em todas as organizações ocupadas na pré-escolha das alternativas apresentadas nos órgãos representativos, como partidos, sindicatos, organizações patronais, etc. As alternativas decisórias, portanto, foram selecionadas previamente, portanto, as alternativas de relações entre representantes e representados são formuladas, na maioria das vezes, fora dos vínculos de representação. Dessa maneira, torna-se difícil examinar a representação política exclusivamente no âmbito das relações entre eleitores e eleitos[45].

A representação política passa a ser vista como um conjunto de ações que confere legitimidade ao poder. A eleição popular cria uma identificação simbólica entre representado e representante, gerando um mínimo de consenso[46] e tornando esse consenso independente da situação concreta em que ele é obtido. Deste modo, o representante exerce um mandato não apenas referente ao que lhe foi conferido, mas também ao que não lhe foi: "*Separam-se, assim, a* ***formação*** *do poder representativo do seu* ***exercício****, que gozam, então, de certa independência, permitindo-se a manutenção de um mesmo quando fracasse o outro: se o eleito for mal, isto não invalidará a eleição*"[47]. O representante foi eleito num procedimento institucionalizado, portanto é digno de representar o representado. O poder representativo se legitima não porque expresse um consenso real, mas porque permite uma antecipação bem-sucedida do consenso presumido dos representados[48].

O modelo clássico trabalha com a idéia de que o apoio recebido pelos representantes decorreria da sua capacidade de oferecer respostas legislativas ou políticas que atendessem a interesses específicos dos representados, isto é, o chamado "suporte específico". Mas essa concepção não explica a tolerância dos representados a longos períodos de frustração na realização de suas exigências ou à satisfação apenas parcial dessas exigências. Esse conceito de "suporte específico" vem sendo substituído pelo de "suporte difuso", segundo o qual, o sistema político obtém lealdade e reconhecimento através do apoio difuso recebido de seus membros. A representação política, além de enfatizar a relação representante-representado, incorpora uma série de símbolos dos valores primordiais da sociedade, que passa a representar também. Apesar da descrença que atinge os representantes, a representação política continua a ser um instrumento de direção e implementação de políticas públicas. Dessa maneira, o representante, quando defende interesses particulares de seus eleitores, cria "suporte específico"; quando razoavelmente independente dos representados, pode gerar "suporte difuso"; quando eleito de acordo com as regras constitucionais, propicia legitimação pelo procedimento[49].

Na atualidade, a complexidade das relações político-sociais fazem com que cada vez haja menos congruência entre representantes e representados. A abordagem sistêmico-funcionalista

examina a representação política através do conceito de responsividade. O governo representativo é o governo responsível[50], isto é, sensível aos desejos populares, não se levando em conta a efetiva concretização desses desejos. Um dos elementos da responsividade é a congruência da relação representativa no campo legislativo. Outro elemento é todo tipo de serviço (favores, tráfico de influência, etc) prestado pelo representante à sua clientela. Também é elemento da responsividade a alocação de recursos para seu reduto eleitoral, destinando receitas em benefício de seus representados. A última característica da responsividade não é material, mas simbólica. Ao responder simbolicamente aos representados, o representante ganha "suporte difuso" que lhe confere liberdade de ação legislativa e reserva de credibilidade por parte de seus representados (um exemplo é a apresentação de um projeto de lei impossível de ser aprovado). A responsividade dos representantes não é reduzível simplesmente à reação às demandas dos representados. Há inúmeras possibilidades de responder a essas demandas, podendo o representante agir imperativa ou livremente, dependendo da situação. Por isso, para Celso Campilongo, a análise da representação política com base na congruência entre representante e representado não é útil. Esse tipo de análise desconsidera uma série de fatores, como a iniciativa do representante, outros aspectos da responsividade e o caráter simbólico da representação[51].

III - A crise da representati-vidade no Brasil

O sistema político brasileiro dá mostras de falta de representatividade, graças, entre outros fatores, à crescente incapacidade dos partidos políticos em promover grandes agregações de interesses numa sociedade complexa, heterogênea e com desigualdades sociais e regionais enormes[52]. Estes fatos, aliados às crises econômicas, geraram a perda da racionalidade decisória do Estado brasileiro. O equilíbrio entre os poderes foi rompido, com notória prevalecência do Poder Executivo sobre os demais, fragmentando a lógica de atuação do Estado. Além disso, a maior parte da Constituição de 1988 não foi regulamentada, portanto, não foi concretizada[53], e já está sendo alterada.

As sociedades, como a brasileira, marcadas pela concentração de renda, pela desigualdade de oportunidades sociais e políticas caracterizam-se pelo fato dos grandes contingentes eleitorais terem um papel secundário na articulação das políticas públicas. Isso, conseqüentemente, gera a apatia e o desinteresse de boa parte da população pela tomada de decisões políticas[54]. A política econômica deixou de ter caráter totalizante de médio e longo prazos e passou a ser conjuntural, exigindo medidas imediatas, principalmente no tocante à inflação. Os partidos e o Congresso Nacional estão voltados para políticas de médio e longo prazos, enquanto o Poder Executivo encampou os problemas econômicos (conjunturais, dinâmicos e provisórios). O recurso constante a decretos-leis (ou, numa versão mais moderna, medidas provisórias) fez com que o Poder Executivo "avançasse" sobre o Poder Legislativo. Até mesmo na elaboração do orçamento, o papel dos parlamentares tem sido o de simples homologadores (desde que o Executivo não corte muito em suas emendas particulares)[55].

Para Guillermo O'Donnell, as democracias recém-instaladas na América Latina, apesar de possuírem todas as características clássicas de uma democracia política, não são democracias representativas, mas democracias delegativas. Essas democracias delegativas não são democracias consolidadas ou institucionalizadas, mas podem ser duradouras. Ao mesmo tempo em que não se detecta nenhuma possibilidade de regresso autoritário, tampouco se vislumbram avanços em direção a uma representatividade institucionalizada. Isso se deve, entre outros fatos, à crise social e econômica que esses regimes democráticos herdaram que os conduzem na direção da democracia delegativa[56]. Deste modo, não há mais a necessidade das políticas públicas passarem por uma série de poderes ou instâncias autônomos (o que torna a tomada de decisões em uma democracia representativa relativamente lenta), dividindo-se a responsabilidade pela tomada de decisões[57]. Para Weffort, são democracias cuja construção ocorre em meio às condições políticas de uma transição na qual foi impossível a completa eliminação do passado autoritário. A transição no meio de crise econômica e social acentuou as desigualdades, tomando formas institucionais que enfatizaram mais a delegação do que a representação ou a participação[58]. A democracia delegativa "é uma espécie particular de democracia representativa, na qual há uma preponderância de comportamentos e relações delegativas no interior de um padrão institucional definido pelo sistema representativo"[59]. É uma preeminência de lideranças personalizadas sobre relações parlamentares ou partidárias[60].

A principal característica de uma democracia delegativa é o fato de o candidato que ganha uma eleição presidencial ser autorizado a governar o país da maneira que lhe parecer mais conveniente e, se as relações de poder existentes o permitirem, até o final de seu mandato. O presidente encarna a nação, podendo decidir o seu destino. O

que ele faz no governo não precisa ser, necessariamente, o que prometeu na campanha, pois ele pode governar o país como quiser. Sua sustentação política não pode vir de um partido, pois ele transcende aos partidos, estando acima das disputas mesquinhas de poder entre os políticos[61].

A democracia delegativa, apesar de extremamente personalista, não é antidemocrática, embora seja menos liberal que a democracia representativa. A democracia delegativa é majoritária: ela advém da formação de uma maioria, em eleições limpas, que autoriza a alguém se tornar por alguns anos o dirigente e intérprete máximo da vontade nacional. Se a maioria não se forja diretamente nas eleições, ela precisa ser criada, através da instituição das eleições em dois turnos. As eleições tornam-se processos de escolha extremamente emocionais, para que o povo sinta quem é o mais capacitado para dirigir o país.

O presidente se isola das instituições políticas e interesses organizados e se torna o único responsável pelo sucesso ou fracasso de suas políticas públicas. Os partidos e o Congresso Nacional podem, embora não devam sempre, exercer o poder de crítica às políticas implementadas. Os tribunais, sempre baseados em “formalismos”, também podem obstar medidas inconstitucionais, mas necessárias para a salvação nacional. Aliás, se o problema for a Constituição, basta que se mudem os dispositivos que "emperram o desenvolvimento". Os partidos aliados podem recusar apoio à política presidencial por causa das quedas de popularidade, o que isola ainda mais o presidente, reforçando a tendência a ignorar ou evitar as outras instituições[62].

Na democracia delegativa, o presidente não precisa prestar contas a nenhum outro órgão. Ele pode elaborar e por em prática rapidamente as políticas necessárias, mas às custas de assumir toda a responsabilidade sozinho. Não é por acaso que ocorrem vertiginosas variações na sua popularidade no decorrer do mandato. A onipotência presidencial se consuma através da promulgação, por meio de decretos (ou medidas provisórias), de inúmeras medidas (como os pacotes econômicos) sobre os mais variados problemas que afligem a nação. Esse “decretismo”, transformado em procedimento administrativo rotineiro, dá um viés antiinstitucionalizante desses processos e ratifica decisões altamente concentradoras de poder no Executivo. Ao Congresso Nacional e aos partidos políticos resta somente a submissão à vontade presidencial, que é a "vontade do povo consagrada nas urnas"[63].

A marginalização dos partidos e do Congresso das decisões mais importantes aprofunda os defeitos imputados a essas instituições; o Congresso Nacional não se sente politicamente responsável pelas políticas públicas implementadas, declinando o prestígio de todos os partidos e políticos, gerado pelas críticas constantes do Poder Executivo à lentidão e clientelismo do Poder Legislativo[64]. No caso brasileiro, as instituições representativas caracterizam-se pela sua completa irresponsabilidade política, não estado submetidas a qualquer controle ou prestação de contas, a não ser o da imprensa, que nem sempre procura informar corretamente a opinião pública[65], sustentando o sistema de dominação através da troca de favores com o Executivo[66].

A crise de representatividade faz parte de uma crise maior, da chamada “Crise do Estado”. Com o Estado Social, deixou de existir a linha divisória entre Estado e sociedade vigente durante o liberalismo. O Estado passou a ter um caráter intervencionista e a cidadania política expandiu-se para as grandes massas. O tema da representação deve ser colocado no centro do debate sobre o fundamento do poder normativo estatal: como tomar decisões vinculantes e legítimas em contextos sociais altamente complexos, gerando um Estado com crescente dificuldade em responder às reivindicações da sociedade. Isso ocasiona também a crise das instituições representativas, que não são mais vistas como legítimas portadoras das demandas sociais junto ao Estado, que, como afirmamos acima, nem sempre tem como corresponder a essas demandas.

As mudanças no papel do Estado também contribuíram para a descrença nos Parlamentos, órgãos representativos por excelência. O Estado, originalmente, monopoliza a produção normativa e o Parlamento detém a exclusividade da representação. Entretanto, a fragmentação e corporativização dos interesses abrem espaço para formas mais flexíveis e informais de legislação (contratos coletivos, pactos setoriais, etc). Ao mesmo tempo, a consulta a órgãos como sindicatos, grupos de pressão ou de classe torna-se uma alternativa real à representação política. As instituições representativas atuais estão aparelhadas para a produção de normas gerais e abstratas, não para as constantes mudanças conjunturais que hoje pedem regulamentação a fim de obter o consenso e a obediência sociais. Nesse processo de “Crise do Estado” volta à tona a crença ilimitada na auto-regulação dos mercados e suas

receitas neoliberais de desregulamentação e desconstitucionalização[67]. Políticas estas cujo principal intuito é retirar da alçada do Estado (e dos representantes do povo, alocados nos Parlamentos) o poder decisório sobre inúmeras matérias, principalmente de cunho econômico. Entretanto, a análise desse assunto necessitaria um estudo aprofundado sobre a denominada “Crise do Estado”, tema fascinante, mas fora do alcance dos limites deste artigo.

Notas

1. Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation*. Berkeley/Los Angeles/London: University of California, sd, p. 2.

2. João Carlos Brum TORRES, *Figuras do Estado Moderno – Elementos para um Estudo Histórico-Conceitual das Formas Fundamentais de Representação Política no Ocidente*. São Paulo: Brasiliense/CNPq, 1989, pp. 171-172.

3. João Carlos Brum TORRES, *Figuras do Estado Moderno cit.*, pp. 77-79.

4. Vide João Carlos Brum TORRES, *Figuras do Estado Moderno cit.*, pp. 415-420.

5. Devemos levar em conta que todos os autores do século XVIII, particularmente Rousseau e Montesquieu, falam em democracia no sentido da democracia dos antigos, a ateniense, que reunia todos os cidadãos na praça pública (ágora) para deliberarem sobre os assuntos políticos. Com base nessa visão todos eles consideram a democracia (democracia direta grega, bem entendido) impraticável em países de grande extensão territorial, sendo necessária a figura do representante (Montesquieu) ou a formação de pequenas nações democráticas (Rousseau). Essa também é a base da distinção entre governo republicano e governo democrático que foi feita por Madison nos Artigos Federalistas, como veremos adiante.

6. *"Comme la plupart des citoyens, qui ont assez de suffisance por élire, n'en ont pas assez pour être élus; de même le peuple, qui a assez de capacité pour se faire rendre compte de la gestion des autres, n'est pas propre à gérer par lui-même."* MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Lois.* Paris: Éditions Garnier Frères, 1956, Livro II, Cap. II.

7. *"Le grand avantage des représentants, c'est qu'ils sont capables de discuter les affaires. Le peuple n'y est point de tout propre; ce qui forme un des grands inconvénients de la démocratie."* MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Lois*, Livro XI, Cap. VI.

8. MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Lois*, Livro XI, Cap. VI.

9. *"J'appelle donc République tout État régi par des lois, sous quelque forme d'administration que ce puisse être (...) Tout gouvernement légitime est républicain (...) Le Peuple soumis aux lois en doit être l'auteur"* Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Paris, GF-Flammarion, 1992, Livro II, Cap. VI.

10. *"S'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes."* Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Livro III, Cap. IV.

11. *"La souveraineté ne peut être représentée, par la même raison qu'elle ne peut être aliénée; elle consiste essentiellement dans la volonté générale, et la volonté ne se représente point: elle est la même, ou elle est autre; il n'y a point de milieu. Les députés du peuple ne sont donc ni ne peuvent être ses représentants, ils ne sont que ses commissaires; ils ne peuvent rien conclure définitivement. Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle; ce n'est point une loi. Le peuple anglais pense être libre; il se trompe fort, il ne l'est que durant l'élection des membres du parlement; sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. Dans les courts moments de sa liberté, l'usage qu'il en fait mérite bien qu'il la perde."* Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Livro III, Cap. XV.

12. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Livro III, Cap. XV.

13. Jean-Jacques ROUSSEAU, *Considérations sur le Gouvernement de Pologne et sur sa Rèformation Projetée*, Paris, GF-Flammarion, 1990, p. 191.

14. Vide Jean-Jacques ROUSSEAU, *Considérations sur le Gouvernement de Pologne et sur sa Rèformation Projetée cit.*, pp. 191-198.

15. Essa idéia foi desenvolvida antes por Rousseau: *"L'attiédissement de l'amour de la patrie, l'activité de l'intérêt privé, l'immensité des États, les conquêtes, l'abus du gouvernement on fait imaginer la voie des députés ou représentants du peuple dans les assemblées de la nation."* Jean-

Jacques ROUSSEAU, *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, Livro III, Cap. XV.

16. Sobre o conceito de representação utilizado no *The Federalist*, vide Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 190-198.

17. *"By a faction, I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community."* Alexander HAMILTON; James MADISON & John JAY, *The Federalist*. London/ Chicago: Encyclopaedia Britannica/The University of Chicago, 1952, Artigo nº 10.

18. Alexander HAMILTON; James MADISON & John JAY, *The Federalist*, Artigo n. 10. Uma definição mais ampla é dada no Artigo nº 39: *"If we resort for a criterion to the different principles on which different forms of government are established, we may define a republic to be, or at least may bestow that name on, a government which derives all its powers directly or indirectly from the great body of the people, and is administered by persons holding their offices during pleasure, for a limited period, or during good behaviour. It is* ***essential*** *to such a government that is be derived from the great body of the society, not from an inconsiderable proportion, or a favoured class of it; otherwise a handful of tyrannical nobles, exercising their oppressions by a delegation of their powers, might aspire to the rank of republicans, and claim for their government the honourable title of republic. It is* ***sufficient*** *for such a government that the persons administering it be appointed, either directly or indirectly, by the people; and that they hold their appointments by either of the tenures just specified; otherwise every government in the United States, as well as every other popular government that has been or can be well organised or well executed, would be degraded from the republican character."*

19. Alexander HAMILTON; James MADISON & John JAY, *The Federalist*, Artigos n. 10 e 14. Sobre o dilema entre interesses locais e interesse nacional na representação política, vide Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 215-218.

20. Vide João Carlos Brum TORRES, *Figuras do Estado Moderno cit.*, pp. 23-32.

21. Benjamin CONSTANT, "De la Liberté des Anciens Comparée a celle des Modernes" – discours prononcé a l'Athénée Royal de Paris en 1819, *in: Cours de Politique Constitutionnelle*, Paris, Librairie de Guillamin, 1872, pp. 539-540. Constant ainda se refere explicitamente a Rousseau como um dos autores que, pretendendo voltar à liberdade dos antigos, acabou servindo de justificativa para uma tirania *in idem*, pp. 549-552.

22. Benjamin CONSTANT, "De la Liberté des Anciens Comparée a celle des Modernes", pp. 541-542.

23. Benjamin CONSTANT, "De la Liberté des Anciens Comparée a celle des Modernes", pp. 545-546.

24. Benjamin CONSTANT, "De la Liberté des Anciens Comparée a celle des Modernes", p. 548.

25. *"Ainsi chez les anciens, l'individu souverain presque habituellement dans les affaires publiques, est esclave dans tous ses rapports privés."* Benjamin CONSTANT, "De la Liberté des Anciens Comparée a celle des Modernes", pp. 541-542.

26. *"L'indépendance individuelle est le premier des besoins modernes. En conséquence, il ne faut jamais en demandér le sacrifice pour établir la liberté politique."* Benjamin CONSTANT, "De la Liberté des Anciens Comparée a celle des Modernes", pp. 552 e 555. Vide também pp. 542 e 556-558.

27. Benjamin CONSTANT, "De la Liberté des Anciens Comparée a celle des Modernes", p. 558.

28. João Carlos Brum TORRES, *Figuras do Estado Moderno cit.*, pp. 30-32.

29. João Carlos Brum TORRES, *Figuras do Estado Moderno cit.*, pp. 76-77.

30. João Carlos Brum TORRES, *Figuras do Estado Moderno cit.*, pp. 31-32 e 76-77.

31. Bolívar LAMOUNIER, "Representação Política: A Importância de Certos Formalismos" *in* Bolívar LAMOUNIER; Francisco WEFFORT & Maria Victoria BENEVIDES (coords.), *Direito, Cidadania e Participação*, São Paulo, TA Queiroz, 1981, pp. 232-233.

32. A visão autorizativa define a representação nos termos de dar e ter autoridade. O representante é aquele que foi autorizado a agir (***"a representative is someone who has been authorized to act"***). Assim, o representante recebeu o direito de agir que não possuía antes, enquanto o representado se tornou responsável pelas conseqüências das decisões do representante como se ele mesmo as tivesse tomado. Essa visão se concentra basicamente nas formalidades da relação representantes-representado, sendo por isso também denominada visão formalista. Vide Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 38-39.

33. A visão descritiva é formulada com base no que a representação aparenta ser. Um corpo representativo se distingue por uma acurada correspondência com os seus representados, refletindo-os sem distorções. A verdadeira representação ***"requires that the legislature be so selected that its composition corresponds accurately to that of the whole nation, only then is it realy a representative body"***. A representação é encarada como "espelho" da nação. O representante não age pelos outros, ele corresponde aos representados. O que a legislatura faz é menos importante do que como ela é composta. Essa visão descritiva foi a origem da representação proporcional, que deve ser ***"the most exact possible image of the country"***. Vide Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 60-62.

34. ***"For they see all representation as a kind of symbolization, so that a political representative is to be understood on the model of a flag representing the nation, or an emblem representing a cult"***. A representação simbólica faz com que o representante personifique os representados. Um exemplo dessa representação talvez seja a "democracia delegativa", da qual trataremos no final deste artigo. Vide Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 92-94.

35. *"Both descriptive and symbolic representation, then, enlarge our view of the concept, but do not complete it. They make it possible to speak of representing by inanimate objects, although each of them introduces a special kind of activity as well, the activity of making something represent. For descriptive representation, this is an activity working on the thing that is to represent, making it into a likeness, map, random sample, or whatever. But symbol-making need not be a matter of working on the symbol; it seems rather to involve working on the minds of those who are to be represented or who are to be the audience accepting the symbolization. In neither case is the activity an acting for the represented, on behalf of, instead of, in the interest of them; it is in no sense a matter of agency. Both descriptive and symbolic representation supplement the formalistic views we examined earlier, and thus enlarge our understanding of the concept. Descriptive representation introduces the idea of correspondence or likeness and the importance of resembling one's constituents; symbolic representation suggests the role of irrational belief, which is neglected by the formalistic view, and the importance of pleasing one's constituents. Yet all these views put together still do not exhaust the concept of representation. We need to find an equivalent in the realm of action for the descriptive and symbolic 'standing for' views – not the activities of making representations or symbols, but the 'acting for' equivalent of the connection between image and original or symbol and referent."*. Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, p. 111.

36. Esse conceito é centrado na atividade de representar, no papel do representante. A representação é vista como uma atividade, como a conduta correta para o representante ou o melhor caminho para institucionalizar um governo representativo. A presente visão difere das visões formalistas porque nestas, embora também vejam a representação enquanto atividade, seu conceito só diz respeito aos aspectos formais que iniciam ou finalizam a atividade de representar, não se preocupando com a natureza da atividade em si. Apesar da facilidade de ser observada a atividade representativa na prática, este conceito é difícil de ser analisado teoricamente: "*The activity of representing as acting for others must be defined in terms of what the representative does and how he does it, or in some combination of these two considerations; but the analogies and adverbial expressions found in the literature are of limited usefulness in defining it further. Since none of the analogies is an exact synonym of 'representative', simple substitution is never in order. Any of them can sometimes (be said to) represent, but so can almost anything. The study of groups of analogies seems to yield only negative results: we reach some conclusions about what substantive acting for others is not, rather than what it is."* Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 112-115, 118, 142-143 e 212.

37. Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 11-12. Vide também Bolívar LAMOUNIER, "Representação Política: A Importância de Certos Formalismos" *cit.*, p. 239.

38. Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 225-227.

39. Sobre a origem histórica dessa abordagem, vide Tercio Sampaio FERRAZ Jr, "Poder Representativo e Comunicação", *Filosofia Política*, n. 3, Porto Alegre, L&PM, 1986, p. 147.

40. Vide Tercio Sampaio FERRAZ Jr.. "Poder Representativo e Comunicação" *cit.*, pp. 162-164 e 167.

41. "Na medida em que cresce a complexidade da sociedade no decurso do progresso civilizacional, aumentam os problemas carecendo de solução e, portanto, têm de se ultrapassar as formas mais antigas de acordo espontâneo e confirmação do que é exato. Essas formas são substituídas por mecanismos de criação e estabilização de símbolos, mecanismos esses indiretos e mais generalizados. (...) Devido à elevada complexidade e variabilidade do sistema social da comunidade, a legitimação do poder político já não pode ceder a uma moral apresentada de forma natural, antes tem de ser aprofundada no próprio sistema político. É, portanto, legítimo, como Bourricaud oportunamente formula, *'un pouvoir qui accepte ou même qui institue son propre procès de légitimation'*. (...) A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso." Niklas LUHMANN, *Legitimação pelo Procedimento*, Brasília, EdUnB, 1980, p. 31.

42. "Os procedimentos, até mesmo os processos legislativos, nunca bastam por si só, para efetuar a legitimidade da decisão, no sentido duma reestruturação contínua das expectativas. Mas constituem a forma pela qual o sistema político contribui para a sua própria legitimação. Pela sua consolidação institucional e jurídica eles simbolizam a identidade de forma da decisão e a continuidade de experiências idênticas. (...) Os procedimentos constituem um dispositivo necessário, ainda que por si só não seja suficiente, para a legitimação de decisões. Por isso, tem-se de se saber primeiro como funcionam e o que podem realizar, antes de se investigarem as condições de que se trata." Niklas LUHMANN, *Legitimação pelo Procedimento cit.*, p. 161.

43. Celso Fernandes CAMPILONGO, *Representação Política.* São Paulo: Ática, 1988, pp. 14-15 e 17.

44. Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, pp. 221-222.

45. Niklas LUHMANN, *Legitimação pelo Procedimento cit.*, pp. 149-159 e Celso Fernandes CAMPILONGO, *Representação Política cit.*, pp. 24-26.

46. "(...) no processo legislativo dificilmente se realiza uma participação direta e de acordo com os papéis de todos os interessados. (...) Mas continua a ser possível uma participação, conciliadora de sentido, de cada indivíduo, em determinados aspectos dos acontecimentos, participação que leva à decisão (...). O mecanismo de identificação simbólica age, contrariamente à aceitação de papéis, à distância e sem obrigação direta de atuação. (...) Mas a distância não é apenas, como considerava a teoria da representação, um mal inevitável; ela é, simultaneamente, uma condição de funcionamento da identificação simbólica e da criação da confiança, pelo fato de confundir os detalhes e a multiplicidade das conseqüências práticas dos acontecimentos isolados e assim facilitar a redução da complexidade por parte do público." Niklas LUHMANN, *Legitimação pelo Procedimento cit.*, p. 158.

47. Tercio Sampaio FERRAZ Jr.. "Poder Representativo e Comunicação" *cit.*, p. 169.

48. Niklas LUHMANN, *Legitimação pelo Procedimento cit.*, pp. 158-162 e Tercio Sampaio FERRAZ Jr.. "Poder Representativo e Comunicação" *cit.*, pp. 167-171.

49. Celso Fernandes CAMPILONGO, *Representação Política cit.*, pp. 27-29 e 31-33.

50. De acordo com Hanna Pitkin: "*representing here means acting in the interest of the represented, in a manner responsive to them*". Hanna Fenichel PITKIN, *The Concept of Representation cit.*, p. 209.

51. Celso Fernandes CAMPILONGO, *Representação Política cit.*, pp. 34-38.

52. Sobre a questão das desigualdades regionais, vide Gilberto BERCOVICI, "Constituição e Superação das Desigualdades Regionais" *in* Eros Roberto GRAU & Willis Santiago GUERRA Filho (orgs.), *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 74-107.

53. Celso Fernandes CAMPILONGO, "Crise do Estado, Mudança Social e Transformação do Direito no Brasil", *São Paulo em Perspectiva*, vol. 8, n. 2, São Paulo, Fundação SEADE, abril-junho de 1994, pp. 15-16. Vide também Gilberto BERCOVICI, "A Problemática da Constituição Dirigente: Algumas Considerações sobre o Caso Brasileiro", *Revista de Informação Legislativa* n. 142, Brasília, Senado Federal, abril/junho de 1999, pp. 44-47.

54. Celso Fernandes CAMPILONGO, *Representação Política cit.*, pp. 19-21.

55. Celso Fernandes CAMPILONGO, *Representação Política cit.*, pp. 53-56.

56. Guillermo O'DONNELL, "Democracia Delegativa?", *Novos Estudos CEBRAP* n. 31. São Paulo: CEBRAP, outubro de 1991, p. 26.

57. Guillermo O'DONNELL, "Democracia Delegativa?" *cit.*, pp. 32-33 e Francisco WEFFORT, *Qual Democracia?* São Paulo: Companhia das Letras, 1992, pp. 106-107.

58. Francisco WEFFORT, *Qual Democracia? cit.*, p. 85.

59. Francisco WEFFORT, *Qual Democracia? cit.*, p. 108.

60. Francisco WEFFORT, *Qual Democracia? cit.*, p. 108.

61. Guillermo O'DONNELL, "Democracia Delegativa?" *cit.*, pp. 30-31.

62. Guillermo O'DONNELL, "Democracia Delegativa?" *cit.*, pp. 31-32.

63. Guillermo O'DONNELL, "Democracia Delegativa?" *cit.*, pp. 33 e 37-38 e Francisco WEFFORT, *Qual Democracia? cit.*, p. 92.

64. Guillermo O'DONNELL, "Democracia Delegativa?" *cit.*, p. 37.

65. Vide, especialmente, Fábio Konder COMPARATO, "A Democratização dos Meios de Comunicação de Massa" *in* Eros Roberto GRAU & Willis Santiago GUERRA Filho (orgs.), *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides cit.*, pp. 149-166.

66. Celso Fernandes CAMPILONGO, "Crise do Estado, Mudança Social e Transformação do Direito no Brasil" *cit.*, pp. 16-17.

67. Celso Fernandes CAMPILONGO, *Representação Política cit.*, pp. 48-50 e 55-57.

X

LA COMPETENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA A LA LUZ DE SU JURISPRUDENCIA Y SU NUEVO REGLAMENTO

LORENA GONZÁLEZ VOLIO

Funcionaria del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Profesora de Derecho Internacional de Derechos Humanos I y II Universidad de la Salle[1]

I - Introducción

El día 1º de junio de 2001, entró en vigor el nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Éste, el cuarto instrumento procesal de la Corte, introduce la institución de la legitimación activa de las víctimas quienes pueden ahora actuar sin la mediación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de manera que se perfila de una manera más clara las diferentes posiciones de las partes en la fase jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos.

Con la nueva versión del Reglamento, las víctimas pueden separarse del criterio de la Comisión, y pueden actuar por su cuenta ante la Corte, causándose una comunicación directa entre el titular de los derechos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, y el órgano jurisdiccional competente para juzgar
las violaciones a esos derechos cometidas por los Estados miembros del tratado.

El propósito de esta breve investigación, es reseñar el procedimiento en general y, de paso, analizar esas importantes reformas dictadas por la Corte.

Es claro que, de ahora en adelante, la participación de la víctima en el proceso jurisdiccional internacional desarrollado ante a corte, es una institución que será desarrollada con mayor amplitud por la jurisprudencia, en aplicación del principio *pro homine* que guía la doctrina de los derechos humanos.

II - Antecedentes

En 1948, se celebró la IX Conferencia Interamericana, en el marco de la cual se aprobó la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Asimismo, se propuso la creación de un *tribunal internacional* que garantizara la protección de los derechos humanos, proyecto que se le encomendó al Comité Jurídico Interamericano.

Once años después y debido al estancamiento que sufrió el proyecto por razones políticas, en la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, Chile celebrada en Santiago de Chile en 1959, fue rescatado la necesidad de consolidar en el Continente, un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del ser humano, todo ello dentro de un sistema democrático y el estado de derecho.

En esa ocasión, se le encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de una convención sobre derechos humanos y de una *corte interamericana*. En la misma Reunión se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como primer paso en aras de cumplir el objetivo de promoción de los derechos humanos en el Continente.

Durante el período de preparación del proyecto de la Convención Interamericana, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en 1966, sometió a firma y ratificación los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Esto provocó polémica en el seno de la OEA, cuestionando la compatibilidad del sistema universal con el regional.

Al respecto, la mayoría de los países apoyaron la idea de que ambos sistemas podían coexistir y cooperar entre sí para una mejor protección de los derechos fundamentales, especialmente porque en el seno de las Naciones Unidas no se creó ningún *órgano judicial* que garantizase el cumplimiento de los informes de sus órganos sobre violaciones individuales o colectivas, creándose únicamente el Comité de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos, esto, a diferencia del proyecto que ya existía en el Sistema Interamericano.

En 1969, durante la celebración de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro del marco de la OEA[2].

Así, la Convención se convirtió en el primer instrumento jurídico de la región, con carácter vinculante que codificaba los derechos humanos, y además, creaba un sistema institucional compuesto por la Comisión y la *Corte Interamericana*, para la defensa de los derechos contemplados en ella[3].

Los redactores de la Convención Americana, aprovechando los avances que se habían realizado en el tema de los derechos humanos en el ámbito internacional y regionales, usaron como modelos para su elaboración la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Europea de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas.

A pesar de que la *Corte* no está contemplada en la Carta de la OEA, como si lo está la Comisión, es el órgano *jurisdiccional* del sistema interamericano de derechos humanos. La Carta de la OEA, lo que sí hace es delegar en la propia Convención Americana. , la facultad de determinar la estructura, competencia y procedimiento de la Comisión, así como los de los órganos encargados del tema relativo a los derechos humanos,. Por su parte la propia Corte en una opinión consultiva determinó que ella está concebida como una *institución judicial* del sistema interamericano[4].

En principio, pareciera que la Corte sólo tiene jurisdicción sobre los países que han ratificado la Convención y han reconocido además la competencia contenciosa de la Corte bajo el principio *pacta sunt servanda* y lo dispuesto por el art. 62; sin embargo el articulo 64 de la Convención le atribuye a la Corte la competencia para responder opiniones consultivas que le sean sometidas por los Estados miembros de la OEA, sin distinguir si han ratificado o no la Convención. Lo que lleva a diferenciar las dos clases de competencias: a) la competencia contenciosa que la Corte ejerce sobre Estados que la han reconocido expresamente, y b) la competencia consultiva para cualquier Estado miembro de la OEA. Desarrollaremos ambas más adelante.

La Corte está integrada por 7 miembros, quienes son electos por el pleno de la Asamblea General de la OEA en una votación en la que solo participan los Estados partes en la Convención, por un período de seis años pudiendo ser reelegidos una sola vez. Los miembros de la Corte son electos a título personal, por lo que no representan a ningún Estado sino a la totalidad de miembros de la OEA; así por ejemplo, fue Costa Rica quien propuso como candidato al juez Thomas Buergenthal de nacionalidad estadounidense. Los requisitos para optar al cargo de miembro de la Corte son: ser juristas de la más alta autoridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos, además los jueces deberán reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos. Deben ser nacionales de algún Estado miembro de la OEA. Actualmente la Corte tiene su sede en San José de Costa Rica.

A partir de la década de los ochenta, el Sistema se ha ido adaptando a las necesidades en derechos humanos por medio de protocolos adicionales a la Convención y convenciones interamericanas sobre temas específicos, a saber: La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; El Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Protocolo Adicional a la Convención sobre la Abolición de la Pena de Muerte; la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra al Mujer y la Convención Americana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Luego de 41 años de la creación de la Comisión y 21 años de la creación de la *Corte*, podemos afirmar que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es el área de mayor proyección y prestigio de la OEA. Esto debido al trabajo serio y profesional que han realizado la Comisión y la Corte en la promoción, protección y defensa de los derechos humanos, a través de sus resoluciones, informes, sentencias y opiniones consultivas. No sólo han ido desarrollando el derecho internacional de los derechos humanos, sino lo más importante es que han salvado vidas, han buscado justicia para las víctimas de violaciones a derechos humanos, y han contribuido al fortalecimiento del estado de derecho y al perfeccionamiento de nuestras democracias.

Este resultado positivo ha generado en los últimos años un incremento en el trabajo de los

órganos del sistema. Por ejemplo la CIDH tramita más de 600 denuncias al año y a la fecha la *Corte Interamericana* ha emitido 74 sentencias (referentes a excepciones preliminares, competencia, mérito, reparaciones e interpretación de sentencias), sobre 36 casos contenciosos y 16 opiniones consultivas.

Desde su creación a Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha aprobado cuatro reglamentos, el último entró en vigencia el 1º. de junio de 2001, y ha sido mediante la aprobación de este reglamento que se ha dado un salto cualitativo fundamental en la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por lo que en el presente trabajo, hemos incluido los cambios que se darán en el procedimiento ante este *Tribunal Internacional*[5].

III - COMPETENCIA DE LA CORTE

La Corte ejerce sus funciones en dos áreas: la competencia consultiva y la competencia contenciosa. La diferencia entre ambas competencias a sido claramente precisada a través de diferentes opiniones consultivas emitidas por este órgano jurisdiccional. Así sobre su competencia contenciosa, se llegó a establecer que la Corte es ante todo y principalmente una institución judicial autónoma que goza de autoridad para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención, y para disponer que se garantice a la víctima de la violación de un derecho o libertad protegidos por esta, el goce del derecho o libertad conculcados[6]. Las sentencias dictadas en ejercicio de a competencia contenciosa surten efectos vinculantes para los estados en litigio.

Por su parte, la competencia consultiva se refiere a la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, con el fin de coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que en este ámbito tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA[7].

En su opinión OC-15/97[8] la Corte estableció otra diferencia entre ambas competencias determinando que en el procedimiento consultivo no existen “partes” involucradas en el procedimiento, y no existe tampoco litigio a resolver. Es decir que el ejercicio de la función consultiva es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual se refleja en el Reglamento de la Corte, cuyo articulo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los “Estados Miembros” los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. En conclusión la Corte a determinado que la interpretación de la Convención Americana y de cualesquiera “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos” orienta a todos los Estados Miembros de la OEA, así como a los órganos principales del sistema interamericano de protección de derechos humanos, sobre cuestiones jurídicas relevantes, y constituye la interpretación autorizada sobre el contenido de la Convención y de esos otros instrumentos sobre derechos humanos. El texto de los tratados más la doctrina desarrollada por las opiniones consultivas y las sentencias integran el derecho aplicable bajo el Sistema.[9]

La competencia consultiva puede ser promovida por todos los estados miembros de la OEA. Y órganos principales de esta[10], esta facultad de accionar establece una clara distinción entre las competencias consultiva y contenciosa[11]. Cabe destacar que durante el proceso consultivo, no intervienen solo los órganos con capacidad de promoverla, sino que también pueden participar personas individuales o en representación de alguna entidad nacional o internacional[12] . Esto es muy importante, pues en criterio r del Presidente de la Corte, juez Cançado Trindade, esta posibilidad revela el acceso de toda persona a la jurisdicción internacional en el sistema interamericano de protección, en el marco de los procedimientos consultivos bajo la Convención Americana; y demuestra el carácter de *ordre public* de dichos procedimientos[13].

III.1 - COMPETENCIA CONSULTIVA

La competencia consultiva[14] faculta a la Corte a interpretar la Convención Americana u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. La Corte misma ha interpretado que la expresión ”otros

tratados", en su opinión consultiva OC-1/82[15] se refiere a toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos de cualquier tratado o convención internacional, con independencia de s si es éste bilateral o multilateral, de l cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes en él Estados ajenos al sistema interamericano.

En la opinión OC-10/89[16] la Corte resolvió que también tiene facultad para interpretar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, dentro del marco y los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos.

Por su parte en la OC-3/83[17] la Corte declaró que también tiene la facultad de interpretar el contenido mismo de un tratado o de las reservas interpuestas a éste, determinando que, aún cuando en relación con un tratado como la Convención Americana no son plenamente aplicables las disposiciones relativas a la reciprocidad en materia de reservas, puede concluirse que éstas se integran al tratado mismo, de tal manera que no es posible interpretar el tratado cabalmente, respecto del Estado reservante, sin interpretar la reserva misma. En consecuencia la Corte estableció que la facultad que le otorga el art. 64 de la Convención, en el sentido de emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, incluye igualmente la competencia para emitir dichos dictámenes respecto de las reservas que puedan haberse formulado a esos instrumentos.

En relación con la opinión que la Corte puede rendir sobre la compatibilidad de una ley interna con la Convención u otro tratado internacional, ésta puede ser emitida en tanto la consulta sea solicitada por el Estado respecto de cuya legislación se trate la consulta. A pesar de que la Convención en su art. 64.2 se refiere a la posibilidad de consultar la compatibilidad de una ley interna con la Convención, la Corte ha aceptado consultas sobre proyectos de reforma constitucional o legislativa que evidentemente no han entrado en vigor, y no son una "ley" en sentido estricto.

Para fundamentar esta decisión la Corte ha establecido que cualquier intento por entender el significado del art. 64.2 en el sentido de que se refiere solamente a leyes vigentes, esto es, a leyes cuyo proceso de formación se haya perfeccionado, tendría como consecuencia que los Estados no podrían solicitar, según esa disposición, opiniones consultivas de la Corte sobre proyectos legislativos. Los Estados estarían, así, obligados a cumplir todo el procedimiento de derecho interno para la formación de las leyes, antes de poder solicitar la opinión de la Corte sobre su compatibilidad con la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos[18]. Asimismo la Corte recordó que la jurisdicción consultiva fue establecida como un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales referentes a derechos humanos[19], por lo que el hecho de abstenerse de atender la solicitud de un Gobierno bajo el argumento de que se trata de " proyectos de ley" y no de leyes formadas y en vigor, podría, en algunos casos, equivaler a forzar a dicho Gobierno a la violación de la Convención, mediante la adopción formal y posiblemente la aplicación de la medida legislativa, para luego acudir a la Corte en busca de la opinión. Este criterio no ayuda a " dar efecto " a la norma, es decir, no ayuda a la protección de los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos[20]. Creemos nosotros, esa tesis rechazada por la Corte, tampoco fomentaría la obligación de los Estados de adaptar el derecho interno a los contenidos de la Convención, estipulada por los arts. 1 y 2 de la Convención. Por ello, la función consultiva preventiva en el caso de proyectos de reforma a la constitución o a las leyes de un país del sistema, es un importante instrumento de desarrollo del derecho del Sistema Interamericano, y de contención de violaciones producidas por las normas internas de los miembros. Debemos recordar que para el Derecho Internacional, la responsabilidad surge de cualquier acto del Estado en su condición de sujeto o persona jurídica internacional, independientemente del órgano interno al que se atribuye el hecho.

En el mismo sentido la Corte ha dejado claro que no está en la obligación de ejercer su competencia consultiva para examinar proyectos de ley, ello, para evitar que una consulta ante este órgano sea utilizada como un instrumento de debate político i que influya en el proceso legislativo interno. Por ello la Corte estableció que para admitir

este tipo de consulta, debe analizar si el fin de la misma es ayudar al Estado solicitante a cumplir mejor sus obligaciones internacionales[21].
Por otra parte, la Corte ha sido muy clara al determinar que tampoco ejercerá su competencia consultiva, si la respuesta a una Opinión Consultiva solicitada por una Estado, puede operar como la solución anticipada y encubierta de otros asuntos que se litigan ante la Corte, y sin que las víctimas tengan la oportunidad de participar en el proceso. En opinión de la Corte, la solución subrepticia y anticipada de un caso contencioso por la vía de las opiniones consultivas, constituye una grave distorsión del sistema de la Convención que fue diseñado para proteger a los titulares de los derechos -las personas-, de manera que no es compatible el ejercicio simultáneo de la competencia consultiva de la Corte, y de la competencia contenciosa sobre el mismo punto jurídico. [22] Podemos agregar que el diferente objeto de los procesos hace incompatible su confusión o consolidación de hecho en uno, puesto que el proceso consultivo propende al desarrollo jurídico del sistema y por ello la resolución produce efectos generales no vinculantes de inmediato, en tanto el proceso contencioso propende hacia la resolución de un caso concreto –juris-dictio inter partes- y la sentencia produce efectos particulares y vinculantes para los litigantes (aún cuando en materia de interpretación del derecho internacional, también la sentencia produce efectos sistemáticos.) La ausencia de la Comisión y de las víctimas facilitaría la situación jurídica de un Estado que considera comprometida su posición en el proceso contencioso, para lo que eleva ante la Corte una consulta sobre un punto jurídico debatido en el juicio jurisdiccional. La opinión consultiva de la Corte prejuzgaría sobre el caso contencioso, constituiría una victoria anticipada a favor del Estado.

Sobre el tema la Corte ha señalado que aunque las Opiniones Consultivas no tengan el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene, efectos jurídicos innegables[23], sobre todo como medio de interpretación autorizada de la Convención y de los otros instrumentos del sistema.. Desde nuestro punto de vista, cabe señalar que el art. 64.1 de la Convención hace referencia sobre la facultad de la Corte de ser *consultada* para que interprete la Convención u otros tratados, por lo que el dictamen emanado del Tribunal, reúne las características de certeza y finalidad, este dictamen, más que una opinión, tiene carácter vinculante al menos para el país que la solicita, pues emana del órgano judicial encargado de interpretar la Convención. Por su parte, el inciso 2 de ese mismo artículo faculta a la Corte a emitir *opiniones* sobre compatibilidad de la legislación interna con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos. Estas opiniones también tienen un efecto jurídico importante, ya que de acuerdo con el art. 2 de la Convención, los Estados tienen la obligación de ajustar su legislación interna para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención.

Este tribunal opera como una especie de tribunal constitucional que se encarga de interpretar la Convención u otros tratados en materia de derechos humanos y, a requerimiento de los Estados, está encargado de pronunciarse sobre la medida en que se ajusta la legislación nacional a las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, en materia de derechos humanos[24]. Pese al carácter de norma no escrita del sistema, la opinión consultiva rendida por la Corte, de naturaleza declarativa, no tiene el efecto de anular la norma constitucional o la ley o norma interna que se considera contraria a la Convención, pero este efecto anulatorio puede ser dictado por los tribunales constitucionales de los países miembros. Por ejemplo, la opinión consultiva sobre la colegiación obligatoria rendida a solicitud de Costa Rica [25], fue considerada por la Sala Constitucional de a Corte Suprema de ese país como una sentencia con carácter vinculante para Costa Rica, en su calidad de estado solicitante, y por el hecho de que las sentencias dictadas por la Corte se integran al texto de la Convención. Con los mismos argumentos sustantivos de la Corte, la Sala Constitucional dictó la anulación por causa de inconstitucionalidad de la ley del Colegio de Periodistas que exigía la colegiación obligatoria.[26]Vemos con claridad que la conjunción de las opiniones consultivas dictadas por la Corte (o bien de las sentencias contenciosas vinculantes) y las sentencias dictadas por los tribunales constitucionales de los países del sistema, producen el efecto anulatorio y vinculante de las normas o actos causantes de la violación a los derechos humanos protegidos por la Convención.

No tiene tanta importancia, entonces, la ausencia de efecto vinculante inmediato de las opiniones consultivas, si ese efecto puede ser causado por la jurisdicción constitucional local, en tanto se

consideran las opiniones consultivas parte del derecho de la Convención aplicable a los casos internos. En consecuencia, el efecto simplemente declarativo de las opiniones consultivas, se vería transformado en un efecto anulatorio por acción de los remedios jurisdiccionales internos.

Lo mismo puede decirse de esta relación entre la jurisdicción internacional y la nacional, respecto de la competencia contenciosa, como se analizará en la sección siguiente.

III.2 - COMPETENCIA CONTENCIOSA

Como señalamos anteriormente la *competencia contenciosa* de la Corte[27] versa sobre casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención, aunque en algunas disposiciones de la misma Convención se amplía el ámbito de aplicación en lo que se refiere al derecho aplicable.[28]

Cabe aclarar que el procedimiento ante la Corte no debe confundirse con un procedimiento penal internacional, ya que los Estados no comparecen ante ella como sujetos pasivos de la acción penal, y por otra parte el Derecho de los derechos humanos no tiene por objeto imponer penas a personas culpables de violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños causados.[29]
Para que la Corte pueda conocer de un caso debe de verificar antes de iniciarlo si es competente para ello y si se han cumplido las condiciones de admisibilidad, fundamentalmente si se ha agotado el procedimiento ante la Comisión.

Son cuatro los criterios aplicados por la Corte para determinar su propia competencia. : competencia *RATIONE PERSONAE; RATIONE MATERIAE; RATIONE LOCI* y por *RATIONE TEMPORIS*.

Describiremos brevemente cada uno.

III.2.a.) COMPETENCIA *RATIONE PERSONAE*

Bajo el criterio ratione personae o competencia por razón de la persona, la Corte debe examinar la capacidad del Estado demandado como de la víctima.

Competencia por razón del demandado

Con relación al Estado demandado, éste debe de haber aceptado como obligatoria y de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte. Esta aceptación puede ser incondicional o bajo condición de reciprocidad en el caso que el demandante sea otro Estado. Con relación a su eficacia, la aceptación puede ser otorgada darse por un plazo determinado o por tiempo indefinido y puede establecerse para casos específicos. A la fecha, 20 Estados han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, seis de los cuales han hecho una declaración expresa de estar el reconocimiento limitado a discutir casos acaecidos con posterioridad a la fecha de ratificación[30].

La Comisión puede invitar a un Estado, que aun no lo ha hecho, a que acepte la competencia contenciosa de la Corte para dirimir un caso en particular, y en algunas oportunidades la Comisión lo ha hecho,[31] pero cabe destacar que hasta la fecha sólo un Estado ha aceptado la competencia de la Corte para un caso determinado a solicitud de la Comisión.[32]

Sobre el reconocimiento expreso a la competencia contenciosa de la Corte y su eventual denuncia, es importante hacer notar que Trinidad y Tobago denunció la Convención Americana el 26 de mayo de 1998, y por ende el reconocimiento a la competencia contenciosa de la Corte, por lo que de acuerdo al art. 78 de la Convención la denuncia produjo efecto un año después de presentada ante el Secretario General. Sin embargo cuando un Estado denuncia la Convención, dicha denuncia no tiene por efecto desligar al Estado Parte de las obligaciones contenidas en la Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cometido por este con anterioridad a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

Sobre el *pretendido "retiro"* de la jurisdicción contenciosa de la Corte por parte de Perú[33], la Comisión determinó[34] que: "*las normas del sistema interamericano de derechos humanos, así como las del derecho internacional, indican que*

el "retiro" intentado por el Perú debe considerase invalido desde el punto de vista jurídico y carente de todo efecto. Nuestro sistema regional prevé solo un procedimiento que permite a un Estado parte rescindir, renunciar o retirase de las obligaciones basadas en la Convención que ha asumido a saber, el establecido en *el art.* ***78ª los efectos de la denuncia del tratado en conjunto, siempre que se cumplan los requisitos pertinentes. El texto no prevé ningún procedimiento alternativo. La interpretación de este texto conforme a las normas del derecho internacional de los derechos humanos y el objeto y finalidad de la Convención lleva a la Comisión a declarar que no existe base jurídica que respalde el supuesto "retiro" por parte del Perú, del reconocimiento incondicional de la competencia que ha realizado…"***

Por su parte el 24 de septiembre de 1999 la Corte Interamericana emitió dos sentencias sobre su competencia en los casos Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional, la Corte entre otras hizo las siguientes consideraciones:

"La cuestión del pretendido retiro, por parte del Perú, de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte y de los efectos jurídicos del mismo, debe ser resuelta por este Tribunal. La Corte Interamericana tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia…

Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectarla competencia de la Corte es inocuo, pues en cualquiera circunstancia la Corte retiene la compétence de la compétence, por ser maestra de su jurisdicción….

Por las razones anteriores la Corte considera que es inadmisible el pretendido retiro por el Perú de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte con efectos inmediatos, así como cualesquiera consecuencias que se busque derivar de dicho retiro, entre ellas, la devolución de la demanda, que resulta irrelevante."

Afortunadamente en el caso peruano, el 18 de enero de 2001, el parlamento de dicho país, emitió una Resolución Legislativa N. 27401, donde derogó la Resolución Legislativa No 27152, donde el Perú retiraba su declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte y encargó al Poder Ejecutivo que realizara todas las acciones necesarias para dejar sin efecto los resultados que hubiera generado dicha resolución, restableciéndose a plenitud para el Estado peruano la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana. La decisión adoptada por el Estado de Perú se enmarca dentro de lo previsto por la Convención Americana y de lo decidió por la propia Corte en sus sentencias de competencia en los caso Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional.[35]

Competencia por razón del actor[36]

Podrán presentar una demanda ante la Corte, únicamente la Comisión y los Estados partes.[37] La Comisión actúa no exactamente como un agente del peticionario, sino que ejerce una clara función auxiliar de la justicia, a manera de ministerio público del Sistema Interamericano.[38]

En relación con los Estados partes que están facultados para introducir un caso ante la Corte, éstos, según el articulo 61.2 de la Convención, deben agotar los procedimientos ante la Comisión. Por su parte, el articulo 45 de la Convención establece que sólo los Estados que han aceptado recíprocamente la competencia de la Comisión, podrán presentar peticiones ante ese órgano. Es decir que para que un Estado pueda demandar a otro Estado ante la Corte, ambos deben haber aceptado previamente la competencia de la Comisión y agotado el procedimiento previsto en ese órgano. En nuestra opinión no es necesario que el Estado demandante haya reconocido con anterioridad la competencia contenciosa de la Corte, sino que basta que la reconozca en declaración especial para ese caso, lo que sí es requisito indispensable es que el Estado demandado no haya aceptado la competencia de la Corte bajo condición de reciprocidad[39].

Cabe destacar que hasta el momento ningún Estado a demandado a otro Estado ante la Corte Interamericana, sin embargo, se dio el caso de un Estado que presentó una denuncia en su contra. Efectivamente, Costa Rica intentó someter el Asunto Viviana Gallardo y Otras, directamente ante la Corte, por la muerte de Gallardo y las lesiones sufridas por sus compañeras de celda, y renunció expresamente al procedimiento ante la Comisión. La Corte no admitió para su trámite dicho asunto, argumentando que no se había agotado el procedimiento ante la Comisión, y decidió aceptar y tramitar la solicitud subsidiaria del

Gobierno de Costa Rica para remitir el asunto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por su parte, la Comisión declaró inadmisible la petición, no por la condición del denunciante sino por considerar que el Gobierno de Costa Rica había actuado de conformidad con las disposiciones legales vigentes, sancionando con todo el rigor de la ley al responsable de los actos denunciados[40].

A diferencia de lo que sucede ante la Comisión, el individuo no está legitimado para demandar; siguiendo el criterio tradicional de negarle al individuo la personería jurídica internacional. Este criterio ha sido superado en el Sistema Europeo a través del Protocolo N.11 de la Convención Europea de Derechos Humanos suscrito a comienzos de 1994, y que prevé la posibilidad de que el individuo pueda acceder directamente a la Corte.

En votos razonados en dos casos contra Perú: Castillo Páez[41] y Loayza Tamayo[42], el juez Cançado Trindade expresó que sin el *locus standi in judicio* de ambas partes, cualquier sistema de protección se encuentra irremediablemente mitigado, por cuanto no es razonable concebir derechos sin la capacidad procesal de vindicarlos directamente. El juez Cançado afirmó en dichos votos razonados que "el espectro de la persistente denegación de la capacidad procesal del individuo peticionario ante la Corte Interamericana, verdadera *capitis diminutio*, emanó de consideraciones dogmáticas propias de otra época histórica tendientes a evitar su acceso directo a la instancia judicial internacional, consideraciones estas que, en nuestros días, carecen de sustentación o sentido aun más tratándose de un tribunal internacional de derechos humanos".

Dentro del Sistema Interamericano se ha tratado de dar alguna participación a los individuos para actuar ante la Corte, tomando como base el reglamento de la Corte[43], dicha participación se ha ido ampliando a partir de la entrada en vigencia del 3er. Reglamento que rigió a la Corte Interamericana, donde en su art. 23 se le otorgó a los representantes de las víctimas o de sus familiares presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma[44], también en su art. 22 se autorizaba para que la Comisión fuera representada por cualesquiera persona de su elección, y en el caso de que los delegados fueran el denunciante original o los representantes de las victimas o de sus familiares, se debía informar a la Corte para autorizarlos a intervenir en los debates a propuesta de la Comisión.

En ese sentido en una reunión entre la Corte y la Comisión celebrada en 1998[45], se acordó dar preeminencia al papel de la víctima ante el sistema interamericano, principalmente ante la Corte, y se acordó que la Corte estudiaría la posibilidad de implementar una eventual reforma a su Reglamento para los peticionarios pudieran presentar escritos autónomos en todas las etapas del proceso ante la Corte y no sólo en la etapa de reparaciones, en ese mismo sentido la Asamblea General de la OEA, aprobó una resolución en la cual encomendó a la Corte Interamericana a que considerara la posibilidad de permitir la participación directa de la víctima, en el procedimiento ante la Corte (una vez sometido el casos a su competencia), teniendo en cuenta la necesidad tanto de preservar el equilibrio procesal, como de redefinir el papel de la CIDH en dichos procedimientos[46].

Siguiendo esas directrices, y luego de un proceso de reflexión donde participaron activamente los estados miembros y los órganos de la OEA, así como entidades de la sociedad civil, es que el nuevo reglamento de Corte[47], da un salto cualitativo para lograr la participación directa (locus standi en judicio) en todas las etapas ante el Tribunal, de las presuntas victimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, ya que las mismas podrán presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante *todo* el proceso ante el Tribunal[48].

Así, una vez que la Corte notifica la demanda a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes legales, les otorga a éstos un plazo de 30 días para la presentación, en forma autónoma, de los escritos conteniendo sus solicitudes, argumentos y pruebas[49] . Asimismo, durante el procedimiento oral, podrán hacer uso de la palabra para la presentación de sus argumentos y pruebas, debido a su condición de verdadera parte en el proceso[50].

Con el otorgamiento del *locus standi in judicio* a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes legales, en todas las etapas del proceso ante la Corte, pasan ellos a disfrutar de todas las

facultades y obligaciones, en materia procesal, que, hasta el Reglamento de 1996, eran privativos únicamente de la CIDH y del Estado demandado (excepto en la etapa de reparaciones. Esto implica que, en el procedimiento ante la Corte[51], podrán existir, o coexistir, tres posturas distintas: la de la presunta víctima (o sus familiares o representantes legales), como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; la de la CIDH, como órgano de supervisión de la Convención y auxiliar de la Corte; y la del Estado demandado.

En su jurisprudencia la Corte, ha comenzado a desarrollar el concepto de victima directa e indirecta[52], permitiendo con ello dar una visión amplia al concepto de victima de la violación. Si bien esa diferenciación no ha sido expresa[5354], en el desarrollo de algunas sentencias se ha establecido que la víctima directa es a la que se le afectan sus derechos fundamentales como efecto inmediato de la propia violación y víctima indirecta es la que experimenta el menoscabo de sus derechos como consecuencia inmediata y necesaria del daño sufrido por la víctima directa, es decir que podrán ser considerados como víctimas, los familiares que sufran detrimento de su integridad psíquica y moral, como consecuencia de una violación infringida a la victima directa de un caso.

III.2.b) COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE*

Por razón de la materia, la Corte es competente de conocer cualquier caso que se le someta y que concierna a la aplicación de las disposiciones de la Convención. Sobre este particular, la jurisprudencia de la Corte ha sido sobre distintos temas, tales como su competencia para pronunciarse sobre el agotamiento de los recursos internos, sobre la compatibilidad de la legislación interna con la Convención Americana, sobre aspectos inherentes a la soberanía de los Estados entre otros.

En relación con la controversia de que si la Corte es competente para conocer del agotamiento o no de los recursos internos, el criterio de la Corte no ha sido siempre el mismo. En el caso Velásquez Rodríguez, la Comisión sostuvo en la audiencia sobre excepciones previas, que, como la Corte no es un tribunal de apelación respecto de lo actuado por ella, por lo que tiene una jurisdicción limitada, que le impide revisar todo cuanto se refiere al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de una petición dirigida a la Comisión, o de las normas procesales aplicables a las distintas etapas que deben cumplirse en el trámite de un caso ante ella. La Corte rechazó tal aseveración e indicó que ella no está vinculada con lo que previamente haya decidido la Comisión, sino que está habilitada para sentenciar libremente, de acuerdo con su propia apreciación. Sin embargo recalcó que ella no actúa, con respecto a la Comisión, en un procedimiento de revisión, de apelación u otro semejante. Sino que su jurisdicción plena para considerar y revisar *in toto* lo precedentemente actuado y decidido por la Comisión, resulta de su carácter de único órgano jurisdiccional en la materia.[55]

Este criterio ha ido variado, ya que en el caso Gangaram Panday, la Corte desestimó la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos, ya que no fue planteada ante la Comisión. En su voto razonado el juez Cançado Trindade enfatizó que "bajo la Convención Americana, los dos órganos de supervisión, la Comisión y la Corte, tienen poderes definidos, aquel con la competencia de decidir sobre la admisibilidad de las peticiones o comunicaciones (arts. 46-47), y éste con la competencia (en casos contenciosos) de determinar si ha habido una violación de la Convención (arts. 62.1 y 62.3). La cuestión preliminar (procesal) de admisibilidad es una e indivisible: así como se consideran definitivas e inapelables las decisiones de la Comisión sobre la inadmisibilidad de peticiones o comunicaciones, el rechazo por la Comisión de una objeción de no agotamiento de recursos internos debería asimismo considerarse definitiva y no susceptible de plantearse de nuevo por el Gobierno demandado en el procedimiento subsecuente ante la Corte"[56]

En relación con la competencia material, la Corte se había declarado incompetente para pronunciarse sobre la compatibilidad de legislación interna con la Convención,[57] este fallo olvidaba las violaciones *de jure* a la Convención, que los Estados pueden cometer mediante la adopción de normas de derecho interno incompatibles con la Convención.

Afortunadamente este criterio varió, en la sentencia de fondo sobre el caso Loayza Tamayo

contra Perú en el que dos decretos-leyes fueron declarados incompatibles con la Convención.[58] En ese mismo caso en la sentencia de reparaciones, la Corte insistió en la incompatibilidad de los dos decretos-leyes con la Convención, y en que el Estado tiene el deber de cumplir sus obligaciones de acuerdo con el articulo 2 de la Convención, que señala que los Estados se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otros carachote que sean necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en la Convención.[59]

En el caso Castillo Petruzzi y otros el estado peruano cuando planteó sus excepciones preliminares[60], alegó que la demanda se refería a aspectos inherentes a la soberanía de los Estados, y que un Estado soberano tenia pleno derecho a dictar las leyes necesarias para reprimir los delitos cometidos en su territorio, y la decisión de cualquiera de sus organismos jurisdiccionales era definitiva, y no podía ser modificada o dejada sin efecto por ninguna autoridad extranjera o supranacional. Sin embargo, la Corte[61] rechazó este argumento, recordando que fue precisamente en el ejercicio de su soberanía el Perú ratificó la Convención americana y que, en consecuencia, aceptó las obligaciones consagradas en ésta en relación con todas las personas bajo su jurisdicción.

III.2.c) COMPETENCIA *RATIONE TEMPORIS*

Por otra parte, la competencia de la Corte se encuentra limitada no sólo por la naturaleza de los hechos, sino por el momento en que estos hayan tenido lugar, ya que la Corte solo tiene competencia para conocer de hechos ocurridos con posterioridad a la fecha en que el Estado denunciado haya aceptado la competencia contenciosa, o haya hecho una declaración expresa en ese sentido. Consideramos que el reconocimiento que hace un Estado sobre la competencia contenciosa de la Corte debe interpretarse de conformidad con los principios que guían el derecho internacional, en el sentido de que este reconocimiento se refiere expresamente a los hechos ocurridos con posterioridad a dicho acto.

También significa que la Comisión o los Estados partes deben presentar la demanda ante la Corte en un término de 3 meses, contados a partir de la fecha de la remisión del informe de la Comisión a los Estados interesados[62].

Sin embargo, la Corte Interamericana no ha sido tan rigurosa en la aplicación de este plazo, ya que en varias oportunidades ha ratificado que el objeto y fin del tratado es la protección de los derechos humanos y, por lo tanto, la interpretación que de ella se haga debe ser siempre en favor de la persona humana. La Corte entiende que la interpretación de todas las normas de la Convención relativas al procedimiento que debe cumplirse ante la Comisión para que " la Corte pueda conocer de cualquier caso " (Art. 61.2), debe hacerse de forma tal que permita la protección internacional de los derechos humanos, que constituye la razón misma de la existencia de la Convención, y llegar, si es preciso, al control jurisdiccional. La Corte también ha manifestado que los tratados deben interpretarse " de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin ". Y siendo el objeto y fin de la Convención Americana la eficaz protección de los derechos humanos, la Convención debe interpretarse de manera tal de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos, a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo " su efecto útil ".[63]

La Corte también ha manifestado que dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.[64] En el caso Cayara contra Perú, la Corte consideró que un lapso de más de seis meses desde el momento en que se notifica el informe contenido en el articulo 50 de la Convención y la presentación de la demanda excede con mucho los limites de temporalidad y razonablidad que deben informar el procedimiento ante la Corte[65].

III.2.d) COMPETENCIA *RATIONE LOCI*

En cuanto se refiera a su competencia por razón del lugar donde supuestamente la violación se cometió, aunque no hay una norma expresa al respecto, la Corte debe determinar si la misma se

cometió dentro de la urisdicción del Estado demandado.[66]

Cabe preguntarse si un Estado es responsable de violaciones cometidas por alguno de sus agentes fuera de su jurisdicción, como puede ser el caso del secuestro y tortura de un supuesto subversivo. Desde nuestro punto de vista el art. 1 de la Convención Americana establece dos obligaciones para los Estados Parte a) su compromiso a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y b) garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción. Eso quiere decir que si agentes de un Estado secuestran a un supuesto subversivo en otro Estado, ambos Estados son responsables de la violación, uno por irrespetar un derecho consagrado en la Convención y el otro por no haber garantizado el libre ejercicio de sus derechos a la víctima.[67]

La competencia por razón del lugar no ha sido invocada aún en ningún caso ante la Corte, aunque ella lo consideró en el Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, en el cual la Corte estableció que existían numerosas e insalvables dificultades de prueba para establecer que estas desapariciones hubieran ocurrido en Honduras y que, por tanto, fueran imputables jurídicamente a ese Estado. [68]

IV - Procedimiento Ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la Luz de su Nuevo Reglamento[69]

IV.a) Demanda. Sus requisitos

De acuerdo a la Convención Americana, únicamente la Comisión o los Estados Partes pueden someter casos ante la Corte Interamericana, la que ejercerá plena jurisdicción[70] sobre todas las cuestiones inherentes a los casos que le sean sometidos.

Los requisitos que debe contener la demanda son: primero que la misma debe presentarse dentro de los tres meses de notificado el informe a que hacer referencia el articulo 50 de la Convención Americana. Asimismo debe presentarse por escrito[71] indicando, las partes en el caso, una exposición de los hechos, *las resoluciones de apertura del procedimiento y de admisibilidad de la denuncia por la Comisión*, las pruebas indicando los hechos sobre los que versarán, la individualización de los testigos y peritos y *el objeto de sus declaraciones*, los fundamentos de Derecho, las conclusiones pertinentes y las pretensiones *(incluidas las referidas a las reparaciones y costas*) petición.[72] Además, la Comisión deberá consignar *el nombre y la dirección de las presuntas victimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados en caso de ser posible*[73]. Se designará el agente y los delegados y se acompañará el informe a que se refiere el art. 50 de la Convención.

Aunque no es un requisito establecido en el reglamento, la Corte también podrá pedir, el expediente original del caso tramitado ante la Comisión[74] . Pero la omisión o el retardo en hacer llegar este documento, no afecta el tramite de la demanda ni impide la notificación de la misma.

En relación con los requisitos de la demanda, la Corte no ha sido tan rigurosa, argumentando que no debe desvirtuarse el propósito y el objeto de la Convención. Para ello se basa en el principio comúnmente aceptado, de que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades.[75]

Durante la tramitación de algunos casos recientes, y en relación al contenido de la demanda, ha habido controversia sobre dos puntos, los cuales cabe destacar en este apartado. El primero de ellos es con relación al contenido de la demanda el cual en principio debe de reflejar el contenido del informe trasmitido al Estado de acuerdo con el art. 50 de la Convención. En el caso Castillo Petruzzi y otros, la Corte estableció que si bien es cierto la demanda no ha de ser, necesariamente, una replica exacta del informe evacuado por la Comisión, también lo es que no debiera contener conceptos referidos a una eventual violación de la Convención que el Estado demandado no conoció durante el procedimiento que se sigue ante la propia Comisión y que, por eso mismo, no puede desvirtuar oportunamente; si el estado no conoce ciertos hechos o determinadas

afirmaciones que luego se pretenderán en la demanda, no puede hacer uso de los derechos que le asisten en esa etapa procesal.[76]

La otra controversia se dio, luego de que introducida la demanda, e incluso después de ser notificada la Comisión presentó una, versión corregida del texto en español de la demanda, la cual según la Comisión contenía correcciones de errores menores, sobre todo de estilo y que debería remplazar a la anterior.[77] La nueva versión de la demanda se envió al gobierno de Perú, quien solicitó a la Corte se le aclarara cual de los dos textos debía tenerse como válido, el Presidente de la Corte para asegurar la trasparencia del proceso informó al Estado de Perú que se suspendía el curso de los plazos para contestar la demanda y oponer excepciones preliminares, hasta que la Comisión presentara las aclaraciones referentes a las correcciones hechas al texto original de la demanda[78]. El Estado de Perú presentó sus excepciones preliminares antes de que la Comisión hiciera llegar las aclaraciones pertinentes[79], y luego de recibidas estas el Presidente de la Corte dictó una resolución en la que decidió: a) que el texto de la demanda que las partes debían tener como válido para preparar su defensa y sus alegatos era el prestado originalmente por la Comisión; b) que se podía incorporar a dicha demanda únicamente las correcciones presentada por la Comisión en su escrito del 6 de octubre de 1997, c) que se declaraba improcedente la solicitud de reemplazar el texto original de la demanda con el texto presentado a la Corte los días 26 y 28 de agosto de 1997 y d) que se continuara con la tramitación del caso, disponiendo la reanudación de los plazos para contestar la demanda y para presentar excepciones preliminares[80]. La Corte tomando en cuenta las características y consecuencias de este acto procesal, ha señalado que no puede existir más de un texto de la demanda, sugiriendo que este es el primero que se presenta al Tribunal, sin que se pueda introducir modificaciones a ninguna de las pretensiones que se hicieron valer oportunamente.[81]

IV.b) Condiciones de admisibilidad

Para que una demanda sea admitida debe de cumplir, además de los requisitos establecidos en el apartado anterior, con las normas relativas a la competencia de la Corte y con los siguientes requisitos:

De acuerdo con el art. 61 inciso 2 de la Convención Americana se establece que para que la Corte pueda conocer un caso debe asegurarse que los trámites ante la Comisión, se han cumplido.[82] En el asunto Viviana Gallardo y Otras, el Gobierno de Costa Rica se auto demandó y renunció formalmente al requisito de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna y de agotamiento previo de los procedimientos previstos en los arts. 48 a 50 de la Convención.[83] A ese respecto, la Corte Interamericana declaró inadmisible la demanda de Costa Rica y enfatizó que el procedimiento ante la Comisión no ha sido concebido en interés exclusivo del Estado, sino que permite el ejercicio de importantes derechos individuales, muy especialmente de las víctimas.[84]

En otras palabras, el procedimiento ante la Comisión no es renunciable o excusable, a menos que quede claramente establecido que su omisión, en un caso determinado, no compromete las funciones que la Convención asigna a la Comisión (competencia para conocer casos de violación de derechos humanos), como podría ocurrir en algunos casos en que el asunto se planteara *ab initio* entre Estados y no entre individuo y Estado. A ese respecto el profesor Thomas Buergenthal, afirma que como el mandato de la Corte es más amplio que el de la Comisión, pues también comprende la interpretación y aplicación de todas las disposiciones de la Convención, es posible que un Estado someta de manera directa a la Corte un caso que se refiera a otros asuntos diferentes de violación de derechos humanos, como sería lo referente a las inmunidades diplomáticas de los jueces de la Corte, y que sea sometido al Tribunal por un acuerdo especial.[85]

Es de señalar que la Corte no ha sido tan rigurosa en lo relativo al cumplimiento estricto del procedimiento ante la Comisión. En los casos contra Honduras, la Corte determinó que la interpretación de todas las normas de la Convención relativas al procedimiento que debe cumplirse ante la Comisión para que la Corte pueda conocer de cualquier caso (Art. 61.2), debe hacerse de forma tal que permita la protección internacional de los derechos humanos que constituye la razón misma de la existencia de la Convención[86].

IV.c) Etapa de admisibilidad

Según el art. 34 del Reglamento de la Corte, el Presidente hará un examen preliminar de la demanda y si observare que los requisitos fundamentales no han sido cumplidos, solicitará al demandante que subsane los defectos dentro de un plazo de veinte días, luego del cual el Secretario de la Corte notificará la demanda a: el presidente y jueces de la Corte, al Estado demandado, [87] quien tendrá 30 días para designar a su agente, a la Comisión, si no es ella la demandante, al denunciante original si se conoce y a la presunta victima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados si fuera el caso, a través de la aprobación del nuevo reglamento, se les permite a las víctimas tener una participación directa durante el proceso y se le otorgan 30 días para presentar autónomamente a la Corte sus solicitudes, argumentos y pruebas[88].

n caso de que el demandante sea otro Estado, la Comisión deberá participar en el proceso[89], por lo que también a esta se le solicitará que nombre a sus delegados.

IV.d) Excepciones Preliminares

El Estado demandado tiene la facultad de presentar excepciones preliminares dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la demanda[90], y de acuerdo al nuevo reglamento, sólo podrán ser opuestas en el escrito de contestación de la demanda, con este nuevo procedimiento la Corte evitará que haya una dilación del proceso, ya que los Estados demandados no podrán solicitar que se prorrogue el plazo de contestación de la demanda hasta que se resuelvan las excepciones preliminares[91]. Estas excepciones preliminares, en términos generales, pueden referirse a la incompetencia de la Corte para conocer todo el contenido de la demanda o sólo parte de ella o a la inadmisibilidad de la demanda.

Hasta la fecha, la práctica de la Corte ha sido la de considerar a las excepciones preliminares, una cuestión de previo y especial pronunciamiento, y emitir una sentencia sobre excepciones preliminares pero que no suspende el procedimiento sobre el fondo, ni los plazos, ni los términos respectivos[92] y, si estas son desestimadas ha procedido a dictar una sentencia sobre el fondo, sin embargo el nuevo reglamento de la Corte dispone, a la luz del principio de la económica procesal, que la Corte podrá resolver en una sola sentencia las excepciones preliminares y el fondo del caso[93].

Un antecedente, de esta nueva regulación del Reglamento de la Corte fueron los tres casos contra Honduras, ya que el Estado presentó, entre otras, la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos y la Corte ordenó unirla a la cuestión de fondo. En estos casos los argumentos presentados por la Comisión y el Estado demandado fueron contradictorios. El primero afirmó que la interposición de recursos internos fue infructuosa mientras que el Gobierno sostuvo que el sistema judicial interno ofrecía mayores posibilidades. La Corte consideró que el tema en discusión era la efectividad de los recursos internos y del sistema judicial considerados en su conjunto, como mecanismos para garantizar el respeto a los derechos humanos. En esa perspectiva, si la Corte acogía la excepción opuesta por el Gobierno y declaraba que aún quedaban recursos internos efectivos por oponer, se estaría adelantando sobre la cuestión de fondo, sin haber recibido las pruebas y argumentos que la Comisión había ofrecido, así como los que el Gobierno pudiere proponer. Si, en cambio, declarara que los recursos internos efectivos se han agotado o que no existieron, estaría prejuzgando sobre el fondo en contra del Estado involucrado. [94]

El criterio de la Corte en este sentido ha cambiado considerablemente, ya que recientemente en las sentencias de excepciones preliminares en los casos Gangaram Panday, Castillo Páez y Loayza Tamayo, la Corte rechazó la excepción de falta de agotamiento de los recursos internos por extemporánea, es decir por no haber sido presentada ante la Comisión, y por lo tanto no entró a considerar los recursos que estaban disponibles según el Gobierno, ni se pronunció sobre si los mismos eran adecuados y efectivos.[95] En los tres casos, el juez Cançado Trindade ha razonado su voto rechazando la procedencia de esta excepción ante la Corte, en cualquier circunstancia, ya sea que la misma no se ha opuesto previamente ante la Comisión, o cuando sí se le ha invocado, pero ha sido rechazada por la Comisión. Para él esta excepción debe ser resuelta de modo bien fundamentado, y definitivamente por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre el agotamiento de los recursos internos la Corte ha establecido algunos criterios, en primer lugar, que el Estado demandado puede renunciar en forma expresa o tácita la invocación de esa regla [96], en segundo lugar, la excepción de no agotamiento de los recursos internos, para ser oportuna, debe plantearse en las primeras etapas del procedimiento, a falta de lo cual se presume la renuncia tácita a valerse de la misma por parte del Estado interesado[97] y en tercer lugar, el Estado que alega el no agotamiento debe señalar los recursos internos que deben agotarse y proporcionar la prueba de su efectividad[98]54 y cuarta, que de acuerdo con los criterios anteriores, que para oponerse válidamente a la admisibilidad de la denuncia, el Estado debía haber invocado de manera expresa y *oportuna* la regla de no agotamiento de los recursos internos[99].

V. Etapas del Proceso

V.a.) Procedimiento Escrito[100]

Como indicáramos en el apartado a) de este capítulo, el proceso se inicia con la presentación de la demanda ante la Corte Interamericana. Luego de que la Corte admite un caso, solicita al Estado demandado que conteste la demanda dentro de los 2 meses de la notificación, una innovación del nuevo Reglamento de la Corte, además de haber reducido el plazo de contestación de la demanda de 4 meses a 2 meses, es que en la contestación de la demanda, el Estado demandado deberá interponer las excepciones preliminares que considere procedentes y declarar si acepta los hechos denunciados y las pretensiones del demandante, o si los contradice y la Secretaría de la Corte deberá comunicar dicha contestación a las mismas personas a las que se les notifico la demanda.[101] La Corte podrá considerar como aceptados los hechos no expresamente negados y las peticiones no expresamente controvertidas[102].

El plazo que tiene el Estado Demandado, no es perentorio ya que la Corte lo ha prorrogado, como en los casos Genie Lacayo y Caballero Delgado y Santana, en el que la Corte, a solicitud de los Estados de Nicaragua y Colombia respectivamente, otorgó una prórroga de noventa días para contestar la demanda[103], por su parte en el Caso La Última Tentación de Cristo, el estado chileno presentó el escrito de contestación de la demanda extemporáneamente, sin haber solicitado prórroga, por lo que la Corte emitió una Resolución mediante la cual resolvió rechazar dicho escrito[104].

En los primeros casos conocidos por la Corte luego de la demanda, el demandante debía presentar una *memoria*, escrito que el Estado demandado debía contestar a través de una *contramemoria*. El Presidente de la Corte, de común acuerdo con el demandante y el demandado, fijaba la fecha límite para la presentación de estos dos últimos escritos[105].Ya a partir del caso Caballero Delgado y Santana, la Corte varió el procedimiento y se ha procedido directamente con la demanda y la contestación, sin requerir de una memoria adicional por parte del demandante[106]

Con el reglamento anterior, el Presidente debía consultar a los agentes del Estado y a los delegados de la Comisión si estimaban necesario otros actos del procedimiento escrito. En caso afirmativo, fijaba los plazos para el depósito de los documentos. Con el nuevo reglamento, son las partes las que deben solicitar al Presidente de la Corte la celebración de otros actos del procedimiento escrito, y si el Presidente lo estima pertinente, fija los plazos para la presentación de los documentos respectivos[107]

Por su parte, el Presidente de la Corte Interamericana, en consulta con la Comisión Permanente, podrá rechazar cualquier escrito de las partes que considere manifiestamente improcedente, el cual ordenará devolver sin trámite alguno al interesado[108].

V.b) Procedimiento Oral[109]

El Presidente fijará la fecha de apertura del procedimiento oral, previa consulta con los agentes del Estado demandado y los delegados de la Comisión. El número de audiencias que se realicen dependerá de cada caso en particular. Sin embargo, podríamos clasificar las audiencias en: a) audiencias para discutir las excepciones preliminares; b)

audiencias sobre el fondo del caso; c) audiencias sobre medidas provisionales; d) audiencias para lectura de las decisiones de la Corte (en el caso de excepciones preliminares, medidas provisionales, sentencia, interpretación de la sentencia.

Anteriormente, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes podrían participar en esta fase del proceso como delegados de la Comisión, circunstancia que debía ser informada a la Corte, la cual podría autorizar su intervención en los debates, a propuesta de la Comisión. Con el nuevo reglamento de la Corte, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, podrán participar en todas las audiencias que se realicen durante todo el proceso en forma autónoma.[110]

VI. Medios de Prueba

El reglamento de la Corte sólo hace mención expresa de tres medios probatorios, la documental, testimonial y pericial, sin embargo a través de su jurisprudencia la Corte ha indicado que también pueden ser utilizados otros medios de prueba, tales como la circunstancial, los indicios y las presunciones[111].

Sobre el momento procesal para promover los medios de prueba, el nuevo reglamento en su art. 43.1 se determina que las pruebas deben ser promovidos por las partes y sólo les admitirá la Corte, si son ofrecidas en la demanda y su contestación y en su caso, en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación[112], nos parece que este artículo es contradictorio con el art. 36 que establece que las excepciones preliminares sólo podrán ser opuestas en el escrito de contestación de la demanda, puesto que el art. 43.1 estaría admitiendo que las excepciones preliminares podrían plantearse en una etapa procesal diferente a la de la contestación de la demanda.

Otro punto que la Corte deberá aclarar mediante la jurisprudencia que emita a partir de la aplicación del nuevo reglamento, se da en la etapa de reparaciones, donde el articulo 56 del reglamento, abre la posibilidad para que si en la sentencia de fondo no se decide sobre las mismas, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento, el cual en la practica siempre ha admitido la presentación de pruebas especialmente para probar la naturaleza y cuantía de los daños.

La Corte admitirá pruebas que sean presentadas extemporáneamente, siempre y cuando la parte que las presente alegare fuerza mayor, impedimento grave o hechos sobrevinientes. Sin embargo en el caso Ivcher Bronstein, la Corte a pesar de que la Comisión no acreditó dichas circunstancias, las admitió por considerarlos útiles para la evaluación de los hechos[113].

También la Corte puede procurar de oficio toda prueba que considere útil, si especificar la razón, el reglamento señala que especialmente si se trata de prueba testimonial o pericial. La Corte también podrá requerir a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtenga información, que exprese una opinión o que haga un informe o dictamen sobre un punto determinado, la Corte ha hecho uso de esta facultad, sin embargo hasta el momento no ha aprovechado el apoyo que las Defensorías del Pueblo pudieran darle, pues se trata de instituciones nacionales, cuyo mandato es la promoción y protección de los derechos humanos, y aunque se trate de personas nombradas por los parlamentos, tienen la obligación de ejercer su mandato de forma independiente. Y siendo estas instituciones las encargadas de supervisar la vigencia de los derechos humanos y que para ello cuentan con departamentos especializados, el aporte que podrían darle a la Corte seria muy valioso[114], únicamente en una caso se escuchó el testimonio del Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, pero más que todo por haber sido el fiscal especial del caso, cuando el mismo se conoció en la jurisdicción interna en dicho país[115].

Un aporte muy valioso que trae el nuevo reglamento, es que las pruebas rendidas ante la Comisión Interamericana deben ser incorporadas al expediente del caso ante la corte, siempre y cuando hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considera indispensable repetirlas, esta reforma tiene su base en la resolución de la Asamblea General de la OEA, que le encomendó a la Corte que considerara la posibilidad de "evitar duplicaron de procedimientos (una vez sometido el caso a su competencia), en particular la producción de la prueba, ..."[116]

También con el nuevo Reglamento la presunta víctima, sus familiares o sus representantes legal, podrán presentar autónomamente a la Corte sus pruebas en un plazo de 30 de notificada la demanda.[117]

Sobre el valor de las pruebas la Corte ha establecido que la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por la violación de derechos de la persona requiere una mayor flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante el Tribunal, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia. Y en el caso de que el Estado demandado no presente pruebas de descargo en las oportunidades procesales correspondientes, la Corte ha considerado, que, en principio, es posible presumir verdaderos los hechos planteados en la demanda sobre los cuales guarda silencio el Estado, siempre que de las pruebas presentadas se puedan inferir conclusiones consistentes sobre los mismos[118].

VI.a.) Prueba de testigos

Durante las audiencias es que se presentan las pruebas de testigos y periciales, ofrecidas por las partes, también la Corte de oficio, y como medida para mejor proveer, puede citar a declarar incluso a personas que no fueron ofrecidas como testigos por las partes.[119]

Generalmente las audiencias son públicas y el Presidente de la Corte es quien dirige los debates, y determina el orden en que tomarán la palabra los agentes del Estado, los delegados de la Comisión y los testigos propuestos por ambos. Sin embargo en casos excepcionales la Corte podrá realizar audiencias privadas, como en el caso Velásquez Rodríguez cuando el Gobierno hondureño solicitó, que referente al organigrama de un Batallón, y los testimonios de dos miembros de las fuerzas armadas de Honduras que estaban de alta, la Corte los recibiera en audiencia privada, "por razones estrictas de seguridad del Estado de Honduras", a lo que la Corte accedió.[120] También excepcionalmente la Corte podrá recibir la declaración de testigos fuera de su sede, como en el caso Caballero Delgado y Santana, cuando un testigo por su mal estado de salud, se le tomó su declaración en el lugar donde se encontraba.[121] 44. En el Caso Bámaca, la Corte convocó a una audiencia pública en la ciudad de Washington D.C., Estados Unidos de América, a efectos de escuchar a un testigo, que por cuestiones migratorias no podía salir de Estados Unidos y comisionó a tres de sus miembros para tomar los testimonios[122].

En este aspecto es importante destacar que la Corte no tiene medios coercitivos para exigir la comparecencia de un testigo o perito, o de sancionarlo en caso de no comparecer o de castigarlo por perjurio. En el caso Genie Lacayo, a solicitud de la Comisión, la Corte citó a los señores Humberto Ortega Saavedra y Joaquín Cuadra Lacayo (ex ministros de Defensa de Nicaragua) para que declararan como testigos en dicho caso, sin que ninguno de los dos se apersonara, constancia que dejó la Corte en su sentencia del 29 de enero de 1997.

En ese mismo sentido también se ha dado el caso de testigos que se han negado a prestar su declaración, ya sea en la sede de la Corte o ante un experto que la misma Corte pudiera designar para que dirija el interrogatorio en el territorio del Estado demandado, la Comisión se limitó a informar dicha circunstancia y no solicitó la adopción de medidas que demandarán la cooperación efectiva del Estado en este sentido, por lo que la Corte se limito a prescindir del testimonio de dicho testigo.[123]

Los testigos podrán ser objetados antes de prestar su declaración, por cualesquiera de las partes, sin embargo la Corte podrá si lo estimare útil, oír a titulo informativo a una persona que estaría impedida para declarar como testigo[124].

VI.b) Prueba pericial

Las pruebas periciales han sido utilizadas en el Sistema Interamericano tanto a solicitud de las partes[125] como de oficio por la Corte[126]. El tipo de informes periciales presentados ha sido muy variado y ha servido para probar distintos aspectos relevantes para determinar si hubo violación o no de algún derecho consagrado en la Convención. Así por ejemplo, en el caso Gangaram Panday, por medio de prueba pericial se quiso demostrar el tipo de lesiones ocasionadas por la tortura[127], en el caso Velásquez Rodríguez se utilizó para probar la existencia del

daño material o moral[128]. En el caso Neira Alegría y Otros, a través de peritos se demostró que no se hicieron las diligencias necesarias para identificar a los cadáveres,[129] en el caso Aloeboetoe y Otros, la Corte se valió de peritos para tener información más completa para determinar el monto de la indemnización,[130] en el caso Bámaca, la Comisión ofreció, prueba pericial, para determinar la forma como opera el sistema de justicia en Guatemala[131] y en el caso La Última Tentación de Cristo, se propusieron peritos para determinar la jerarquía del derecho internacional convencional y del derecho internacional consuetudinario en relación con el derecho interno[132].

La Corte, mutuo proprio, también ha solicitado opiniones técnicas sobre aspectos criminares y psiquiátricos en determinados casos, y ha solicitado opiniones interpretativas al organismo de investigación judicial de un Estado, sobre informes médicos, cintas de video y diapositivas aportadas por las partes, aunque este Estado no fuere parte en el proceso.[133]

Los peritos podrán ser recusados por las mismas causales de impedimento previstas para los jueces[134]; es decir, si ellos o sus parientes tuvieren interés directo o hubieren intervenido anteriormente como agentes, consejeros o abogados, o como miembros de un tribunal nacional o internacional, o de una comisión investigadora relacionada con el asunto, o en cualquier otra calidad, a juicio de la Corte.

VI.c) Prueba Documental

La prueba documental incluye no sólo documentos escritos públicos o privados, sino que la Corte ha aceptado grabaciones, vídeos[135], planos, mapas, informes elaborados por comisiones legislativas o colegios de abogados[136], boletas migratorias[137], certificados de autopsias etc. En algunos casos sE han solicitado al Estado demandado copia de los expedientes de los procesos que se trataban en su jurisdicción interna por la desaparición de las presuntas victimas[138], también datos estadísticos como en el caso de Suriname a quien se le pidió la estadística de suicidios entre la población de la religión hindú[139], y también ha solicitado a un Estado demandado, copia autenticada de las leyes y disposiciones reglamentarias aplicadas en los procesos tramitados ante la jurisdicción interna contra las supuestas víctimas, así como copia autenticada de los expedientes judiciales completos de dichos procesos[140].

Con relación a los recortes periodísticos, la Corte ha señalado que si bien no se consideran prueba documental, son importantes para dos efectos: corroborar la información brindada en algunos elementos probatorios y acreditar que los actos a los que se refieren son públicos y notorios.[141]

En el Caso Bámaca Velásquez, la Comisión solicitó la admisión como prueba sobreviniente los informes, tanto del Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica como de la Comisión de Esclarecimiento Histórico de acuerdo con el art. 43 del anterior Reglamento, y el Estado aceptó su incorporación al acervo probatorio de manera expresa, por lo que la Corte los incorpora al mismo como prueba documental[142].

VI.c) Indicios o Presunciones

En el proceso interamericano sobre derechos humanos lo primordial es determinar si los hechos alegados constituyen una violación de la Convención Americana, por lo que los medios probatorios quedan subordinados al objeto y fin de la Convención[143]. En el caso de las desapariciones forzadas, la Corte ha subrayado la importancia de utilizar los indicios y presunciones por estimar que "esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de las víctimas". [144]. La Corte también se ha valido de los indicios o presunciones en los casos en que el Estado demandado no coopere, como lo fue en el caso Gangaram Panday[145].

La Corte también ha expresado que gracias a la existencia de otros elementos probatorios, existían

indicios suficiente para inferir la razonable conclusión de que la detención y desaparición de las presuntas víctimas había sido efectuada por personas que pertenecían al ejercito y por varios civiles que colaboraban con ellos; además la circunstancia de que a más de seis años de ocurridos los hechos no se hubiera tenido noticias de las victimas permitía, de acuerdo con la Corte, razonablemente inferir que las presuntas víctimas habían fallecido.[146]

VII. Sentencia

De acuerdo con el art. 67 de la Convención, los fallos de la Corte son definitivos e inapelables[147]. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las Partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo. Si el fallo no expresare en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, cualquiera de ellos tendrá derecho a que se agregue al fallo su opinión, a través de votos razonados, disidentes o concurrentes, los cuales sólo podrán referirse a lo tratado en la sentencia correspondiente. Los jueces que decidan presentar un voto razonado, disidente o concurrente de la opinión de la mayoría, deberá presentarlo dentro del plazo que fije el Presidente de la Corte, de modo que pueda ser conocido por todos los jueces antes de la notificación de la sentencia.[148]

VII.a) Contenido de la Sentencia

La sentencia contendrá[149]: a) nombre del Presidente y de los demás jueces que la hubieren dictado, del Secretario y del Secretario Adjunto; b) la identificación de las partes y sus representantes. En este apartado cabe destacar que a partir del nuevo reglamento de la Corte, se refiere a la víctima o presunta víctima, el Estado y, sólo procesalmente la Comisión; c) una relación de los actos del procedimiento; d) la determinación de los hechos. La Corte por ser el órgano jurisdiccional del sistema interamericano, posee atribuciones independientes para establecer los hechos, y en la demanda debe señalar cuales son los hechos en que funda su decisión, en el caso de que no haya disputa de los hechos o si ha cesado la controversia en cuanto a los mismos, la Corte puede dar por ciertos los expuestos por la Comisión o el Estado demandante[150], e) las conclusiones de las partes; f) los fundamentos de derecho, de acuerdo al art. 63.1 de la Convención Americana, la Corte debe decidir si hubo violación a un derecho o libertad protegido por la Convención y dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, por ello es que la Corte debe además de establecer los hechos, determinar cuales son las disposiciones infringidas, sin embargo en algunos casos, tales como Aloeboetoe y otros, El Amparo y Garrido y Baigorria, en que el Estado demandado aceptó como ciertos los hechos referidos en la demanda y su responsabilidad internacional, la Corte dio por sentado que esos hechos constituían una violación de la Convención y omitió calificarlos e indicar las disposiciones de la Convención que habían sido violadas.[151] g) la decisión sobre el caso,[152] h) el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procede; i) el resultado de la votación y j) las indicaciones sobre cual de los textos hace fe.

VII.b) Ejecución de la Sentencia

Los Estados miembros de la OEA, al ratificar la Convención se comprometen a cumplir las decisiones de la Corte en todo caso en que sean partes.

Según nuestra opinión, la Corte tiene dos medios para velar por el cumplimiento de las sentencias por ella pronunciada. En primer lugar, la Corte puede hacer uso del órgano político de la OEA, la Asamblea General, a través de sus informes anuales de labores, que de acuerdo con el art. 65, deberá señalar los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.

A partir de los últimos informes anuales, la Corte ha sido mas sistemática para dar cumplimiento a que manda dicho artículo, y se ha incluido un apartado que indica el estado de los asuntos en tramite ante la Corte y otro referente al estado de cumplimiento de las sentencias de la Corte.

Otro mecanismo, que consideramos tiene la Corte, es el de la ejecución de las sentencias, a través de los tribunales nacionales del Estado. El art. 68 inciso 2 de la Convención dispone, que la parte del fallo sobre indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país, por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias. En este sentido cabe señalar la interpretación amplia que a este artículo hizo el Estado de Costa Rica al aprobar el Convenio de sede de la Corte Interamericana, ya

que en el art. 27 de dicho Convenio estableció que las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses[153]. Los otros dos antecedentes que tenemos sobre este punto son el caso de Colombia y Perú.

Por su parte Colombia aprobó la Ley n. 288 por medio de la cual se establecieron instrumentos para la indemnización por el perjuicio causado a víctimas de violaciones a derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales. Esta ley creó trámites conciliatorios o incidentes de liquidación de perjuicio en relación con los casos de violaciones de derechos humanos, circunscribiendo el mecanismo a que exista una decisión previa, escrita y expresa del Comité de Derechos Humanos creado en el marco del Pacto de Derechos Civiles y Políticos o de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[154]. Lamentablemente la ley se limitó a dar eficacia a las resoluciones de estos dos órganos internacionales, dejando por fuera al único órgano jurisdiccional internacional, que es la Corte Interamericana. Por su parte la Constitución de Perú de 1993, en su art. 205 establece que una vez agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenidos de los que el Perú es parte.

A la fecha ninguna de las sentencias de la Corte han sido ejecutada mediante procedimiento interno vigente del Estado condenado[155], por lo que no existe jurisprudencia, por nuestra parte consideramos que las sentencias de la Corte deben de ser ejecutadas no como sentencias extranjeras, sino como sentencias emanadas de un tribunal supranacional.

Lamentablemente, ha la fecha solo seis casos los estados han dado cabal cumplimiento a las sentencias de la Corte, siendo estos los siguientes: Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz; Aloeboetoe y otros; Gangaram Panday; Maqueda y Genie Lacayo.

Notas

1. El texto no compromete una posición institucional.

2. La Conferencia se celebró en San José de Costra Rica, con la participación de representantes de los gobiernos de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

3. La Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

4. Opinión Consultiva número OC-1/82. "Otros Tratados" Objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64. Convención Americana), párrafo 19.

5. Ver OEA/Ser. G/CP/CAJP-1770/01 del 16 de marzo de 2001 Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antonio Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos.

6. OC-1/82. "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana), párrafo 22.
OC-2/82 El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75).
OC-3/83 Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana Sobre Derechos Humanos).
OC-4/84 Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.
OC-5/85 La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos).
OC-6/86 La expresión “leyes” en el art. 30 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
OC-7/86 Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1,1.1 y 2).

Convención Americana Sobre Derechos Humanos).
OC-8/87 El habeas Hábeas bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 29 Convención Americana Sobre Derechos Humanos).
OC-9/87 Garantías judiciales en estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana Sobre Derechos Humanos).
OC-10/89 Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
OC-11/90 Excepciones al agotamiento delos recursos internos (Arts. 46.1, 46.2 a y 46.2 b Convención Americana Sobre Derechos Humanos).
OC-12/91 Compatibilidad de un proyecto de ley con el art. 8.2.h de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
OC-14/94 Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos).
OC-15/97 Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos).
OC16/99 El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso.

6. OC-10. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
OC-15/97 Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

7. OC-1/82. "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana), párrafo 25.

8. OC-15/97 Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 26.

9. OC-16/99 El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párrafo 65.

[10.] Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 64.

[11.] OC-15/97 Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51. Convención Americana sobre Derechos Humanos), párrafo 25.

[12.] Durante las audiencias celebradas sobre la Opinión Consultiva n. 16, intervinieron además de los ocho Estados, siete individuos representantes de cuatro ONG (nacionales e internacionales) de derechos humanos, dos individuos de una ONG actuante en pro de la abolición de la pena de muerte, dos representantes de una entidad (nacional) de abogados, cuatro profesores universitarios en calidad individual, y tres individuos en representación de un condenado a la pena de muerte.

[13.] Cançado Trindade, Antonio Informe y propuestas del presidente y relator de la CIDH ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, marzo 2001.

[14.] V. Buergenthal Thomas. The Advisory Jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights. Apud Contemporary Issues in International Law, Essays in honor of Louis B. Sohn, M.P. Engel, Kehl, 1984.

[15.] OC-1. "Otros Tratados" objeto de la función consultiva de la Corte.

[16.] OC-10. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[17.] OC-3. Restricciones a la pena de muerte.

[18.] OC-4. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párrafo 18.

[19.] Ibídem, párrafo 19.

[20.] Ibídem, párrafo 26.

[21.] OC-4. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización.

[22.] 12/91 Compatibilidad de un proyecto de ley con el art. 8.2.h de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, párrafo 28.

[23.] OC-15/97 Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos).7

[24.] Faúndez Ledezma *Op. cit.*

[25.] OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

[26.] Sala Constitucional de Costa Rica. Sentencia de inconstitucionalidad N2213-95. Caso Ajún.

[27.] V. Piza Escalante, Rodolfo. La Jurisdicción Contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos. En IIDH, La Corte Interamericana de Derechos Humanos 1986.

[28.] Por ejemplo, el art. 29 de la Convención hace referencia a las normas de interpretación determinando que no se puede limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido en las leyes internas de los estados partes o en otros tratados en que sea parte uno de los Estados, ni excluir o limitar el efecto que puede producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Por su parte el art. 75 hace referencia a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados en lo referente al objeto de las reservas.

[29.] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez sentencia del 29 de julio de 1998, párrafo 134, caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989 párrafo 140; y caso Fairen Garbi y Solís Corrales sentencia del 15 de marzo de 1989

[30.] Países que ha aceptado la competencia de la Corte Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Haití, Honduras, México, Panamá, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Suriname, Uruguay, Venezuela, Argentina Colombia, Chile, Guatemala, Nicaragua, Paraguay. Los últimos 6 son lo que hicieron la declaración expresa.

[31.] Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Resolución n. 25/87 caso 9726 (Hugo Espadafora), Panamá; Resolución n. 1/91 caso 9999 (Manuel Antonio Carmona) El Salvador.

[32.] En el caso Genie Lacayo, en que supuestamente la víctima fue muerta por efectivos militares el 28 de octubre de 1990 y el Estado de Nicaragua

había reconocido la competencia de la Corte el 12 de febrero de 1991. La Comisión recomendó al gobierno de Nicaragua que aceptara la competencia de la Corte para este caso, con el fin de que la demanda incluyera el hecho inicial que dio origen a las supuestas violaciones. Sin embargo en su declaración especial, Nicaragua, aceptó la competencia única y exclusivamente en los términos contenidos en la demanda presentada por la Comisión bajo el capítulo titulado *Objeto de la Demanda*, en la cual no se hacia referencia al derecho a la vida. En consecuencia la declaración de aceptación general de la competencia de la Corte coincidió con el reconocimiento especial del gobierno.

[33.] El 9 de julio de 1999, el Estado del Perú procedió a depositar en la Secretaria General de la OEA, el instrumento mediante el cual declaraba que reiteraba la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, y anunció que su retiro tenia "efecto inmediato".

[34.] En el instrumento de "retiro" Perú específicamente excluyó de la jurisdicción contenciosa de la Corte los dos casos pendientes en los que aun no había contestado la demanda: Ivcher y Tribunal Constitucional devolviendo las dos demandas a la Corte, y que no iba a cumplir con la sentencia en el caso Loayza Tamayo. La Corte trasmitió a la Comisión copia de la nota del Estado pidiendo que presentara sus observaciones.

[35.] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Comunicado de Prensa CDH-CP 2/01.

[36.] Compartimos la opinión de Héctor Faúndez en el sentido de utilizar la expresión actor y no demandante, pues el Estado denunciado también tiene la facultad de acudir ante la Comisión. *Op. cit.*, p. .355.

[37.] Convención Americana sobre Derechos Humanos. Parte II. Medios de la protección. Capítulo 8. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sección 2. Competencia y funciones. Art. 61.

[38.] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto Viviana Gallardo y otras. Decisión del 13 de noviembre de 1981, párrafo 22.

[39.] Convención Americana sobre Derechos Humanos. Parte II.- Medios de la protección. Capítulo 8. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sección 2. Competencia y funciones. Art. 62

[40.] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto Viviana Gallardo y Otras, Resolución de 15 de julio de 1981 y 30 de junio de 1983.

[41.] Cançado Trindade Antonio, voto razonado en. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez, Excepciones preliminares, sentencia del 30 de enero de 1996, párrafo 14.

[42.] Cançado Trindade Antonio, voto razonado en. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo Excepciones preliminares, sentencia del 3 de enero de 1996, párrafo 14.

[43.] A la fecha la Corte ha aprobado 4 reglamentos. El primero rigió a la Corte desde julio de 1980 hasta julio de 1991; el segundo reglamento tuvo vigencia de agosto de 1991 a enero de 1996; el tercer reglamento entró en vigencia en enero de 1997 hasta mayo de 2001 y el cuarto reglamento entró en vigencia el 1º. de junio de 2001.

[44.] El antecedente práctico a esta reforma del reglamento se dio en la audiencia de reparaciones, del 27 de enero de 1996, en el Caso El Amparo contra Venezuela, donde el Juez Cançado Trindade al manifestar expresamente su entendimiento de que al menos en aquella etapa del proceso no podía haber duda de que los representantes de las víctimas eran "*la verdadera parte demandante ante la Corte*", en un determinado momento del interrogatorio pasó a dirigir preguntas a los representantes de las víctimas y no a los delegados de la Comisión o a los agentes del Gobierno, quienes presentaron sus respuestas. Posteriormente, y por primera vez, los representantes de las víctimas presentaron dos escritos a la Corte (de fechas 13.05.1996 y 29.05.1996. Por su parte, en la fase de cumplimiento de la sentencia de indemnización compensatoria en los casos Godínez Cruz y Velásquez Rodríguez, los representantes de las víctimas presentaron igualmente dos escritos a la Corte (de fechas 29.03.1996 y 02.05.1996) y la Corte sólo determinó poner término al proceso de estos dos casos después de constatado el cumplimiento, por parte de Honduras, de las sentencias de reparaciones y de interpretación de ésta última, y después de haber tomado nota de los puntos de vista no sólo de la CIDH y del Estado demandado, sino también de los peticionarios y los representantes legales de las familias de las víctimas.

45. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual 1998, pp. 40 y siguientes.

46. OEA/A.G., resolución AG/RES.1701 (XXX-0/00, de 2000.

47. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobada en su XLIX periodo ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y que entra en vigencia el 1º. de junio de 2001.

48. Ibídem, art. 23.

49. Ibídem, art. 35.4

50. Ibídem, art. 40.2

51. Para el procedimiento en los casos *pendientes* ante la Corte, *antes* de la entrada en vigor del nuevo Reglamento el próximo 01 de junio de 2001, la Corte Interamericana adoptó una *Resolución sobre Disposiciones Transitorias* (el 13 de marzo de 2001), mediante la cual decidió que: 1) los casos que se encuentren en curso al momento de la entrada en vigor del nuevo Reglamento (de 2000) continuarán tramitándose de acuerdo con las normas del anterior Reglamento (de 1996), hasta tanto culmine la etapa procesal en la que se hallan; 2) las presuntas víctimas participarán en la etapa que se inicie con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo Reglamento (de 2000), de conformidad con el art. 23 del mismo.

52. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Villagrán Morales y otros. Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párrafos 173-177; Caso Blake, sentencia de 24 de enero de 1998, párrafos 97 y 116.

53. Cançado Trindade, Antonio. Voto Razonado en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

54. García Ramírez, Sergio. Voto Razonado Concurrente en Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez. Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

55. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones preliminares. Sentencia del 26 de junio de 1987, párrafos 28 y 29.

56. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Gangaram Panday, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade.

57. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo. Excepciones Preliminares, Sentencia de 27 de enero de 1995. Párrafo 2. Objeto de la Demanda.... "4. Que declare que la vigencia de los Decretos 591 y 600 denominados " Ley de Organización de la Auditoría Militar y Procedimiento Penal Militar " y " Ley Provisional de los Delitos Militares ", que regulan la jurisdicción penal militar, son incompatibles con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que deben ser adecuados a ella de conformidad con las obligaciones contraídas en virtud del art. 2 de la misma". También ver párrafo 49.

58. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Loayza Tamayo. Sentencia del 17 de septiembre de 1997, párrafo 68.

59. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Loayza Tamayo, Reparaciones, Sentencia del 27 de noviembre de 1998 párrafos 164 y 101.

60. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Castillo Petruzzi y otros, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de septiembre de 1998, párrafo 100, letra a.

62. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 51.

63. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cayara, Excepciones Preliminares, Sentencia de 3 de febrero de 1993 párrafo 37, Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987 párrafo 33.Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987 párrafo 35. Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 30.

64. Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Cayara, Excepciones Preliminares, Sentencia de 3 de febrero de 1993, párrafo 42.

65. Cfr.Ibíd., párrafo 60.

66. Según el art. 1 de la Convención Americana los Estados portes de la Convención se comprometen a respetar los derechos en ella reconocidos y a garantizar su libre y pleno

ejercicio a toda persona que este "sujeta a su jurisdicción".

67. Para Héctor Faúndez los actos cometidos por agentes de un estado fuera de su territorio no quedan debidamente sancionados por la Convención, estando sujeto solamente a las normas jurídicas existentes en materia de responsabilidad de los Estados. *Op. cit.*.

68. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Sentencia del 15 de marzo de 1989, párrafo 157.

69. El nuevo reglamento de la Corte introdujo una serie de disposiciones, sobre todo con relación a la participación directa de las supuestas víctimas, sus familiares o sus representantes, en todas las etapas ante la Corte, así como en lo referente a las excepciones preliminares, la contestación de la demanda y las reparaciones. *Op. cit.*.

70. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de junio de 1987, párrafo 32 "…Los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todas las cuestiones relativas a un caso…."

71. La demanda como su contestación y demás escritos dirigidos a la Corte, podrán presentarse personalmente, vía courier, facsimilar, teles, correo o cualquier otro medio generalmente utilizado. En el caso del envió por medios electrónicos, deberán presentarse los documentos auténticos en el plazo de 15 días. *Op. Cit*. Art. 26.

72. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Capitulo II Art. 33. - Escrito de demanda.

73. Los requisitos en cursiva, fueron introducidos en el nuevo reglamento.

74. Caso Ivcher Bronstein. Comunicación de la Secretaria de la Corte dirigida a los delegados de la Comisión. 20 de abril de 1999.

75. En el caso Cayara, donde se aplicó el anterior Reglamento de la Corte, el mismo establecía en su art. 25.2 que "... [si] la Comisión desease introducir un caso ante la Corte [...] entregará conjuntamente con su informe en veinte ejemplares, una demanda debidamente firmada ...". En este caso, la demanda antecedió a la recepción del informe pues, mientras la primera ingresó a la Corte el 3 de junio de 1991, el segundo llegó a la Secretaría de la Corte el 7 de junio. La Corte dictaminó que dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica.

76. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros, Excepciones preliminares. Sentencia del 4 de septiembre de 1998, párrafo 68.

77. Cfr. Ibíd, párrafo 22.

78. Cfr. Ibíd, párrafos 25 y 26.

79. Cfr. Ibíd, párrafos 27 y 28.

80. Cfr. Ibíd, párrafo 29.

81. Cfr. Ibíd, párrafo 96.

82. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Parte II.- Medios de la protección. Capítulo 7. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sección 4.Procedimiento. Arts. 48 a l 50.

83. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto Viviana Gallardo y Otras, Resolución de 15 de julio de 1981.Decisión del 13 de noviembre de 1981. Antecedentes, párrafo 2.

84. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Asunto Viviana Gallardo y Otras, Resolución de 15 de julio de 1981.Decisión del 13 de noviembre de 1981. Consideraciones de Derecho. Sobre la renunciabilidad del procedimiento ante la Comisión, párrafo 25.

85. Buergenthal Thomas. The Inter American Court of Human Rights, en The American Journal of International Law. Vol. 76, n. 2 1982, pp. 238 y s.

86. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 30.

87. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Cayara. Excepciones Preliminares, sentencia del

3 de febrero de 1993, párrafo 4. Caso El amparo, sentencia del 18 de enero de 1995, parrafo7 y caso Caballero y Santana, sentencia del 8 de diciembre de 1995 párrafo 8. Caso Genie Lacayo. Excepciones Preliminares, Sentencia de 27 de enero de 1995, párrafo 4.

88. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobada en su XLIX periodo ordinario Capítulo II Procedimiento Escrito. Art. 33, Escrito de Demanda.

89. Convención Americana sobre Derechos Humanos Parte II.- Medios de la protección. Capítulo 8. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sección 1.Organización. Art. 57.

90. En el caso Benavides Cevallos, el Estado demandado solicitó una prorroga para interponer las excepciones preliminares, ya que inicialmente la demanda le había sido notificada en ingles.

91. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales y otros, Excepciones preliminares, sentencia del 11 de septiembre de 1997, párrafo 6 y 7.

92. En los casos Loayza Tamayo contra Perú,, Castillo Páez contra Perú y Paniagua Morales y otros contra Guatemala, los Estados demandados solicitaron que la Corte suspendiera el procedimiento sobre el fondo hasta que fueran resueltas las excepciones opuestas, sin embargo la Corte declaró improcedentes dichas solicitudes debido a que ellas no respondían a una "situación excepcional" y a que no se presentaron argumentos que lo justificaran.

93. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobada en su XLIX periodo ordinario Capitulo II Procedimiento Escrito. Art. 36 Excepciones preliminares.

94. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 95.

95. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Páez, Excepciones Preliminares, Sentencia del 30 de enero de 1996, párrafo 45 y Caso Loayza Tamayo, Excepciones Preliminares, Sentencia del 31 de enero de 1996, párrafo 41. Caso Gangaram Panday, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de diciembre de 1991, párrafo 39 La Corte consideró que el gobierno estaba obligado a invocar de manera expresa y oportuna la regla de no agotamiento de los recursos internos para oponerse validamente a la admisibilidad de la denuncia ante la Comisión interamericana.

96. Caso Castillo Páez, Excepciones Preliminares. Sentencia de 30 de enero de 1996. Serie C, n. 24, párrafo 40; Caso Loayza Tamayo, Excepciones Preliminares. Sentencia de 31 de enero de 1996. Serie C, n. 25, párrafo 40.

97. Caso Castillo Páez, Excepciones Preliminares. Ibíd., párrafo 40; Caso Loayza Tamayo, Excepciones Preliminares. Ibíd. , Párr. 40; Caso Castillo Petruzzi, Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Serie C, n. 41, párrafo 56.

98. Caso Castillo Páez, Excepciones Preliminares. Ibíd., párrafo 40; Caso Loayza Tamayo, Excepciones Preliminares. Ibíd., párrafo 40; Caso Cantoral Benavides, Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 1998. Serie C, n. 40, párrafo 31; Caso Durand y Ugarte, Excepciones Preliminares. Sentencia de 28 de mayo de 1999. Serie C, n. 50, párrafo 33.

99. Caso la Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni. excepciones preliminares sentencia de 1 de febrero de 2000.

100. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Capitulo II Procedimiento escrito.

101. Cfr. Ibíd. Capitulo II Procedimiento escrito. Art. 37.1 Contestación de la Demanda.

102. Cfr. Ibíd.. Capitulo II Procedimiento escrito. Art. 37 Contestación de la Demanda.

103. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo. Excepciones Preliminares, Sentencia de 27 de enero de 1995, párrafo 5. También ver caso Caballero Delgado y Santana, Excepciones Preliminares. Sentencia de 21 de enero de 1994, párrafo 5.

104. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Última Tentación de Cristo, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafos 24, 30 43.

105. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones

Preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987, párrafo 6. Caso Aloeboetoe y Otros, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de diciembre de 1991.Caso Gangaram Panday, Excepciones Preliminares, Sentencia de 4 de diciembre de 1991.párrafo 5. Caso Neira Alegría y Otros. Excepciones Preliminares, Sentencia de 11 de diciembre de 1991, párrafo 5.

106. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Caballero Delgado y Santana, Excepciones Preliminares, Sentencia de 21 de enero de 1994, párrafo 5.

107. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Capítulo II, Procedimiento Escrito. Art. 38.

108. Cfr. Ibíd. Titulo II del Proceso Capítulo I Reglas Generales 26.

109. Cfr. Ibíd.. Título II Del Proceso. Capítulo III Procedimiento oral. Arts. 39 a 42.

110. Cfr. Ibíd.. Título II Del Proceso. Capítulo I Reglas Generales. Art. 23 y Capitulo III Procedimiento oral. Art. 40.

111. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 130; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Sentencia del 15 de marzo de 1989, párrafo 133.

112. El nuevo reglamento de la Corte, en su art. 43, señala que las pruebas deben ser ofrecidas entre otros, en el escrito de contestación de la demanda y en el escrito de excepciones preliminares, lo cual es contradictorio con el art. 36 que establece que las excepciones preliminares solo podrán ser opuestas en el escrito de contestación de la demanda, puesto que el artículo estaría admitiendo que las excepciones preliminares podrían plantearse en una etapa procesal diferente a la de la contestación de la demanda.

113. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 71.

114. Las Defensorías del Pueblo de la región, tampoco han hecho el uso que deberían del sistema interamericano. Como antecedentes tenemos la petición presentada ante la CIDH por el Defensor del Pueblo argentino, quien gestionó en nombre de un número alto y tal vez indeterminado de afectados, a título de *parens patriæ,* o bien ejerciendo una especie de *class actino y el amicus curiae* presentado por el Defensor del Pueblo de Perú, acerca de dos casos referentes al despido de empleados del Congreso peruano (casos 11.830 y 12.038informe CIDH, 2000). Por su parte el Defensor del Pueblo de Colombia hizo una presentación ante el pleno de la CIDH sobre los progresos que viene logrando la institución del defensor del pueblo en los países de América Latina y también, sobre la situación de los derechos humanos de ese país.

115. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 93.

116. OEA/A.G., resolución AG/RES. 1701 de 2000.

117. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Arts. 23; 35.4 y 43.

118. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ivcher Bronstein, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafos 67 y 68.

119. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Sentencia del 15 de marzo de 1989, párrafo 30.

120. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafos 31, 32 y 33.

121. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia del 8 de diciembre de 1995, párrafo 16 Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Castillo Petruzzi y otros contra Perú, Excepciones preliminares, sentencia de 4 de septiembre de 1998, párrafo 68.

122. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 44.

123. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Caballero Delgado y Santana, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 25 de enero de 1995, párrafos 4 de la parte considerativa, y 1 de la parte dispositiva.

124. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Título II. Del Proceso. Capítulo IV. De la Prueba. Art. 48. – Objeciones contra testigos.

125. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday. Sentencia de 21 de enero de 1994, párrafo 53.

126. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Sentencia del 15 de marzo de 1989, párrafo 30.

127. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday. Sentencia de 21 de enero de 1994, párrafos 53 y 54.

128. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización compensatoria. Sentencia de 21 de julio de 1989, párrafos 12 y 51.

129. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Neira Alegría y Otros. Sentencia del 19 de enero de 1995, párrafo 71.

130. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones (Art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo 39.

131. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 93.

132. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Última Tentación de Cristo, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 45.

133. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday, Sentencia de 21 de enero de 1994, párrafo 30.

134. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Título II. Del Proceso. Capítulo IV De la Prueba. Art. 49. – Recusación de peritos.

135. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 103. En este caso, la Corte consideró que la videocinta que contenía el testimonio de un testigo, aportada por la Comisión como prueba documental, carecía de valor autónomo, y el testimonio, que es su contenido, no puede ser admitido por no haber cumplido sus requisitos de validez como son la comparecencia del testigo ante el Tribunal, su identificación, juramentación, control por parte del Estado y posibilidad de interrogatorio por parte del juez.

136. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Fairén Garbi y Solís Corrales. Sentencia del 15 de, abril de 1989, párrafo 30.

137. Cfr. Ibíd.

138. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Caballero Delgado y Santana. Sentencia del 8 de diciembre de 1995, párrafo 14.

139. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday. Sentencia del 21 de enero de 1994, párrafo 29.

140. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y otros. Excepciones Preliminares, sentencia de l4 de septiembre de 1998, párrafo 41.

141. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso La Ultima Tentación de Cristo, sentencias del 5 de febrero de 2001, párrafo 70.

142. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, párrafo 109

143. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 1995.

144. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 137.

145. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gangaram Panday. Sentencia de 21 de enero de 1994, párrafo 50.

146. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Caballero Delgado y Santana. Sentencia del 8 de diciembre de 1995, párrafo 53.

147. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Parte II.- Medios de la protección. Capítulo 8. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sección 3. Procedimiento. Art. 67.

148. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Título II. Del Proceso. Capítulo VI De las sentencias. Art. 55 Contenido de las sentencias.

149. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Título II. Del Proceso. Capítulo VI De las Sentencias. Art. 55. Contenido de las Sentencias.

150. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso El Amparo. Reparaciones Sentencia del 14 de septiembre de 1996, párrafo 13

151. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Aloeboetoe y otros, sentencia del 4 de diciembre de 1991 párrafo inicial de la parte resolutiva; Caso El Amparo. Sentencia del 18 de enero de 1995 parte dispositiva y Caso Garrido y Baigorria, sentencia del 2 de febrero de 1996, párrafos 1 y 2 de la parte dispositiva; Caso Trujillo Oroza sentencia del 26 de enero de 2000.

152. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Parte II. Medios de la Protección. Capítulo 8. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sección 2.Competencia y funciones. Art. 63.

153. Convenio de sede entre el gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, suscrito en San José de Costa Rica el 10 de septiembre de 1981.

154. Colombia. Ley 288 del 5 de julio de 1996

155. Para un análisis comparativo con el sistema europeo consultar: Carrillo Salcedo J.A. España y la protección de los derechos humanos y del Tribunal Constitucional Español. Archiv des Voolkerrechts, 1994. También : Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Ruiz Mateos. Sentencia del 23 de junio de 1993 y Caso Barbera, Messegue y Jabardo

DECONSTRUCTING HUMAN RIGHTS: A STANDPOINT FROM THE POSTMODERN UNDERSTANDING OF JUSTICE

LUIS GONZÁLEZ PLACENCIA

Full Time Associated Professor at the Law Department
Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco / México.

During the last third of the century a special preoccupation has arosen within the academic reflection as the consequence of the lost of trust on the modern explanations of the world. In such a situation, the question has lead to the thematization of the problems emerged from the «new international order» by facing them in between the trends which have been shaping the actual condition.

From the sociology of human rights, this preoccupation could imply a questioning about the forms and consequences that human rights assume underneath this context, as well as the changes that this could provoke in the societies of the end of the millennium. On the one hand, the appearance of phenomena strictly related with the internationalisation of the free market economy has set forth new answers aimed to the projection of new scenes of order. Thus, the traditional categories of law, within which human rights have been moving, are put into question. Even if law has been ever considered in connection with society, it has been seen as a representation of the social practices, but, how to represent a representation?. Law is a practice in itself, and it cannot be detached from the social processes. In this context, the «juridification of society» (as a part of the colonisation of the *lebenswelt* described by Habermas) has to be reinterpreted in relation with the related process of «socialisation of justice». Both, enlighten a space where the boundaries among law and society are blurred, giving birth to the emergence of «third cultures» or overlapped spaces where trivialization and vulgarization of law take place.

In between this shifts, the discourse of human rights is also affected, mainly because it has been considered as a sacred value during modernity, eventhough that privileged position, as well as the law as a whole, has permitted their instrumentalization. Thus, paradoxically, a strategy to reinterpret those rights implies to take out their «aura» in order to render them effective. How can it be possible?. As I will try to argue, the analysis leads to focus on process which are related with the interaction between the «local», the «regional» and the «global», and later with the definition of the post-modern as its condition of possibility, as the very scene of this interactions; thus to begin by questioning how global the so called global concern really is, or even better, as Mushkoji has pointed out, *"who acts on whose behalf in guaranteeing the survival, development and welfare of which human community?*[1] is not only preferable; rather an excursus to the topics related with postmodernity and globalization is required. After all this is an attempt to build a theoretical framework where to locate the effective struggle for human rights.

I. Globalization or Westernization?

During the last decade, the discussion about globalization has represented a troubled terrain. Globalization is a very seductive word, and in a way, it could illustrate the anxiety for the becoming of a new era towards the consolidation of genuine interests in a world-wide scale. In fact, many attempts to theorise about globalization have tried to underpin the idea of a structural contingency, of a global complexity where economics, politics and culture play an intertwined role.

In my view, globalization is a process inevitable related with the development of capitalism. It has been at the same time consequence and ground of possibility of the expansion of the market and of

the conformation of a new economical order, with new political actors. Nevertheless, that other factors are affecting this process is undeniable. Even if it is difficult to subscribe to any idea about the existence of a «global culture», the holders of such possibility appeal to the presence of new trends which can be considered empirical demonstrations that a great expansion of the human matters in a transnational level is occurring, at least since the end of the cold war:

- Indeed, the arising of a global market economy with the conformation of commercial blocks based in geopolitical criteria, transnationalization of capitals, financiary integration, high mobility of capitals and workers[2], and the appearance of global consumers[3].
- The growing speeches about «transnational» problems as the environmental pollution, the ecological disaster[4], the nuclear threat and the epidemic disease[5], as well as problems of large-scale crime, as terrorism, arms and drug trafficking[6],
- The intensified flows of people, commodities, money, ideas, information and images on a global level[7].

Albeit such trends can be certainly indisputable, some questions remain unsolved: in what extent can it be possible to say that these trends are truly reflecting something like a global concern? Furthermore, how can these trends articulate a project, and if they, which is the orientation of such a global project?

When talking about globalization, scholars involved in theorising it seek to identify something like a process which tend to set the human matters in a transnational scale, in order to overcome any individual, communitarian, national or international interests in behalf of the conformation of a very «human condition»: a *long-term integration of humanity*[8], a *secular ecumene*[9], a *universal union*[10] or the *crystallisation of the entire world as a single place*[11]. At the same time most of the authors assume that globalization must be understood as a process of recognition of the diversity which nevertheless must lead to a peaceful integration of the world, able to resist the cultural colonialism. Nevertheless, departing from the confrontation of such discourses with the actual reality, globalization appears like a set of contradictions or even better as an *"...eclectic patchwork (...) a mixture of ethnic elements, streamlined and united by a veneer of modernism on a base of scientific and quantitative discourse and computerised technology"*.[12]:

a) even tough it could be considered one of the latest signs of modernity, it encloses pre-modern forms of colonialism based in spatial notions of power concentrated in supra-state sovereigns: global monopolies, transnational enterprises, and hegemonic countries;

b) different from any other stage in the history, the global condition develops itself in a world-wide network of communications, but the higher development of the mass media and the telematics, has not really meant the improvement of the human communication but, otherwise information has become a value in itself a very powerful tool which has permitted to know with growing degrees of certitude the behaviour of the markets all over the world, the situation of currencies as well as the speculation with commodities and rate of interests;

c) «cultural» patterns travel around the world broadcasting images of what is happening elsewhere almost at the same time that it is really occurring. A sense of «ubiquity» is possible by means of the satellites: cellular phones, faxes, e-mails and the new informatic highways. The informatic revolution has made possible not only to know the way of life in Japan or the native American traditions, furthermore the possibility to confront and share data to establish the diagnoses of a sick woman in china via internet[13], or the possibility to work miles away of the work centre, at home or even in another continent just being in touch by means of a computer[14] is completely possible nowadays, but at the same time it has provoked dehumanisation, desensibilization and even the generation and spread of selected patterns of behaviour, as sort of *televisionization* -let us say- of the everyday life[15];

d) the progress of communications have made possible as well the mobility of growing quantities of immigrants, refugees, guest-workers, businessmen, intellectuals, tourists, diplomats, militaries, and the possibility to get elsewhere goods and commodities produced everywhere in the world in such a way that it is possible to find native places in the biggest cities as well as metropolitan centres in towns and villages, but behind the image of cosmopolitanism that this could seems to express, there is also a quite well designed strategy aimed to potentialize the marketing of the world landscape according with the necessities of the transnational consumers:

business, leisure and resort , adventures, «homelands»[16], in fact, the western values are in this way received and disseminated according to the own costumes and values of the recipient peoples, the revival of ethnic myths, the wear of indigenous clothes, the diffusion of the native plates and tastes are always shaped into a western pattern.

e) whereas there is a growing call for the respect of human rights and democracy, as well as for brotherhood and solidarity, interesting cultural phenomena like new forms of feudalism, regionalism, nationalism and fundamentalism has shown the brutality of the human destructive capacity. In fact the appearance of this particularisms call the attention to the desegregation of the universal ideal into new forms of cultural partitioning. In Europe, for instance, the search for integration, which has included as non in the world economy, policy and culture[17] contrast with the shadows of intolerance and segregationist which have given the floor to internal and external processes of regional fragmentation: within Europe, the claim for unity is tinged with the unbearable presence of historical conflicts among the Europeans themselves: Bosnians, Basques, Irish, Chechenians; in regards to the outside, the movements against immigrants and refugees, the sparks of ratialism (skin heads, bone heads), and the strengthens of policies against immigration, not to talk about the obstacles to the integration of the eastern European countries. In the other side of the Atlantic Ocean beyond the project of north American integration, the contention of immigrants is one of the most important preoccupation for the United States, not to talk about the appearance of sects and right-minded paramilitary movements. In Asia the arising of fundamentalism in the middle east is provoking tensions as well, threatening again the weak peace in world. Fragmentation is also present in Sri Lanka, and other Asian nations.

In brief, all this contradictions can be summarised in a central paradox: any attempt to find a real globalized culture *"...must work with materials destined for the very projects which it seeks to supersede -the national identities which are ultimately to be eradicated."*[18] In spite of what Robertson wants, at this point, any reference to globalization seems to be done within an «intellectual play zone» which could locate "...the residual social-theoretical interests, interpretive indulgence, or the display of world ideological preferences..."[19]. Thus, what seems to be clear is that the old practices of intolerance, the extreme use of techno-rationalities, and the appealing to an ecumenical *weltanshaaung*, still being the mainstreams although in a new perspectival scene. In fact, those ideological weapons that historically have meant the slowly but effective westernization of the world give the sensation that the crusades have not finished yet; rather, that the crusaders of the post-industrial era have left the armours. Nowadays they use internet.

II. The Post-modern Attitude

The briefly analysis made above is aimed to problematize the actual condition. In fact it is aimed to underpin how complex the actual reality could appear. Rather than the phenomena described, what I want to stress is otherwise, that beyond those trends themselves what must be focused is the place where they emerge, because is there where they get their meanings. In other words, what I try to suggest is that those features cannot be understood as linear isolated phenomena, but as vectors within a given spatial-temporal matrix which renders them possible. Given the complexity that such a matrix implies, the narrowness of the modern categories emerge as an impossibility to render them understandable. In some extent this is what some authors have baptised as the «post-modern condition».

Either as a term or as a concept postmodernity has provoked every kind of reactions. Originally, the idea of postmodernity emerged in the realm of æsthetics in regards to *"...the emergence of ostensibly novel cultural forms"*. Generally speaking its origins can be located in the fifty's and it has to do with a reaction to modernity and modernism which very soon reached also the realms of ethics and science. Paraphrasing Sousa Santos, it is possible to say that the main feature of this new search is *the desire to cross the borders, to mix the codes and to revive the adversarial sense of life* (which is present on arts, sciences and moral) *not by negating the world, but by affirming it and by diving deeply into reality*[20].

Not by chance the idea of post-modern has been challenged either from left and right intellectuals[21]. Since the fact that it has been related with the exhaustion of modernity, postmodernity is expected to be something as an overcome of the non fulfilled promises of modernity. Nevertheless, as far as I see, at the basis of any talk about it, rather than a solution to the modern aporias, there is a reference to

a peculiar *hic et nunc*, a place where linearity breaks in plurality and where plurality becomes the key-word to understand the disruption of the binary codes of modernity. In fact, postmodernity is the horizon where to realise about the limits of modernity. In this sense, maybe the most comprehensive conception about postmodernity appears in Michel Foucault, according to whom «postmodernity» does not mean, as it may suggest, some kind of new age that will occurs after modernity, not even a latest stage of the modern paradigm; otherwise it must be understood as an attitude, that is as a mode of relating to contemporary reality; a voluntary choice made by certain people ... a way of thinking and feeling; a way, too, of acting and behaving that at one at the same time marks a relation of belonging and presents itself as a task[22].

From this point of view postmodernity becomes a meta-narrative; it calls for a challenging position, but not from an ingenuity standpoint. Otherwise, it seeks to face reality by de-constructing its narratives.

Traditionally, the modern western thought demanded a linear way of thinking and problematizing things constructed upon dichotomies which expressed bipolar tensions: culture/nature, subject/object, society/individual, state/civil society, public/private, and so on. The absence of mediation among this poles expresses itself in a sort of pendular movements which come and go from one to another pole of the dichotomy giving the sensation of revolutionary shifts. As Santos points out, at the bottom of this dichotomies the image of such a pendular movement is drawn by the polar distinction between self-referential conceptual constructions and disorganised empirical contents, i.e. between formality and informality[23]. In the linear history of modernity this imagery has shown the transfer from formal to informal by means of desestructuration. Actually, at least from the second half of the last century, history is witnessing a reaction against the formalist wave of the nineteen century (statalisation, juridification, professionalization), towards the pole of informalism in several fields of the human action (decentralisation, deinstituinalisation, delegalisation, deprofesionalisation), which presents itself as a contesting movement against the narrowness and incapacity of the formality to face the challenges of a changing society. Informalism's defenders sought to find a way to escape from the formal discourses of modernity (from state, from law, from science) holding a banner of liberation; as Cohen said, it can be framed as reflex of the wishes of the sixties' generation: *"small is beautiful, human beings are not machines, experts don't know everything, bureaucracies are inhuman, institutions are bad and against nature, community is good and natural"*[24]. But nevertheless, as some scholars have stated, informalism has meant not only to enlarge and to sharpen the webs of formalism throughout informalism, but, in fact to disorganise the spontaneous responses of those who never would recourse to formal institutions anyway:

Informal institutions control by disorganising grievance, trivialising grievances, frustrating collective responses. Their very creation proclaims the message that social problems can be resolved by fiddling with the control apparatus once more, that it is unnecessary to question basic structures[25].

As Sousa Santos explains, twenty years later, the results of such movements towards informailsm had finished by showing that:

Invece di una mediazione, di cui il progetto della modernità si è sempre mostrato carente, è venuta a manifestarsi una progressiva approssimazione fra i poli delle dicotomie, a tal punto che ciascun polo tende a trasformarsi nella copia del polo cui si oppone. In questa dimensione, le dicotomie che soggiacciono al progetto della modernità tendono a sciogliersi e i movimenti di oscillazione fra i suoi poli sono più apparenti che reali[26].

What can be followed from aforesaid is that both, the categories expressed by each pole and the dichotomies created among them, were reifications of the issues they are trying to refer, stories utilised to describe processes that, however, transcend them. Generally speaking such stories have been constructed upon some *topoi* which make of the stories pretended discourses of truth. The conclusion to which Sousa arrives, stresses the fact that these stories are actually relativized, that is that behind the constructions of the dichotomies there is a space where the material expressions of that categories appear overlapped one in another showing *other* spaces, or orders where «codes are mixed» in such a way than whether formal or informal become non-sence in themselves, spatial notions where they co-exist displaying intersections, or what has been called «third cultures». From this point of view, modernity is better understood as a set of discourses aimed to cover such spaces as a way to map reality from a rational bidimensional standpoint.

2.1. A post-modern map of Globality

Whereas the modern map was built throughout those linear binary codes, the post-modern attitude seeks otherwise to map reality by rendering visible the matrix which is subjacent to the modern narrative. To map from the post-modern implies to scale, to project and to symbolise[27] from an interdependent standpoint, i.e. to re-signify the meaning of reality by relativizing the modern discourses in order to render them nothing but stories. Scale is expected to show the different levels of reality (local, regional, global), projection must show the intersections among such levels (local globalisms, global localisms) and symbolisation should permit to restore the continuity between reality and its discourses by means of figurative and emotive signs (loyalty, co-operation, concertation) rather than the discontinuity which the divorce between the reality and its representation with conventional cognitive signs produce. In this way, reality is not confused with the discourses.

In this sense, maybe the most interesting attempts to map the «global mess» has been done by Arjun Apardurai[28] who has tried to elaborate a map of the current era by describing it as a «complex, overlapping, disjunctive order» which is pointed out in between five dimensions: etnoscapes, mediascapes, technoscapes, finanscapes and ideoscapes. In his words:

...the common suffix escape(...) indicate(s) first of all that these are not objectively given relations which look the same from every angle of vision, but rather that there are deeply perspectival constructs, inflected very much by the historical, linguistic and political situatedness of different sort of actors: nationstates, multinationals, diasporic communities, as well as subnational groupings and movements (whether religious, political or economic), and even intimate face to face groups, such as villages, neighbourhoods and families. Indeed, the individual actor is the last locus of this perspectival set of landscapes (...which...) are the building blocks of (...) «imagined worlds», that is, the multiple worlds which are constituted by the historically situated imaginations of persons and groups spread around the globe[29].

Briefly,

- «Ethnoscapes» refer to the moving groups and persons which appear to affect the politics of and between nations to a hitherto unprecedented degree[30];
- «Technoscapes» are the global configuration, also ever fluid, of technology, and of the fact that technology (...) now moves at high speeds across various kinds of previously impervious boundaries[31];
- «Finanscapes» mean the landscape where the disposition of global capital is now a more mysterious, rapid and difficult to follow than ever before[32];
- «Mediascapes» appeal to the distribution of electronic capabilities to produce and disseminate information (...) which provides large and complex repertories of images, narratives and «ethnoscapes» to viewers throughout the world[33]; and,
- «Ideoscapes» are concatenations of images(...) but directly political and frequently have to do with the ideologies of states and the counter-ideologies of movements explicitly oriented to capturing state power or a piece of it[34].

According to Apardurai, this landscapes are completely intertwined, and the current facts occur *in* and *through* the growing disjunctures between all these scenarios. By taking in account this landscapes, another conceptualisation of reality can be attempted, because any phenomenon could be located in between them: the combination of scalar, projective and symbolisation dimensions permit to construct the phenomenon as unique and unrepetible and at the same time as changing and relative. I will come back to this later. At this moment I just want to stress the possibility to deconstruct the absoluteness of the modern discourses by appealing to this model, and the opportunity to re-build the social practices, instead of creating them from above, by departing by taking in account this scenarios, since the fact that they render possible a new set of the possibilities to act in between the disjunctures of this landscapes. As Apardurai points out:

The critical point is that both sides of the coin of global cultural process today are products of the infinitely varied mutual contest of sameness and difference on a stage characterised by radical disjunctures between different sorts of global flows and the uncertain landscapes created in and trough these disjunctures[35].

3. absolute Postmodernity, Law and Human Rights: How to Represent the Representation

One of the main characteristics of the modern discourse regards with the fact that reality is seek to be deciphered trough representations. In this sense, every attempt to construct a code to understand such a representation become a representation of the representation. Formally token every representation is nothing but a meta-language of the represented. But, certainly, as it was well conceived since the nineteen century by Pearce, and later by Roussell and Wittgenstein, this never ending recourse to representation leads inevitably to an apory where meta-languages are required to be constructed *ad infinitum.* In regarding to what here concerns, either law and human rights have been at the same time represented and considered as representation of reality. But, isn't in this sense, that any recourse to a broader comprehension of law or human rights -as in the case of the sociology of law and human rights- must face, as Resta[36] has expressed, the risk to become a representation of the representation? To this question there could be drawn two simple possibilities: yes, if the starting point departs from the need to theorise about law and reality; no, if law, and then human rights, are understood themselves as reality. Whether a post-modern understanding of law and human rights is possible, to understood them as the reality is possible too: paraphrasing Resta, law and human rights are what they are.

3.1. The post-modern and the law

Beside science and art, law has been, undoubtedly, one of the great stories of modernity. Certainly it was tough "*...as the guardian of the boundaries between the state and the citizen and of the boundaries between individuals, both sets of boundaries being marked by legal rights*"[37]. Nevertheless, whether the categories of state, individual and citizen become relative from a post-modern perspective, the privileged role of law falls down in the vacuum. And this is not just an intellectual assumption. Furthermore, the distance between law and reality has been advertised at least since the time of the Legal Realism.

In the realm of modern law, the impossibility to sustain neither a pure theory of law nor a formalist legal practice slowly discovered a particular sociolegal context hidden by «the model of rules», where freedom, de-regulation, contractualization and conventionality appeared as a quotidian matter. In fact, such a context has shown -and also provoked- different attitudes towards law and norms, from scholars or from lay people either:

a) the studies on the role of law in postcolonial societies showed in what extent lay people have had their private own understanding of law, as well as the way in which several levels and generations of norms live together in between mixed and overlapped codes. Aside to *official* law, the co-existence of other kind of norms which run from what has been called intuitive law to a sort of «hidden rules», lead to the relativization of the idea of a state monopoly of legality. Instead of that, the recognition of a multiplicity of different legal orders revealed the presence of phenomena of legal pluralism, legal plurality and interlegality. The picture offered in those postcolonial scenes was soon verified even in the so called *Rechstaat*, where positive law plays just a role in between other forms of governmentality schemes[38]. Thus, community, local, regional, national and international rules, whether legitim or not (scale dimension) overlaps among themselves in between egocentric -based in consensus- and geocentric models -based in conflict- (projective dimension) symbolised sometimes as instrumental legality -discontinuous ritualised moments symbolised by conventional, cognitive signs-, and some other times as imagetic legality -restored continuity of the social-juridical reality, by means of figurative emotive signs- (symbolic dimension)[39].

b) specially in the more advanced countries, this recognition has fostered the arising of new legal topics, new jurisdictional areas, and consequently, new conflict arenas. In fact this shows the increasing complexity of the legal realm[40]. In fact, even positive law becomes more and more *"...explicit liquid, ephemeral, ever negotiable and re-negotiable, disposable"*. Instead of what the absolute universal narrative of the modern legal discourse pretended of law, this «contextual legality» is created and finely tuned to the momentary interests of the parts involved in a given conflict and to the power relations among them. In a few words, this has lead to the recognition that there is a surplus of legal knowledge and, consequently, to the trivialization of law -that is to say, to the vulgarization of the legal discourse.

What is really interesting to note is that this doesn't denies the fact that, formally token, modern positivistic paradigm of law still governing social relations, but it stresses as a matter of fact that other forms of legality coexist within it, and that the more

terrain is gained by the recognition of alternative legalities, the more corroded become the symbolic stance of the modern one; desirably in this process, the first should increasingly force the later to descend into the materiality of the *hic et nunc* in order to provoke that the positivistic legal discourse doesn't remain static and ignored, but becomes really effective, even if this mean to be devaluated as a pure normative reference. In this sense to take the risk of the trivialization of law could signify the possibility of a new way to appeal for justice.

3.2. Deconstructing Human Rights

Within the described context human rights are inevitable concerned. Even if modest, in the early modern discourse they certainly wore a paramount investiture, but perspectivaly, and probably in a grater scale than the law, nowadays human rights are in the way to be constructed as the most important narrative of the latest stage of modernity. On the opposite of what a traditional theoretician could think, is this what must be avoided, since the fact that the sacralization of rights will imply, as one can learn from the history law, their stagnation. This assumption implies a very interesting challenge which should try to dissolve theory in practice, this is to say, to deconstruct human rights discourse in its very reality. In other words, it means a resignification of the notion of «rights» to render it central, not in the discourse (or not only in the discourse) as it has been pretended, but rather in «action».

In fact, different from law, probably one of the central features in regarding human rights is that, whatever they are, there is a pragmatical recognition of their necessity. But this could be double-edged knife, because that privileged position has been the condition of possibility of their instrumentalization. At the same time however, that pragmatical recognition appears as a disjuncture on the human rights discourse. By using Apardurai's[41]landscapes, human rights appear, in between of the actual condition, as a consustantial part of what he has called «ideoscapes» at the place of one of the highest values of the humankind. From there, the discourse is projected to the other landscapes with the shape of a human global concern. As well as the other modern narratives the spread of human rights discourse is supported upon certain dogmatic assumptions conceived as shared fundamental issues which rest on certain dichotomies related with fundamental values. Each one of this assumptions is considered as an untouchable truth which however creates oriented attitudes. In order to analyse them, I will try to depart from identifying such topoi or common places with the ideals of the French Revolution since the fact than Fraternitè, Egalitè and Libertè still be considered as leading values in regarding to the struggles pro human rights. Then I will try to relate the topos to the dichotomies that they have created and with the rational principles which support them, as well as to draw the attitude from this topos derived:

a) *Fraternitè.* Fraternity enclose a call to find the unity on diversity. On the top of such topos the human becomes the core value. Here, humankind is conceived as an absolute issue in such a way that everything which is considered human becomes untouchable (human beings of course, but also art, knowledge, technology). But whereas unity and humanity are enabled as leading values, plurality and dishumanity are created as their opposite poles. Consequently the dichotomies between human vs. dishuman and unity vs. plurality arise. In front of the alternative, modernity privileged humanity and unity. On the one hand, modernity set all the human matters as a central part of all the discourses, but at the same time it also true that it reduced human beings to a white-western-male model. In such a perspective everything which is not conceived according to that model is risked to be considered as inhuman. Thus, some ancient practices as well as traditions of non western societies appears as inhuman at the first sight because they become unjustified from the western standpoint. In fact, the narrative on human rights frequently forgets that "*chaque culture a sa prope vision du sens qu'il convient de donner a l'existance du monde et de l'homme...*[42], and therefore that enable one and unique discourse on what the human rights must be becomes an imposition. Aside to this consideration, on the other hand, the call for unity appears in despite of the difference, and is supported by the idea that the late must surrender to the first. In this case the discourse seems to be aimed to reduce the cultural plurality in a formal discourse of unity.

Underneath both dichotomies the rational principle which is working is that of "certitude" which gives to the discourse the image of untouchable truths (nobody could openly accept to be against humanity, as well as almost everybody should agree in the idea that if plurality is permitted to be submitted in a

broader appeal to unity). In a way, by means of certitude, if humanity and unity can be moral and ethically supported then they are the right choice.

As a direct consequence this dichotomies have shaped an attitude that assumes the form of anthropocentrism. In this sense, human as a united group of wills and necessities is located at the top of all interest, no matter how far this interest could go even in regards with the destruction of what is not human (this is the case of environment, for instance).

b) *Egalitè.* Closely related to the discourse on humanity and unity but in another level, the call for equality has lead towards universalisity and both equality and universalism have drown also another dichotomies: equality versus difference and universality versus particularity.

In regards to universalism/particularism modernity has set forth that the discourse about human rights must rest on a universal view and as we have seen, the efforts to render human rights universal has been a central issue since the post-war. But here again history has shown how universalism could enclose the seeds of colonialism. As Rouland says:

l'universalim et les droits humaines ont souvent servi de prétexte à l'application de la loi du plus fort. La colonisation s'est nottament basée sur la nécessité de mettre fin à des pratiques "inhumaines"[43].

As well as in the case of the search for a global culture, the call for universalism means by definition the annihilation of the particularism. But here again arises the fact that some particular ideals are as valid as some of the considered universal, and viceversa some universal ideal become non-sense in a particular context. At the same time, the idea of equality which is still considered as one of the pursuable goods of the human kind, crashes with the fact that society and human relations are constructed upon inequality: sexual, economical, political, and culturally token. Individuals are different among themselves and they express different necessities as well. Even the situations on the life of one individual are different according with the context, the age or the condition of that individual.

Nevertheless, within the modern discourse both universality and equality are considered as aims that must be reached. In this sense they are understood as non fulfilled promises and that's why the rational principle behind them is "probability". Even if they are not truth, they are possible. Thus, the discourse is oriented towards universalism and equality of man, but as far as it still considering the western model the attitude here involved leads to ethnocentrism: western is universal and sameness is equal.

c) *Libertè.* Libertè is a call for freedom. Originally it was conceived as freedom against the authority of the state, as a limit of the realm of state. Nevertheless, slowly this call for freedom becomes institutionalised by means of law, specially through the juridification of the everyday life. In this perspective the opposition between state and what has been called civil society has grown.

Modernity privileged state and institutions, and in this sense, a legitimate call for human rights should be made throughout those institutions: human rights courts and commissions, law, international instruments. Since this fact, human rights became institutionalised to the point that they are valid just if they are part of the positive law, and that they are defensible to the point that it is possible to do it by means of governmental institutions. The rational value involved, thus, is "trust" and it is related with the idea that institutions, better if democratic, represents the right way to do the things in behalf of the common welfare. In this sense, the attitude involved lead to a egocentric attitude which seeks to filtrate and reduce dissatisfaction through institutionalisation.

Topos	Dichotomies	Principles	Attitudes
Fraternitè	a) Humanity vs. Dishumanity b) Unity vs. Plurality	Certitude	Anthropocentrism
Egalitè	a)Universality vs. Particularity b) Equality vs. Inequality	Probability	Ethnocentrism
Libertè	Government vs. Governance	Trust	Egocentrism

At this point the analysis of this *topoi* leads to the conclusion that human rights in its modern form are a globalized western localism aimed to reduce plurality, difference and social organisation into a discourse of unity, equality and positivation.

But on the other hand such a lecture permits to think of human rights in a very different way. In this behalf, there is a necessity to reconsider the traditional value of the described *topoi* in order to resignify them. Thus, new topoi arise, not as a theory on human rights, but otherwise as guidelines to the action:

A) Human rights are not absolute

Human is not an absolute value because there is not a unique way to define what human must be. Otherwise, human must be defined in a situational way, i.e. by taking in account the specificity and contingency of the human being. There is no use to talk about human in abstract, rather is better to understand that human are women, child, aged people, as well as black, Indian or Asian. Furthermore is useful to set this contingency in between other situations because is not the same to be a Cuban black old woman in Nicaragua than a young Muslim in Germany. In this perspective, there is a need to recognise also that certain human beings have certain necessities in certain moments poor, damaged, prisoners, immigrants, refugees, ills, and so. This not mean to recognise diversity upon unity, but to find that unity is defined by diversity and viceversa. The point where unity and diversity overlaps marks a contingency, i.e. the moment in which a orphan Cherokee boy is not *a* human but *the* human; absoluteness finds its place in relativeness and contingency.

On the other hand there is also a necessity to recognise that human is not at top of world. In fact many ancient peoples recognised that human beings are just a part of the world and that some equilibrium must be pursuit in order to survive. This enclose a responsibility to take care of nature and ecology and as far as it is possible, to restore the damages caused on the environment or at least to try not to cause more damages. This is the world we are living in but, this is also the world where animals and vegetables live, in the extent that they survive we will be able to survive to.

B) Human rights don’t need to be universal

Since the fact that “...all the cultures tend to define as universal the values that they consider ultimate” there is a need to abandon the idea that human rights are a universal shared concern. As Sousa Santos says, human rights are universal only when viewed from a western standpoint. Otherwise, there is a need to recognise the validity of particular standpoints as far as they are valid in a certain community. This is not a call for particularism; on the opposite is a call to seek where universal and particular intersects. The world is multicultural and every culture has its own beliefs and values. Even within some western states there is not a unique culture but several peoples which live with quite different costumes and values among them. But it is also true than non culture is considered as a closed

system. Culture is open and from this perspective there are spaces of interculturality (or cross-culturally) where completeness is at least imagined. In this sense, cross cultural spaces define possibilities for contingency and consequently possibilities to achieve a broader conception of human rights.

On the other hand this implies the explicit recognition that men are not equal, and that because we are not equal we *must* be treated as if we do. The recognition of the existence of differences also permits to relatives the anxiety for universality. Homosexuals, for instance, are not universal – in the sense that heterosexuality or bisexuality also exist – but sexual preferences certainly are universal in the sense that everybody (animals included) have one. Prisoners are not universal but punishment is. Since this perspective the particularity of difference have also its universal face. Consequently, human rights must be reached at the moment and for the people who needs to be protected according with the *weltanshauung* of his/her community, better of course if such a vision combines when a world-wide spread value

C) Human rights are rather than their proclamation

Finally there is a need to recognise that the declaration of rights as well as the existence of institutions aimed to protect those rights must not to be confused witn the rights themselves. Human rights are not the contained in the Universal Declaration or in the several instruments of the UN At the most, that can be their representation. But human rights are what they truly are in the social reality. In this perspective rather to proclaim new generations of rights there is a need to embed a culture on human rights in society in such a way that those rights become social constructions which depart from below to above. This is not to say that national or international instruments are not useful. They are of course. But they are nothing but instruments. In any case they can be considered as reference but not as an aim in themselves. Institutions are useful just as far as they can facilitate the struggles for rights. When institutions are not sufficient there is a need to seek for another measures. But in any case which is important is to note that human rights must be constructed by each community.

By following Sousa Santos, through the brake-through of the modern discourse of law, the opportunity to set free the micro-rationalities contained in the boundaries of the current global mess could lead to reinvent them as totalities present in many parts, rather than parts of one totality. The way to do it, lies in the possibility to recognise plurality through the difference and to trivialise the positive law, throughout a micro-revolutionary legal activism able to organise the post-modern struggle for rights in the combination of state law with non-state forms of law and legal knowledge. As Sousa Santos writes:

Hoje começa a predominar um pensamento de emancipação concreta, um pensamento contextual que não recusa o caráter utópico dos direitos humanos mas exige que a sua utopia, por mais radical, se traduza num quotidiano diferente, no mapa de um novo modo de vida mais
autêntico. Paralelamente, torna-se cada vez mais evidente que a luta contra a dominação, e a exploração só é eficaz enquanto luta contra a alienação (...) Esta emergência do contexto significa, antes de mais, a revalorização da sociologia dos direitos humanos. Não se desconhece que as declarações dos direitos humanos têm eficácia simbólica em si mesmas mas exige-se que essa eficácia não se obtenha à custa da ocultação da discrepância entre tais declarações e a vida prática dos cidadãos, exige-se em suma que os direitos sejam efetivamente aplicados.

This is a call to attend what society is able to get, and in what extent a sacralized idea of human rights can be an obstacle to that. Thus the hypothesis which arises here suggest a new approach oriented to the restore a new sense of justice, by means of social action.

REFERENCES

ABEL, R.L. (1982) *The politics of informal justice. The American Experience.* Vol. 1. New York: Academic Press.

APPEL, K-O. (1994). "The situation of Humanity as an Ethical Problem". *Praxis international*, 4 (250).

BRURCHEL, G., Gordon, C. & Miller, P, (eds.) *The Foucault effect: Studies in Governmentality*. London: Harvester Wheatsheaf.

COHEN, S. (1985) *Vission of Social Control*. Cambridge: Polity Press.

FEATHERSTONE, M., (ed.) *Global Culture. Nationalism, Globalization and Modernity*. London: Sage Publications.

FOSTER, R. (1991) Making National Cultures in the Global Ecumene. *Annual Review of Anthropology*, 20, pp. 233-260.

FOUCALUT, M. (1986) What is Enlightment?, in Rabinow, P. (ed.) *The Foucault Reader*. New York: Harmonsworth.

FOUCAULT (1957) *Surveiller et punir. Naissance de la prison.* Paris: Gallimard.

HABERMAS, J. (1987) *The Philosopical Discourse of Modernity. Twelve Lectures*. Cambridge: MA-MIT Press.

Hunt, A. (1990) The Big Fear: Law confronts Postmodernism. *McGill Law Journal*, 35 (3), pp. 507-540. p. 517.

LYOTARD, J.F (1988) *The Postmodern Condition*. A Report on Knowledge. Manchester: Penguin Books.

MARTIN, J & ROMANO, A. (1992) *Multinational Crime: Terrorism, Espionage, Drugs & Arms Traficking*. London: Penguin Books.

RESTA, E. (1990) "La differenza malata". Paper presented at the International Workshop on

Sociology of Penal Control: A Historical View and its Social Actors. International Institute for the Sociology of Law. Onati, September 27-28. (Documents W2-21).

ROBERTSON, R. (1987) "Globalization and societal modernization. A note on Japan and Japanese Religion", *Sociological Analysis*, 47, pp. 35-43.

ROJAS, F. (1993) "América Latina, el difícil camino de la concertación y de la integración". *Nueva Sociedad*, 125, p. 9ss.

ROULAND, P.N. (1993) Les fondments anthropologiques des droits del'homme.

RUPESINGHE, K. & Kuroda, M. (eds.) *Early Warning and Conflict Resolution*. New York: St. Martin Press, Inc.

SMITH, A. (1992) "National identity and the idea of European unity". *International Affairs*, 68 (1), pp. 55-76.

SOUSA SANTOS, B. (1990) Stato e diritto nella transizione post-moderna. Per un nuovo senso comune giuridico. *Sociologia del diritto*, No. 3, pp.5-34.

SOUSA SANTOS, B. (1991) Una cartografía simbólica de las representaciones sociales. Prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho. *Nueva Sociedad*, 116, pp. 18-38.

SOUSA, SANTOS (1991). The postmodern transition. Law and Politics, en Sarat, A. y Kearns, Th. (eds.) *The Face of Law*. Michigan, U.S.A: University of Michigan Press.

WHIMSTER, S. y Lash, S (eds.) *Max Weber. Rationalism and Modernity*. London: Clarendon Press.

NOTAS

1. Mushakoji, K.. (1992) Political and Cultural Background of Conflict and Global Governance, *in* Rupesinghe, K. & Kuroda, M. (eds.) Early Wrning and Conflict Resolution. New York: St. Martin Press, Inc.

2. See Rojas, F.. (1993) "América Latina, el Difícil Camino de la Concertación y de la Integración". Nueva Sociedad, 125, p. 9.

3. See, for instance, Friedman, J. (1990) Being in the World: Globalization and Localization, *in* Featherstone, M., (ed.) Global Culture. Nationalism, Globalization and Modernity. London: Sage Publications

4. See Smith, A.. (1992) "National Identity and the Idea of European Unity". International Affairs, 68 (1), pp. 55-76.

5. See Appel, K-O.. (1994) "The Situation of Humanity as an Ethical Problem". *Praxis international*, 4 (250).

6. See Martin, J & Romano, A.. (1992) Multinational Crime: Terrorism, Espionage, Drugs & Arms Traficking. London:

7. See Hannerz, U. (1991) Cosmopolitans and Locals in World Culture (*in* Featherstone, M.. *Op. cit.*) and Foster, R.. (1991) Making National Cultures in the Global Ecumene. Annual Review of Anthropology, 20, pp. 233-260.

8. Mennell, from the conception of Norbert Elias; see Mennell, S. (1990) The Globalization of Human Society as a Very Long-term Social Process: Elias Theory, in: Featherstone, M.. *Op. cit*..

9. See Tenbruck, F.H (1990) The Dream of a Secular Ecumene: The Meaning and Limits of Policies of Development, *in* Featherstone, M.. *Op. cit*..

10. Robertson, R. (1991) Mapping the global condition, in Featherstone, M.. *Op. cit*..

11. Robertson, R. (1987) "Globalization and societal modernization. A note on Japan and

Japanese Religion", Sociological Analysis, 47, pp. 35-43.

12. Smith (1992). *Op. cit*..

13. See, for instance El Pais. 31st. May, 1995.

14. Ibid. 01 June, 1995.

15. Probably one of the most interesting examples of this phenomena can be observed in the actual political realm in Italy, in regarding with the relationship among the future t.v. monopoly of Silvio Berlusconi and his role as a paramount defender of the neoliberal trend in Italy.

16. See Hanerz (1991). *Op. cit.*.

17. As it is well known the attempt of integration goes from the harmonization and standarization of law and norms to a common currency, from the elimination of inner boundaries to the search of an «european identity».

18. See Smith (1992). *Op. cit.*.

19. Robertson (1990). *Op. cit*..

20. Sousa, Santos (1991) The postmodern transition. Law and Politics, en Sarat, A. y Kearns, Th. (eds.) *The Face of Law*. Michigan, U.S.A: University of Michigan Press.

21. See, for instance, Habermas, J. (1987) *The Philosopical Discourse of Modernity. Twelve Lectures.* Cambridge: MA-MIT Press; Lyotard, J. F. (1988) *The Postmodern Condition. A Report on Knowledge*. Manchester: Penguin Books; Lash, S. (1987) Modernity or Modernism. Weber and Contemporary Social Theory, *in* Whimster, S. y Lash, S (eds.) *Max Weber. Rationalism and Modernity*. London: Clarendon Press.

22. Foucalut, M. (1986) What is Enlightment?, *in* Rabinow, P.. (ed.) *The Foucault Reader*. New York: Harmonsworth.

23. Sousa Santos, B.. (1990) Stato e Diritto nella Transizione Post-moderna. Per un Nuovo Senso Comune Giuridico. *Sociologia del Diritto,* n. 3, pp. 5-34.

24. Cohen, S. (1985) *Vission of Social Control*. Cambridge: Polity Press.

25. Abel, R.L. (1982) *The Politics of Informal Justice. The American Experience.* Vol. 1. New York: Academic Press.

26. Sousa Santos (1990). *Op. cit*., p. 6.

27. Sousa Santos, B. (1991) Una Cartografía Simbólica de las Representaciones Sociales. Prolegómenos a una Concepción Posmoderna del Derecho. *Nueva Sociedad,* 116, pp. 18-38.

28. Apardurai, A.. (1990) Disjuncture and Difference in the Global Cultural Economy, *in* Featherstone. *Op. cit*..

29. Ibid, pp. 296-297.

30. Ibid, p.297.

31. Ibidem.

32. Ibid, p. 298.

33. Ibidem.

34. Ibid, p. 299.

35. Ibid, p. 308.

36. Cfr. Resta, E. (1990) "La Differenza Malata". Paper presented at the International Workshop on Sociology of Penal Control: A Historical View and its Social Actors. International Institute for the Sociology of Law. Onati, September 27-28. (Documents W2-21)

37. Hunt, A.. (1990) The Big Fear: Law confronts Postmodernism. *McGill Law Journal, 35 (3), pp. 507-540, p. 517.*

38. As it can be traced back since the work of Michel Foucault. See, e.g., the classic of Foucault (1957) *Surveiller et Punir. Naissance de la Prison.* Paris: Gallimard, or the more recent (1991) Governmentality, *in* Brurchel, G., Gordon, C. & Miller, P, (eds.) *The Foucault effect: Studies in Governmentality*. London: Harvester Wheatsheaf.

39. Cfr. Sousa Santos (1991). *Ibid.*

40. See, for instance, Desalay, Y. (1990) The Big Bang and the Law: The Internationalization and Restructuration of the Legal Field, *in* Featherstone. *Op. cit*..

41. Op. cit..

42. Rouland, P.N. (1993) Les Fondments Anthropologiques des Droits del'Homme

43. Ibid. p. 8.

MARÍA EUGENIA ESPINOSA MORA

Introducción

El tema a reflexionar se aborda a partir de tres conceptos que involucran perspectivas teórico-prácticas que los explican de manera específica en la realidad social. El análisis se inicia tomando en cuenta el concepto integral de la *salud reproductiva*, el cual se dio como reconceptualización del discurso y de la práctica internacional de protección y defensa de los *Derechos Humanos*, de la sexualidad y de los procesos sociales de la reproducción, tomando en cuenta los aportes que para esta integralidad ha dado la *perspectiva de género*.

Se retoma principalmente, la *fundamentación sociológica de los Derechos Humanos* y el *enfoque de género*, ambos reforzados por la construcción social de la realidad y de la relaciones entre los géneros femenino y masculino.

Asumo una *postura crítica y jurídico-política* en la revisión de este tema porque como cualquier fenómeno social, considero que manifiesta una *realidad jurídico-formal* – por la existencia de ordenamientos jurídicos específicos para la regulación, protección y defensa de los derechos humanos, en particular del derecho a la salud, y más específicamente sobre los derechos reproductivos y la salud sexual- y una *realidad sociológica*, que tiene que ver con la vigencia de esos derechos en una sociedad concreta; con la manera en que se materializan en la vida cotidiana las formas de relación social (a nivel estatal, institucional e individual) de las mujeres y los hombres mexicanos.

Los segmentos de la población mujeres y hombres no son homogéneos, «hay diferenciación y desigualdad en cada grupo social, dependiendo del acceso que se tiene a una calidad de vida y a una potencialidad de realización y desarrollo de la

existencia y dignidad humanas».[1] Por ello, considero la fundamentación sociológica de los derechos humanos que permite contemplar al individuo en su manera de estar y desenvolverse en la sociedad, según la categoría o sector de la vida social de la cual forma parte como: niña, niño, mujer, hombre, indígena, recluso, discapacitado, católico, protestante etc.

El tomar en cuenta estas *especificidades* da la posibilidad de detectar en la realidad aquellos hechos que limitan e impiden el ejercicio de los *derechos sexuales y reproductivos*, es decir, los hechos que constituyen violaciones a ellos; y encontrar las formas de desigualdad que se encubren detrás de las diferencias biológicas. Esto es, analizar tanto las implicaciones por *diferencias sexuales* en el disfrute de esos derechos, como las *desigualdades de género* que envuelven las prácticas sexuales y reproductivas de las mujeres.[2]

Considero importante el vínculo entre los derechos humanos y la perspectiva de género ya que ésta «permite analizar y comprender las características que definen a las mujeres y a los hombres de manera específica, así como sus semejanzas y sus diferencias; (...) analiza las posibilidades vitales de las mujeres y los hombres: en el sentido de sus vidas, sus expectativas y oportunidades, las complejas y diversas relaciones sociales que se dan entre ambos géneros, así como los conflictos institucionales y cotidianos que deben enfrentar y las maneras en que lo hacen».[3]

Este enfoque ha permitido identificar las injusticias, iniquidades o desiguladades que con base en criterios, estereotipos y costumbres han ocasionado que la familia, la pareja o las instituciones de salud, desvaloricen el cuerpo de la mujer. Al mismo tiempo vislumbra las diferentes oportunidades en cuanto a la protección y el mantenimiento de la salud, debido a que persisten en las políticas y programas de salud y de población mecanismos de control sobre la vida sexual y reproductiva de las mujeres que no toman en cuenta lo libre que deben ser sus decisiones.

La discriminación y la desigualdad violan derechos humanos y limitan el goce integral del derecho a la salud incluyendo la salud sexual, toda vez que no respetan la integridad y dignidad de las mujeres y las niñas. *La desvalorización* hacia ellas se da independientemente del sector social al que pertenezcan, aunque las condiciones económico-sociales las atraviesen con multiplicidad de determinaciones, ya que son mujeres, pero pueden ser niñas y adquieren connotaciones distintas si son niñas indígenas, niñas de la calle, mujeres empresarias, obreras etc.[4]

El análisis de los conceptos de género, salud reproductiva y derechos humanos reviste importancia en la medida en que posibilite alternativas de vida y de relación social que modifiquen las iniquidades en el disfrute de los derechos sexuales y reproductivos para las mujeres y sobre todo, que nos sirva para identificar aquéllas que se atribuyen a diferencias sexuales que tienen graves consecuencias sobre las formas de pensar, sentir y vivir la vida de las mujeres. Un primer paso será detectarlas para poder encontrar elementos de transformación que *socialicen y construyan espacios más dignos de vivirse* también para las niñas, espacios en los que se elimine la violencia y el abuso sexual que predomina en la vida de la mayoría de las mujeres a nivel mundial. En un segundo momento, el conocimiento de los derechos y la posibilidad de ejercerlos hará que las mujeres puedan recuperar el saber sobre su *sexualidad,* no sólo a partir de decidir sobre lo que atañe a la función de procreación-reproducción, porque esto conlleva a una sexualidad escindida en la construcción de la identidad femenina e impide la vivencia del cuerpo como un todo en el cual forman parte vital el *disfrute del placer y el deseo erótico.*

1 - El concepto de salud reproductiva, el enfoque de Género y el fundamento sociológico de los Derechos Humanos

El presente ensayo es el resultado de la revisión de diferentes textos de mujeres y hombres estudiosos del tema desde distintas ópticas,[5] no pretende ser exhaustivo, es apenas un acercamiento al diseño de una estrategia o propuesta metodológica para abordar la relación entre salud reproductiva-género y Derechos Humanos, con especial interés en el ámbito específico de las mujeres y las niñas.

Incluyo diversos marcos teóricos que – aunque pudieran parecer eclécticos por la multiplicidad de categorías que se entrelazan, contemplan herramientas de análisis que van desde la búsqueda de las limitaciones sociales y hechos discriminatorios en contra de las mujeres y las niñas hasta la necesidad de encontrar los mecanismos que histórica, social, cultural y políticamente hagan realidad su derecho a gozar de su sexualidad, de su derecho al placer.

Considero un imperativo no dejar de lado la reflexión ética al momento de analizar la problemática vigente sobre la salud sexual y reproductiva, y por ello utilizo como eje articulador a los derechos humanos, pensando específicamente en la perspectiva de las propias mujeres y niñas, a partir de su vida cotidiana y de las formas en que participan de la regulación de un orden social estructurado con base en las desigualdades.

Consciente de que « ...ante la desigualdad no se trata únicamente de sentir vergüenza, apenándonos por la propia pérdida de dignidad que la misma comporta, más vale que tengamos también miedo por las consecuencias que se puedan derivar de la desigualdad. Demos respuestas «éticas» a la desigualdad pero démoslas también políticas.» Particularmente, si pensamos que más que los géneros femenino y masculino, importan las relaciones que se establecen entre ellos, porque a partir de éstas se construyen las desigualdades sociales; – Marx las definía como formas en las que los individuos se relacionan en la *producción social de su existencia*; por tal razón, las relaciones de género no deben estudiarse independientemente de las relaciones en la estructura social.

Son importantes al mismo tiempo, tanto la formación social como las relaciones sociales de producción/reproducción social y cultural en las que están inmersas las mujeres, así como el sector o grupo social al que pertenecen; el trabajo que realizan y las actividades que se les asignan (maternales, matrimoniales, filiales etc.). Es decir, además de las condiciones de género, etnia, lengua, religión, grupo de edad e ideología, interesa la ubicación económica y política en la toma de decisiones y en la participación del desarrollo social. En especial, interesan las definiciones que se han hecho de las mujeres a partir de sus costumbres, sus tradiciones, su conocimiento o sabiduría y sobre todo, indagar dónde ha quedado su condición erótica.

Puede decirse que el comportamiento reproductivo de una población forma parte del proceso de su reproducción social [6].

La producción social de la propia vida humana gira en torno a los géneros, a partir de las relaciones de dominación y de poder; se ha dicho que hay un género que produce, administra y provee (masculino); y otro, que solamente produce y reproduce la vida humana (femenino). A partir de estas consideraciones se han asignado determinadas funciones sociales a ambos géneros y se ha identificado a unas como poderosas y a otras como de sumisión y obediencia.

Mi particular visión toma en cuenta que existe una relación dialéctica entre la reproducción social y la reproducción biológica, entre las relaciones sociales y los papeles sexuales; que la historia de la salud y de la sexualidad de las mujeres

incluye al mismo tiempo procesos de producción, reproducción y de socialización, a partir de los cuales hemos ido construyendo una nueva historia, que ha empezado por reconocer su calidad de humanas, así como la importancia de considerar, mientras se rompe con las desigualdades sociales, la especificidad de sus derechos.

En los últimos años, se dio una *reconceptualización de los Derechos Humanos, de la sexualidad y de los procesos sociales de la reproducción* desde una *perspectiva de género*. La importancia de este vínculo la da el que simultáneamente *los derechos de las mujeres son reconocidos como parte de los Derechos Humanos* (Viena 1993), y *el concepto de derechos reproductivos ingresa al ámbito de los Derechos Humanos de las mujeres* (El Cairo 1994). Teniendo presente esta coyuntura, apreciemos que no sólo quedarán vinculados el *derecho a la integridad física y los derechos sexuales*, sino el *derecho a la información y a la libre decisión* como elementos para eliminar la violencia y la coacción que impiden el disfrute de un mejor y más alto nivel de salud física y mental durante todo el ciclo vital.

El contexto teórico-práctico en el que se desarrollan las relaciones sociales y las relaciones de género de las mujeres y los hombres mexicanos entendidos como sujetos histórico-sociales, así como el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, está marcado por *iniquidades y situaciones de injusticia* que involucran violaciones a derechos humanos; específicamente, por l*a discriminación y la violencia* presentes en la vida de las mujeres, la cual muestra el *distanciamiento entre la teoría* (políticas de población y salud) *y la práctica* (condiciones de vida de la población); ya que prevalecen, además de las *desigualdades económicas y sociales* que afectan a ambos géneros por igual, estereotipos y patrones culturales que desvalorizan y menosprecian a la mujer en razón de su género así como *mecanismos de control sobre su vida sexual y reproductiva*; subsisten también el *desconocimiento sobre su sexualidad* humana; la *falta de información, así como los servicios insuficientes o de mala calidad* en relación con la atención a la salud.

Advertir todas estas inequidades demuestra que *la mayoría de las mujeres no gozamos de salud en igualdad de circunstancias que los hombres*; que son diferentes las oportunidades en cuanto a la protección y mantenimiento de la misma; que las políticas y programas para atenderla no consideran las desigualdades socioeconómicas existentes y mucho menos las étnicas y las de género.

Dado que las mujeres en general tienen una posición de desventaja respecto de los hombres del mismo nivel socioeconómico, la promoción de la igualdad de género en general significa prestar especial atención a las necesidades, los intereses y los puntos de vista de la mujer. El objetivo final es el adelanto de la condición de la mujer en la sociedad. [7]

Este objetivo, no se pretende lograr por medio de una lucha contra los hombres concretos sino contra las ideologías patriarcales, androcéntricas, que hacen que prevalezcan en las relaciones sociales, familiares y de pareja, actitudes de sometimiento y marginación de los hombres sobre las mujeres (aunque las hay de los hombres contra los hombres y de las mujeres contra las mismas mujeres). Tampoco interesa reforzar la idea de victimización[8] o la de «vulnerabilidad», dentro de las cuales no se reconoce a las mujeres como iguales, -se les asigna al grupo de «los vulnerables», son «pobrecitas» e incapaces de defenderse por sí mismas; de crear, de luchar, de ejercer sus derechos; por tal motivo, se crean programas especiales para aminorar su «vulnerabilidad», cuando más bien debiera, desde el Estado y desde las políticas y programas públicos, contemplarse la igualdad de derechos y de oportunidades. Son esos programas los que las mantienen alejadas de las relaciones de poder, porque salir de la vulnerabilidad implica *ser tratadas en igualdad de circunstancias*, sin una relación de subordinación/dominación; por eso, cuando intentamos cambiar la realidad, las mujeres también necesitamos del acceso a la educación para construir marcos teóricos que la expliquen y justifiquen, que delineen nuevas y diferentes estrategias para alcanzar la equidad y el poder, porque entendamos que víctimas, menor, vulnerable etc., no son meros conceptos abstractos sino que determinan formas de ser y de pensar, tienen connotaciones ideológico-políticas. No olvidemos los costos sociales que ha acarreado el mantener a las formas de violencia en el ámbito privado sin aceptar que afectaban la salud pública, o la violencia que genera la desigualdad económica, la remuneración inequitativa, la desvalorización del trabajo doméstico etc., sin reconocer que constituyen violaciones a derechos humanos, cuando incluso los movimientos de reivindicación de los derechos de las mujeres, debido a la sistematicidad con que se cometen o la gran cantidad de mujeres que se ven agraviadas, las iguala a las violaciones como las detenciones arbitrarias o la tortura.

Para modificar la realidad anterior, es que las mujeres buscan a través de la promoción,

protección y defensa de sus derechos, trascender la concepción de víctimas y de vulnerables, que se les reconozca la fuerza y potencialidades que tienen tanto individuales como colectivas y puedan romper con una forma de opresión histórica. De ahí la importancia de analizar la problemática que vincula a la *salud reproductiva, al género y a los derechos humanos,* a través de realizar un breve *recorrido teórico e histórico* que le de la pertinencia a este vínculo.

1.1 - Antecedentes

Es a partir del *Programa de Acción adoptado por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo* (El Cairo, 1994) y de la *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer* (Beijing 1995), que el tema de los derechos y la salud reproductiva fueron retomados con mayor profundidad dentro del discurso de los derechos humanos.

En la *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing,* aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial referida, se consideró que «el enfoque sobre la base del género que está surgiendo en el *Sistema de las Naciones Unidas* permite distinguir entre las *diferencias biológicas* y las *diferencias sociales* del hombre y la mujer. (*OIT,1995*) Así como el *sexo* designa las diferencias biológicas – q*ue son universales* -, el *género* designa las diferencias sociales – que son una *cuestión aprendida* -, que evoluciona con el tiempo y varía ampliamente tanto dentro de cada cultura como entre las distintas culturas».

Así lo entiende también la *Comisión de Derechos Humanos de la ONU* (1997, 53 período de sesiones) al plantear la integración de los Derechos Humanos de las mujeres en todo el Sistema de Naciones Unidas y de la perspectiva de género en el *Sistema Internacional de los Derechos Humanos*.

Dentro de nuestro país estos instrumentos pretenden plasmarse y oficializarse con la creación del *Programa Nacional de la Mujer 1995-2000* Alianza para la Igualdad (PRONAM), y a nivel institucional se consideran incluidos en el propio *Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar 1995-2000,* que plantea la «diferente valoración social de lo femenino y lo masculino(...)y las inequidades sociales(...)que se traducen de diferentes maneras en la salud reproductiva de la población con especiales desventajas para las mujeres»; con ello, se reconoce la necesidad de «asegurar la incorporación de la perspectiva de género en los servicios de salud reproductiva y de planificación familiar y mejorar la relación del proveedor-usuario con perspectiva de género, escuchando a las mujeres y promoviendo una relación cálida, personalizada y con alto contenido humanístico».

2 - Salud Reproductiva

Por su parte, la *Norma Oficial Mexicana de los Servicios de Planificación Familiar* (NOM 005-SSA2-1993, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de mayo de 1994, define a la salud reproductiva como «la capacidad de los individuos y de las parejas de disfrutar una vida sexual y reproductiva satisfactoria, saludable y sin riesgos, con la absoluta libertad para decidir de manera responsable y bien informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos»; como componentes de la salud reproductiva señala a la planificación familiar, la salud perinatal y a la salud de la mujer. La Secretaría de Salud [9] considera que el nuevo concepto de salud reproductiva fortalece la *equidad entre géneros* y la *igualdad de oportunidades* en la información y prestación de servicios y en la corresponsabilidad y participación del hombre en comportamientos de salud sexual y reproductiva; asimismo, menciona que «la información de los servicios de planificación familiar se otorgará con una clara perspectiva de género, asegurando la equidad e igualdad de oportunidades y el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de toda la población», y en el caso de transgresiones a los linemientos jurídicos y normativos en la prestación de servicios médicos en general y de salud reproductiva y planificación familiar o violación a los derechos sexuales y reproductivos, las usuarias o usuarios podrán inconformarse y presentar sus quejas ante la *Comisión Nacional de Arbitraje Médico* (*CONAMED)* o ante la *Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH)* (pp. 29 y 41).

En nuestro país, hemos visto recientemente que es gracias a los movimientos sociales de mujeres, apoyados por organismos no gubernamentales, que el gobierno ha empezado a reconocer el derecho que las mujeres tienen a un *desarrollo integral*, en el que se incluya como parte de su vida las relaciones personales y los derechos sexuales.

No obstante lo anterior, la lucha por ejercer los derechos sexuales y reproductivos tiene todavía muchas barreras sociales y culturales con las cuales romper, ya que la propia normatividad oficial y los

programas de salud pública siguen omitiendo, con todo y que recuperan el discurso del enfoque de género, cuestiones básicas sobre la sexualidad de las mujeres, la cual se menciona en diferentes textos como «el derecho a alcanzar el nivel más elevado de bienestar sexual y reproductivo», [10] pero sin un referente concreto en la Norma Oficial, en donde se señale el significado que va a tener la salud sexual, y tampoco se dice cuáles serán los lineamientos que guiarán su cumplimiento.

Por ejemplo, de ocho puntos que contempla el capítulo cinco sobre *Salud, derechos reproductivos y salud reproductiva* del documento «*Ejecución del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*», del Consejo Nacional de Población (CONAPO), sólo dentro del punto III de Planificación Familiar, en el inciso 6, se habla de la «participación del varón» pero sólo en relación con la corresponsabilidad respecto a los métodos de anticoncepción o toma de decisiones reproductivas: «La ampliación de la información y oferta de métodos anticonceptivos para el varón, particularmente del preservativo o condón, como método temporal de regulación de la fecundidad y de prevención de enfermedades de transmisión sexual, y de la vasectomía sin bisturí como un método anticonceptivo permanente».[11] Siendo que hace falta crear toda una cultura que atraviese el entorno social, que gradualmente vaya incluyendo en la práctica cotidiana de los hombres, y en su relación con las mujeres, una concepción distinta del cuerpo femenino, que le asigne un significado social diferente a una de sus funciones biológicas, la de reproducción/procreación. Es necesario que los hombres entiendan que es a través de modificar sus formas de relación con las mujeres como podrán transformar diversos tipos de relaciones enajenantes que también los afectan a ellos.

2.1 - Políticas de población y de salud

A partir de las *políticas sociales de población, de salud reproductiva y de planificación familiar*, se organizan las prácticas sexuales de las personas, se refuerzan los usos y las costumbres relacionadas con la sexualidad, en fin, se redefinen socialmente los sexos; aspectos que constituyen los fundamentos que van a legitimar tanto la pasividad sexual de las mujeres, como el dominio de su afectividad y que reducen su función sólo a la reproducción, en la que no gozan de libertad sexual.

La manera en que a través de *lo científico* se pretende legitimar el comportamiento social nos explica el sentido que en una sociedad concreta tienen tanto el sistema de dominación y de producción social, como las relaciones que se establecen entre los individuos y entre éstos y las instancias de gobierno para cumplir con las funciones de la reproducción social. «Los poderes públicos [establecen] una *conexión entre población, trabajo y riqueza*. La estadística o ciencia del Estado se [esfuerza] en conocer las leyes de la población y sus efectos, con el fin de controlarlas en función del buen gobierno: [Estas son las razones y justificaciones político-sociales por lo que se estudian] fenómenos tales como el de la natalidad, la fecundidad, el número de hijos legítimos e ilegítimos(...)la frecuencia de las relaciones sexuales, las prácticas contraceptivas...» [Hechos que se consideran] «dispositivos de poder sobre el cuerpo de la mujer: histerización del cuerpo de la mujer (saber médico-psiquiátrico), socialización de conductas procreadoras; psiquiatrización del «placer perverso», [etc., pero una lectura política e ideológica no puede dejar de lado que] «estas estrategias más que reprimir a la sexualidad la producen». [12]

Cuando el sexo se convierte en *cuestión de salud pública*, pasa del espacio privado al espacio público, se transforma en una *cuestión política*. Para cumplir con esta finalidad se utiliza entre otras disciplinas a la medicina, a la pedagogía y a la economía. Particularmente, el saber/poder del médico se ha ido apropiando del derecho de las mujeres sobre su sexualidad, a este hecho se le ha denominado la medicalización el cuerpo, de la vida y del deseo. «El saber-poder médico se ha ido apropiando de cada nuevo derecho obtenido por la mujer en lo que atañe a su sexualidad y a su capacidad reproductiva y en la actualidad, controla tanto el aborto como la mayoría de los métodos anticonceptivos».[13]

Lo anterior nos introduce en la relación y forma de *control de la sexualidad y del trabajo* de las mujeres con la finalidad, como hemos visto a lo largo de la historia, de que se dedicaran de *tiempo completo a las tareas reproductivas y domésticas*, esto a la luz de los derechos humanos, se traduce en una limitación a sus derechos a la libertad y a la integridad.

Aunada a la simbiosis del trabajo doméstico y la sexualidad, con referencia precisa a la reproducción, se impuso la regulación de «las relaciones sexuales (...) a través del *matrimonio y de la monogamia...*» .[14] Graciela Hierro lo considera como el fundamento de la moral sexual de Occidente «este mandato se expresa afirmando que las relaciones sexuales deben ser exclusivamente heterosexuales, y no debe realizarse ninguna actividad sexual fuera de las uniones monogámicas que buscan la finalidad de procrear (...) La norma

moral excluye la unión libre, las relaciones homosexuales, el uso de anticonceptivos, el aborto voluntario y la inseminación artificial. La continencia premarital se refuerza sólo para las mujeres «decentes» y la prostitución femenina (...) para las otras». [15]

El hogar se vuelve el espacio en el que se ubican la sexualidad, la reproducción y la maternidad, se le atribuyen diferentes significados sociales: de inclusión, intimidad y protección, utilizados para valorar o más bien desvalorizar las funciones femeninas, que mediante los procesos de naturalización, son consideradas de manera peyorativa como estados anímicos de las mujeres durante determinado ciclo vital, y que han servido para reforzar su exclusión de los espacios públicos; construyendo así una justificación con razones no sociales sino físicas.

Por tal motivo, después de hacer una reflexión crítica de esta justificación, nos «resulta inaceptable, entonces, la afirmación de que la *maternidad humana se funda en la relación natural, biológica,* de la madre con su hijo, en tanto *la paternidad es una función social construida por la cultura*».[16]

2.2 - Planificación familiar

Las normas vigentes en cuanto a la planificación familiar, existentes dentro del ordenamiento jurídico mexicano, marcan los lineamientos para que «las políticas de población y los programas de *planificación familiar* [apoyen] los principios de *elección voluntaria e informada* y no impongan medidas coercitivas que violen los derechos fundamentales, especialmente de las mujeres.

A partir de un *concepto integral* se define un programa de acción que comprende «servicios en planificación familiar, salud sexual y reproductiva de los y las adolescentes, salud perinatal, incluyendo la atención del parto, del puerperio y los cuidados del recién nacido, salud de la mujer, [abarcando el] riesgo preconcepcional, detección oportuna y manejo de los carcinomas cérvico uterino y mamario, atención y manejo de la infertilidad, climaterio y menopausia, así como prevención y control de enfermedades de transmisión sexual incluido el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH/SIDA), en el marco de una perspectiva de género, con la finalidad de apoyar la defensa de los derechos sexuales y reproductivos, particularmente de las mujeres y las niñas».[17]

Aunque los derechos reproductivos abarcan por igual a hombres y mujeres y debe haber responsabilidades compartidas en materia de fecundidad, el enfoque de género nos permite encontrar las situaciones o circunstancias que, con base en criterios, estereotipos y costumbres, hacen que el personal de las instituciones de salud, la familia o la pareja desvaloricen el cuerpo de la mujer, y más aún, que podamos identificar los hechos que afectan y que diferencian los padecimientos de hombres y de mujeres.

Desde la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 1995) se consideró que «los actos de violencia contra la mujer también incluyen la esterilización forzada, el aborto forzado, la utilización coercitiva o forzada de anticonceptivos (...) y el infanticidio de niñas».[18]

A partir del reconocimiento de que estas violaciones a los derechos sexuales y reproductivos también constituyen hechos de violencia, es como se ha podido reconceptualizar a la salud reproductiva; y de ahí que surjan como propuestas de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing 1995) nuevos valores en relación con la *planificación familiar* para diseñar las políticas de población y salud (información/consentimiento).

Tratando de explicarnos esta realidad y sin dejar de contrastar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres mexicanas en relación con sus condiciones de vida, hemos encontrado que persisten situaciones de maltrato y violencia que padece el género femenino en el acceso a los servicios de salud pública – entendidas por las mujeres como actos discriminatorios-; así como violaciones a su integridad física; que sigue habiendo mortalidad materna por causa de malos tratos; que en algunas ocasiones las acciones gubernamentales no respetan el derecho a la salud reproductiva y particularmente, que muchas de las legislaciones mexicanas todavía no han adoptado las convenciones internacionales aprobadas y ratificadas por México, como son la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, – y por consecuencia, no se reconoce en la totalidad del país que los derechos reproductivos deben quedar contemplados en el ámbito de los Derechos Humanos de las Mujeres, porque afectan la salud materna: embarazo, parto, postparto y lactancia.

En la Coordinación del Programa sobre Asuntos de la Mujer, la Niñez y la Familia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos se han recibido quejas sobre probables violaciones a los derechos reproductivos de las mujeres que tienen que ver con negligencias médicas en la atención de enfermedades o en la práctica de pruebas propias de las mujeres; muertes o lesiones provocadas a recién nacidos; contracepción forzada; cesáreas mal practicadas; lesiones causadas en la aplicación o retiro de métodos de planificación familiar; legrados legales mal practicados; embarazos no deseados a pesar de la aplicación de métodos anticonceptivos; embarazos mal atendidos e histerctomías mal practicadas.

Otros factores que influyen en el comportamiento reproductivo de las mujeres, además de la desinformación y la carencia de recursos, son la edad; el lugar de residencia; el nivel de educación y, por si fuera poco, podemos agregar las condiciones de pobreza que afectan particularmente a las mujeres (feminización de la pobreza), sobre todo, a las mujeres indígenas – las más pobres de entre las pobres -, en ellas confluyen no sólo las formas de discriminación en razón de su género, sino la falta de educación, vivienda y alimentación.

Es decir, la falta de los servicios de salud y asistencia social, el derecho a ser informadas sobre los diferentes métodos de planificación familiar; el reclamo por la imposición de éstos sin su consentimiento y los estereotipos que prevalecen en el trato que se da a las mujeres, siguen siendo constantes en las mujeres que «presentan una queja cuando el daño es importante, cuando tienen un nivel de información mejor; cuando tienen más elementos económicos o educativos que las respaldan; o cuando es un familiar (generalmente hombre) el que hace la denuncia. Lo anterior está ligado a patrones culturales y educativos que asignan a las mujeres un papel protagónico como procuradoras de la salud de los demás, pero que las excluye de exigir la propia».[19]

En alguna medida esto ha posibilitado que las instancias de salud implementen sus programas y metas a seguir sin tomar en cuenta el *derecho a decidir* y a la información sobre dicha planificación. Así que, aunque el *control natal y la regularización de los embarazos* comúnmente son vistos como parte de las decisiones de las mujeres, generalmente ambos son *normados por los hombres* (esposos o parejas), además de los diversos *factores culturales y religiosos que afectan las decisiones sobre los programas de planificación*.

Observemos algunos datos:

En cuanto al derecho a estar bien informadas, el 30% de las mujeres que sí conocen los métodos anticonceptivos o los utilizan, *la decisión fue tomada en un gran porcentaje por el esposo.*

«la *Encuesta Nacional de Fecundidad* menciona que un 25% de las mujeres no fueron debidamente informadas sobre el procedimiento y un 10% informan no haber tomado la decisión por sí mismas». (UNIFEM 1994)

En las zonas rurales prevalece en mayor medida la *esterilización femenina*, como método de anticoncepción, aunque cada vez se da más en las mujeres que a mayor educación se vuelva más frecuente su uso. Casi el 72% de las mujeres de 30 años declara no desear tener más hijos y se eleva casi al doble la tasa global de fecundidad de las mujeres sin instrucción, que la de las que si recibieron instrucción.[20]

La Encuesta de 1995 realizada por el INEGI: en relación con el *analfabetismo* muestra que 8 de cada 100 son hombres y 13 de cada 100 mujeres.

La anticoncepción sólo se toma como método en las mujeres casadas (65%) o que viven en unión libre (54.7%), pero en la población femenina con otro estado civil es muy poco. De las solteras sólo un 2.5% utilizan algún método anticonceptivo. Hasta antes de 1973 las políticas de población y de planificación familiar prohibían la propaganda y venta de anticonceptivos; y dentro de su contenido seguían dejando de lado la fecundidad masculina. La falta de corresponsabilidad era evidente en los discursos teóricos, particularmente en el dirigido a los varones, respecto de la reproducción y el control de la concepción. En un estudio sobre la salud reproductiva de las mujeres en la selva lacandona, se informa que la mitad de las mujeres desconocían los programas de planificación familiar, pero aunque los conocieran pensaban que era malo usar anticonceptivos, una de las expresiones más frecuentes resume su vida sexual y reproductiva: *yo tuve un hijo cada año hasta que me acabé*.

En la distribución porcentual de la población de 12 años y más, masculina y femenina por tipo de actividades que desempeñan (1995), el 48.8% de los *hombres* realiza *trabajo extradoméstico* y el 49.1% de las *mujeres* sólo *trabajo doméstico*. De las 35.6 millones de personas que realizan actividades económicas, el 24.2 % son hombres y 11.4 mujeres.

De ese 11.4 el 90% realiza además trabajos domésticos.

La realidad es que en el caso de las comunidades indígenas la mayoría de las mujeres se encuentran por lo general sojuzgadas, porque se someten a la voluntad de sus parejas, así que son los hombres, los que en muchas ocasiones, rechazan los métodos de anticoncepción argumentando que favorecen la infidelidad, que afectan su virilidad, que podrían perder su poder y hombría y sobre todo, que producen impotencia sexual; para ellos el procrear y tener muchos hijos es fuente de seguridad y prestigio.

La preocupación primordial (...) es la demostración de la masculinidad, de la potencia sexual y la capacidad de engendrar, mismas que se demuestran de diversas maneras: sometiendo a «su mujer», impidiéndole que tenga contacto con otros hombres, fecundándola, dándole importancia a tener un hijo varón y manteniendo constantes relaciones extramaritales.[21]

2.3 - La salud de las mujeres

Las mujeres no son en sí mismas, sino en sus relaciones con los hombres. [22]

La salud de las mujeres en la actualidad ha sido estudiada por las ciencias sociales y no podemos dejar de reconocer los aportes desde la sociología, la antropología y la medicina social, que han permitido que tanto su función reproductora como su sexualidad, sean entendidas como una unidad que incluye a la vez lo biológico y lo cultural.

Este tipo de estudios no son algo nuevo, pero sí constituyen un acercamiento metodológico para luchar por los Derechos Humanos de las Mujeres y las Niñas, para identificar las violaciones a sus derechos sexuales y reproductivos y para contrastar sus condiciones de vida.

Reitero que mujeres y hombres no gozan de la salud en igualdad de circunstancias debido a las condiciones de vida económicas y sociales en las que prevalece una mala distribución del ingreso y situaciones de pobreza y marginalidad, pero sobre todo, por las excesivas cargas de trabajo femenino mediante dobles o triples jornadas; las costumbres que impiden acudir al médico o la prohibición de intervenciones quirúrgicas; la imposición de parejas que no se eligen; la procreación de los hijos que no se desean o no se deciden por la pareja; los embarazos prematuros; los matrimonios jóvenes, y el cuidado de los hijos y las tareas domésticas que recaen sobre las mujeres; los malos hábitos alimentarios por la falta de recursos económicos; el dejar de comer para que otros lo hagan; el dormir poco y no tener tiempo para el descanso y la falta de tiempo para atenderse los padecimientos propios de su ser biológico.

Este es el panorama en lo que atañe a su entorno, pero existe otra situación que las afecta y es que, «el gobierno es el que juega, todavía, el papel dominante en los cuidados a la salud de la población. Por lo que, en gran medida los progresos observados en la atención de la salud(...)en las últimas décadas son gracias a [él], pero también lo son los fracasos(...)Los altos gastos del sector curativo llevan a ineficiencias internas, hospitales mal equipados y clínicas sin medicinas, o sin médicos(...)ya que la mayor parte del presupuesto se ocupa en salarios(...)Los alcances en la atención gratuita de la salud se traducen en un servicio deficiente en las ciudades y casi ausente en el medio rural. Por estas razones el vínculo entre pobreza y enfermedad se mantiene fuerte. Al mismo tiempo, y por los mismos motivos, la alimentación satisfactoria de proteínas y calorías no alcanza los requerimientos mínimos en la mayor parte de la población indígena». [23] También esta realidad la puede resumir un dicho de las mujeres indígenas: *«nosotras todavía nos morimos de la enfermedad de la tristeza»*, de aquello que otras mujeres en la actualidad ya no se mueren.

Insistimos en que debemos *institucionalizar nuevas formas de relación y políticas de población* que hagan realidad la justicia social. No podemos olvidar que las diferencias y desigualdades en la vida de mujeres y hombres determinan las posibilidades y oportunidades también distintas y desiguales en el ejercicio de sus derechos a las necesidades productivas, a la salud, a la educación, a una vida sin violencia, a la toma de decisiones en el hogar, en la pareja y del propio cuerpo.

2.3.1 - La salud sexual

Hablar de salud reproductiva, de los derechos sexuales y reproductivos, es hacer mención tanto a diferencias sexuales como a desigualdades sociales, al sexo, al género y a los derechos humanos. Implica revisar las percepciones sociales que hay en nuestra sociedad sobre las relaciones entre hombres y mujeres, por las construcciones sociales (susceptibles de ser modificadas) sobre *la sexualidad y el placer como esencia de la respuesta sexual humana.*

Intentar hacer una lectura de esto requiere de un marco teórico-metodológico, y es la perspectiva

de género la que tiende el puente entre los derechos humanos de las mujeres y la salud reproductiva, a partir de que plantea posibilidades y expectativas de vida afectiva y sexual diferentes, modificando los conceptos radicales naturalistas o culturalistas que escinden el proceso reproductivo de las mujeres; cuando a ellas se le visualiza cerca de la naturaleza, incluso se le asemeja a una condición reproductiva animal, en donde son menos persona que los hombres. «Con la perspectiva de género se analiza cómo es que las diferencias psicológicas y biológicas entre mujeres y hombres se usan para fomentar la desigualdad en lo político y lo social y para justificar la injusticia de género».[24]

La discriminación basada en el sexo, denominada *sexismo*, ejerce sobre las mujeres multiplicidad de formas de violencia durante todo el proceso que abarca la salud reproductiva como son el embarazo, el parto y el amamantamiento, enfrentando desde violencia física o psicológica hasta violaciones y abusos sexuales, además de los malos tratos y «las agresiones que no siempre son involuntarias ni justificadas(...)en las que están a merced de los prestadores de servicios de salud, en cuyas manos debiera estar su tranquilidad, el respeto a su persona y sobre todo su integridad y su vida»[25]; son estas desigualdades en la atención y el acceso a los servicios las que permiten que las diferencias biológicas deriven en desigualdades sociales en el ejercicio de sus derechos. Por tal motivo, considero que persisten discriminaciones por razones de género, sobre todo, cuando se brinda atención a las mujeres sin tomar en cuenta su óptica, las condiciones específicas de sus diferencias biológicas y culturales, pero más aún cuando algunos programas oficiales o políticas públicas las toman en cuenta a partir de ubicarlas sólo en áreas gineco – obstétricas por razones de control poblacional. [26]

El ejercicio de la sexualidad en las mujeres, sin fines reproductivos, es visto como alejamiento de las mujeres de su destino natural de ser madre, no olvidemos «el mito de la madre(...)la ecuación social de mujer = a madre, y por lo tanto, madre = a mujer, a partir del cual se histerizó (histero = útero) el cuerpo femenino: [en cambio] la mujer como una realidad plural, como un sujeto de placer erótico, como un sujeto productivo-creativo, como un sujeto histórico, como un sujeto de discurso y como un sujeto de poder, se invisibilizó frente a ese gran útero social que la confinó a una sola verdad: la mujer no es, si no es madre.»[27]

Dentro de las tendencias hacia naturalizar o culturalizar la realidad social, sólo la tarea productiva de los hombres es considerada cultural (el hombre sirve para el sexo y además para el trabajo productivo), susceptible de transformación; en cambio, la tarea maternal, re-productiva de las mujeres se sumerge en una tendencia naturalista, inmutable, por su naturaleza repetitiva, la cual no requiere de iniciativa ni de creatividad sólo de la castidad de una esposa y de la abnegación de la madre. El cuerpo de la mujer es simple *«objeto» de placer* y no sirve para nada más.

Esta *naturalización de la sexualidad de las mujeres* les impone regular todos sus instintos y sus necesidades naturales, *«no tienen permiso para sentir placer»*, deben reprimir al máximo sus impulsos –por eso los hombres siempre manifiestan que nosotras somos diferentes por naturaleza a ellos, en cuanto a la posibilidad de sentir y experimentar placer, porque si ven una mujer desnuda frente a ellos, aunque no la conozcan ni les una ningún sentimiento, pueden tener relaciones sexuales; y que en cambio, las mujeres en una circunstancia parecida, no lo hacemos porque *«naturalmente somos diferentes»*, [28] que fácil se les hace ocultar los procesos de socialización y educación o más bien dicho de domesticación y represión mediante los cuales se nos impide demostrar nuestros impulsos, antes bien se nos impone la pasividad, conformidad, emotividad y cumplir con una expectativa de lo estético, haciendo a un lado la construcción social y cultural de nuestro comportamiento, como si desde el discurso científico no se encargaran, – con un discurso masculino de la sexualidad – de hacernos interiorizar esta situación como natural.

Nuevamente he aquí nuestro empeño en tomar en cuenta, dentro de este análisis, a la perspectiva de género, pues nos sirve para identificar las diferentes *construcciones simbólicas* en cada sociedad y en cada cultura; y posibilita la modificación de ideas y posturas esencialistas y naturalistas sobre hombres y mujeres. Sólo así podremos entender cómo se ha construido el discurso que ha asimilado a las mujeres a lo *biológico*, que asevera que sus funciones son *universales e inmutables* (porque su esencia es vinculada a su capacidad reproductiva) y que a los hombres los asemeja a lo *sociocultural*, con lo *transformable* (capacidad productiva), dejando de lado características en las que *somos igualmente animales e igualmente productos culturales*. La reproductividad no es mera cuestión biológica, existen también actitudes paternales y maternales resultado de los mecanismos de adopción.

La lucha constante de las mujeres se da para poder descifrar y *desmitificar* los discursos que nos hacen aparecer bajo esa concepción, y ése es nuestro afán por demostrar la importancia de defender la *especificidad de los derechos de las mujeres* – incluyendo nuestra relación dialéctica con los hombres – y es que son estas significaciones (biologicistas o culturalistas) las que han permitido que las diferencias sexuales se traduzcan en desigualdades sociales y que impidan a las mujeres alcanzar niveles de igualdad a partir del reconocimiento de sus propias diferencias.

Aunque «a las mujeres la diferencia no es lo que nos separa de los hombres sino lo que nos une, ya que la diferencia sexual permite aprender la necesidad genérica –no del hombre o de la mujer – sino del otro».[29]

2.4 - El placer y el erotismo como elementos que integran la salud sexual

También interesa para los fines de este ensayo recuperar el concepto de salud reproductiva, en el sentido en que hace énfasis en el reconocimiento de la sexualidad humana como parte del ejercicio del derecho a la salud, además de la reproductividad y las relaciones afectivas entre los géneros. Considera al erotismo como elemento de integración y unidad de las mujeres con su propia potencialidad de seres sociales, el cual es a la vez la parte de la sexualidad más reprimida que impide la libertad sexual.

Algunas posturas teóricas consideran que la sexualidad de los individuos se regula y organiza para que la población cumpla con sus funciones de reproducción de la fuerza de trabajo, así como para mantener determinadas relaciones sociales, es decir, para controlar los comportamientos que impidan la productividad, y para ello, controlan los placeres que distraen de las pautas asignadas. «La disciplina del cuerpo y las regulaciones de la población constituyen los dos polos alrededor de los cuales se desarrolló la organización del poder sobre la vida...(biopolítica de la población)...el hecho de vivir ya no es un basamento inaccesible que sólo emerge de tiempo en tiempo, en el azar de la muerte y su fertilidad; pasa en parte al campo de control del saber y de intervención del poder(...)el sexo es utilizado como matriz de las disciplinas y principio de las regulaciones(...)se convierte en un tema de operaciones políticas, de intervenciones económicas (mediante incitaciones o frenos a la procreación), de campañas ideológicas de moralización o de responsabilización» [30]

No olvidemos que hay relaciones de poder cuando hablamos de formas de sumisión/exclusión/invisibilización del cuerpo y de la vida de las mujeres, y sobre todo, cuando se menciona el control de la natalidad, los índices de fecundidad, por eso no nos importa tanto saber si mujeres u hombres tienen el poder sobre otras mujeres y hombres o sobre niñas y niños, sino *cómo se pueden modificar esas relaciones de desigualdad* a través de oponer resistencia, de crear nuevas relaciones de fuerza, diversos mecanismos legales que legitimen un orden social alterno; esto es, buscar formas de distribuir y hacer circular el poder entre mujeres y hombres, pero particularmente en este trabajo me interesa encontrar formas de contribuir a crear como señala Foucault, *un nuevo saber sobre la sexualidad de las mujeres y las niñas que permita disfrutar de una vida más plena.*

El derecho a gozar de una sexualidad sin control, el derecho al placer, implica que tanto los seres pertenecientes a ambos géneros, como las instituciones, sus autoridades y el Estado en su conjunto, protejan y defiendan nuestros derechos a la vida, la libertad, la sexualidad, la igualdad, la seguridad, la integridad y la dignidad. Esto si sería un real ejercicio de nuestra propia sexualidad sin violencia ni coerción; tomando decisiones sobre lo que atañe a nuestro propio cuerpo, reivindicando el derecho a sentir emociones y poder expresarlas sin limitaciones.

Las fundamentaciones anteriores en este sentido, nos aclaran el hecho de que procrear y experimentar placer físico no es pura determinación biológica, que es también una construcción mental de lo sexual, resultado de la interacción social e institucional, que adquiere manifestaciones psico-sociales, una construcción social, inexistente per se, que puede modificarse, y junto con ella, todos los esquemas y significaciones que envuelven la salud y los derechos reproductivos. Al mismo tiempo, podremos re-significar al género, al erotismo y a la afectividad para alcanzar una *calidad placentera del encuentro erótico.* Por tanto, pretendo incluir como parte del derecho a la salud, la posibilidad del derecho al placer sexual.

Bajo esta perspectiva el placer se considera el bien, y el mal el displacer (...)desconocimiento del camino apropiado para alcanzar el propio placer básicamente por desoir la voz del cuerpo.[31]

También hay disfunciones sexuales (biológicas, psicológicas y culturales) que deterioran la calidad de vida erótica de las mujeres, y que impiden su desarrollo íntegro como ser humano y digno durante todo el ciclo de vida.

No es mera ociosidad o capricho trabajar sobre la sexualidad, el erotismo, el placer y el amor; porque la felicidad y la plenitud en la vida de las mujeres puede conformar un todo que construya sin violencia y sin sufrimiento relaciones de equidad y justicia en la sociedad que le permitan experimentar sensaciones placenteras, permitirse disfrutar y decidir sobre su propio cuerpo en igualdad de circunstancias con los hombres y por qué no, de ser felices.[32]

2.5 Las mujeres vistas como objetos sexuales no como sujetos de placer

Cuando las mujeres estamos «deserotizadas» no logramos reconocer el placer, porque tenemos detrás una cultura patriarcal dominante que nos impide poder unir el deseo de no quedar embarazadas con el deseo de sentir placer; en este sentido, «la construcción de la humanidad de las mujeres requiere(...)eliminar la enajenación erótica de las mujeres pensadas, imaginadas y deseadas, tratadas y obligadas a existir reducidas a una sexualidad cosificada, a ser objetos deshumanizados –de contemplación, uso y desecho: a ser cuerpos – para-el-eros posesivo de los hombres-. La humanización femenina implica de manera ineludible la redefinición de la experiencia erótica de las mujeres y con ello de los cuerpos femeninos, de la subjetividad y la identidad erótico-corporal de las mujeres, con el sentido de construir socialmente a las mujeres desde y en su experiencia erótica –como sujeto en completud, cuyo potencial erótico requiere la igualdad con las otras y los otros, y la integridad de su persona para realizarse, así como del placer y el goce sin peligro, es decir, la libertad.»[33]

Si las mujeres somos educadas desde nuestra infancia para dar placer a otros, para olvidarnos de nosotras mismas, para reprimir nuestros deseos, no podemos separar la explicación que considera que «la despiadada sujeción de la sexualidad de las mujeres es también la causa de la subyugación de su vida intelectual, y es por ello que, en gran medida, se constituyen en parásito de la vida emocional e intelectual de los hombres.» [34]

La relación erótica a que tienen derecho las mujeres sucumbe frente al miedo y a la violencia, por lo que, de ser sujetos de placer son convertidas física y emocionalmente en objetos, «y como los objetos no sienten ni tienen derechos, luego entonces, el acto violento no existe».[35]

Cuántas mujeres conocemos que dicen sentirse realizadas en sus hijos, en el quehacer de la casa o en la atención y cumplimiento de los deseos del marido; aún más, preguntémonos cuántas de ellas han disfrutado durante su vida, del placer sexual. «Lo anterior hace que la mujer no pueda asumir su sexualidad como la culminación del deseo sexual o como el deseo de tener hijos, sino que dependa de la sexualidad masculina y sea usada por su pareja ya sea como objeto sexual, sujeta al deseo del placer de los hombres, o como madre». [36]

En la historia de la humanidad, con las connotaciones político-ideológicas, económico-sociales y culturales más heterogéneas que caracterizan a cada sociedad y a cada cultura, se han reproducido, en algún momento, este tipo de consideraciones sobre el comportamiento sexual femenino. Una expresión común entre las mujeres del campo mexicano que hace referencia a las formas en que viven sus relaciones sexuales, es por ejemplo: *«cuando mi marido me ocupa»*. que significa la manera en que ellas mismas, por la forma en que culturalmente son educadas, se devalúan como mujeres y se consideran como un objeto de uso, como un utensilio más de la casa, como algo de lo que se dispone al antojo de otros; que no tiene independencia y que debe estar dispuesto a ser «ocupado» en un doble sentido, físicamente en las labores domésticas y sexualmente para «cargar» o encargar a un hijo (depósito de semen).

No existe en esta expresión respeto a la individualidad e intimidad de las mujeres, antes bien, nos muestra las diversas desigualdades de clase social, género, etnia y cultura a la que se pertenece.

En este sentido, «el derecho a optar(...)de hombres y mujeres que merecen gozar de una vida sexual y reproductiva saludables, en condiciones de igualdad y equidad entre los sexos, sin coacciones, con garantías de parte del Estado y en el ejercicio pleno de su libertad personal se convierte en un mero discurso jurídico-formal». [37]

Si las legislaciones no contemplan el respeto del cuerpo como un elemento central de protección para ambos sexos, los seres humanos seguiremos expuestos no sólo a violaciones a nuestros derechos a través de la violencia doméstica, la violación, la represión sexual y la discriminación, sino también al control de la natalidad de manera forzada y a todos

los abusos que impiden la vida civilizada en comunidad.

El cuerpo es la parte visible de nuestra relación con el otro, pero este cuerpo sin el respeto a los derechos humanos no nos permite reconocernos ni relacionarnos sin transgredir el derecho a una vida digna o a la integridad física a que tanto hacen mención en el propio Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar 1995-2000 (p. 37), cuando señala que «la salud reproductiva se consolida así en un derecho de todos los mexicanos y en un pilar de la dignidad humana», y más aún, que «los derechos sexuales y reproductivos, los más humanos de todos los derechos, incluyen el derecho de la población a disfrutar de los niveles más altos de salud sexual y
reproductiva y el derecho a la libre decisión».

El eje de nuestra sexualidad escindida lo han hecho girar en la realización de la procreación y en la estética de nuestro cuerpo (objeto) para otros , no en la posibilidad, desde el punto de vista ético, del erotismo y de la necesidad de las mujeres de encontrarse así mismas (- que queda subsumido en el disfrute de la maternidad y en el compromiso conyugal- en lo que se ha dado en llamar la «economía del placer»).[38]

Lo anterior se puede resumir de la siguiente manera: se nos exige *ser madres* y se nos prohibe el placer, la vivencia del cuerpo, porque los tabúes se encargan de obstaculizarnos el saber sobre nuestra sexualidad, se nos enseña que no debemos conocer, develar, cuestionar, tener procesos de conocimiento; sino que por el contrario, debemos aceptar que nuestra cualidad como género femenino es la ignorancia y la falta de imaginación, no necesitamos de las fantasías ni del placer.

Tanto en hombres como en mujeres se da el deseo, la excitación y la fase orgásmica, es decir, «la atracción erótica –estimulación visual, olfativa, táctil, gustativa – en el hombre provoca rápidamente la respuesta de la erección, y en la mujer la lubricación vaginal (...) el clítoris es, por lo demás, el único órgano cuya función exclusiva es la obtención de placer, de ahí la práctica aberrante en países fundamentalistas de extirparlo en niñas y adolescentes para res-tringirles la posibilidad de goce sexual...[pero la respuesta sexual femenina y masculina se han construido culturalmente en menosprecio del disfrute femenino haciéndolo invisible y reduciéndolo a la función reproductiva, cuando que] «luego de la eyaculación, [es] el hombre [el que] experimenta una dificultad evidente para reiniciar de inmediato la actividad sexual (...) y la mujer puede reanudar varias veces su respuesta sexual.»[39]

Sin embargo, la mujer es considerada «siempre y ante todo celestina, su tarea consiste en favorecer por todos los medios la celebración de coitos, pues el coito es el único objetivo para el que realmente [debe vivir]». [40]

Estas formas de relación sexual prevalecientes en un momento histórico y avaladas por aspectos científicos, técnicos y políticos, de poder, construyen la identidad de los géneros por medio de dispositivos que asignan valores, funciones, roles, deberes y prohibiciones a mujeres y hombres y sobre todo, organizan los modos de vida y las formas de pensar. Ubican el cuerpo de las mujeres en espacios de inclusión o de exclusión social, al desvalorizarlo y marginar sus potencialidad de vida solamente a su ser de madre sin permitirles ejercer sus derechos y mucho menos disfrutar de una salud sexual integral.

La identidad de las mujeres ha quedado invisibilizada dentro del mundo cultural, reducida a algo puramente biológico (útero y ovarios=aparato reproductor; para no permitirle romper con las relaciones de sometimiento, con formas de dominación; y mucho menos construir social, colectiva e individualmente discursos y prácticas que le permiten identificarse con sus iguales, las mujeres. Porque saben que las mujeres podemos construir la «sororidad», esto es, «una solidaridad específica, la que se da entre las mujeres por encima de sus diferencias y antagonismos, se deciden a desterrar la misoginia y sumar esfuerzos, voluntades y capacidades, y pactan asociarse para potenciar su poderío y eliminar el patriarcalismo de sus vidas y del mun-do. La sororidad es en sí misma un potencial, una fuerza política, porque trastoca un pilar patriarcal: la prohibición de la alianza de las mujeres (...) las mujeres pueden pactar entre sí siempre y cuando se reconozcan como sujetas»; [sobre todo,] la calidad de humanas es para las mujeres, la posibilidad de ser libres aquí y ahora, y compartir el mundo con hombres humanizados».[41]

Construir una identidad de género nos permitirá también ejercer y gozar de la sexualidad, sabremos que tenemos derecho a erotizar nuestras relaciones sexuales; y por supuesto adquiriremos mecanismos para luchar por nuestros derechos para dejar de ser objetos de las políticas públicas de control natal. El ejercicio de nuestra sexualidad podrá quedar separado de la regulación de la fecundidad y

del uso de métodos anticonceptivos, girando ambas en relación a nuestras necesidades básicas y no a las imposiciones desde el discurso médico.

3 - Sociología del Género y de los Derechos Humanos

Después de esta descripción de la realidad que vivimos la mayoría de las mujeres, una visión sociológica de los Derechos Humanos puede sernos útil para encontrar los mecanismos, las estrategias y los análisis teóricos que sirvan de base para alcanzar diversas formas de equidad,[42] independientemente del sexo que se tenga; la religión que se profese; la condición socioeconómica que se ostente; etc., es decir, seremos capaces de albergar como seres humanos espacios democráticos que instauren nuevas formas de convivencia, en donde se reconozca la diferencia, y se permita el goce de la sexualidad sin que se utilice como justificación de la desigualdad.

Esto significa,[43] como bien dice Patricia Duarte, «buscar nuevos sentidos, nuevos imaginarios, actuando, pensando, teorizando y deseando diferente». [44]

A partir de una sociología de los géneros, podemos pensar en la construcción social de los cuerpos sexuados, estudiar sus características y multiplicidad de determinaciones, entender que la capacidad de los cuerpos y sus diferentes maneras de gozarlo, de producir el placer en otros cuerpos, también son una construcción social. Lo que nos hace pensar lo contrario son las formas en que se organizan, clasifican y asignan valores, en que se diseñan las normas, en que se prohiben ciertas conductas, y especialmente la forma en que se reproducen tabúes que justifican la sumisión y la exclusión de las mujeres.

Desde el punto de vista sociológico también se estudian las diferentes significaciones sociales del hecho reproductivo y de la contracepción, en este sentido adquieren relevancia las actitudes de rechazo al control natal y al uso de anticonceptivos en relación con la libertad de decisión; así como la institucionalización de las políticas reproductivas como formas de regulación y organización de los comportamientos sexuales y reproductivos de la población.

Esta visión de las cosas toma en consideración que para alcanzar un desarrollo humano digno se debe acceder al bienestar social y a una calidad de vida en la que se puedan ejercer en plenitud los derechos y potencialidades de mujeres y hombres. Esto implica por tanto, que se disponga de un ambiente de libertad y que se considere la salud desde un punto de vista integral que abarque por igual la salud física, emocional o psicológica y en gran medida la salud sexual.

La realidad es que por las situaciones sociales, económicas y culturales que limitan y condicionan la vida de las mujeres, no existen espacios de libertad para la toma de decisiones por parte de la pareja y menos en las actitudes de las mujeres que se ven afectadas por situaciones de discriminación, marginación, exclusión, maltrato, racismo, violencia doméstica, física, emocional o sexual y hostigamiento sexual. Todas estas conductas tienen detrás una connotación ideológica y cultural (patriarcal y machista) que tiene que ver con la consideración de las mujeres como provocadoras, por lo que con su forma de vestir y de actuar incitan a la violación, sin dejar de lado los argumentos sexistas que señalan a la sexualidad de los hombres como irrefrenable; cuando que «la medida del impulso sexual femenino puede deducirse de la cantidad, fuerza e implacabilidad de las restricciones sexuales que históricamente se han ejercido sobre este sexo» .

Cuando una mujer se ha ido de copas con un hombre y ha aceptado sus galanteos, el código dicta la relación sexual; si la mujer no quiere, puede sobrevenir la violación, porque para ese hombre el código era claro, tenían un solo significado, no importa que la mujer haya pensado en establecer formas de comunicación diferentes, que no formen parte del discurso naturalizado, como por ejemplo, su libertad para elegir con quién, cuándo y dónde sostener un intercambio sexual.[45]

Todos estos hechos de violencia alteran en todos sentidos la vida de las mujeres y las niñas, violan sus Derechos Humanos.

3.1 ¿Vigencia sociológica de los Derechos Humanos?

Los Derechos Humanos tienen una existencia material, no basta con definirlos teóricamente, aunque alcanzan su expresión como formas de vida en las normas hay que mostrarlos en la vida cotidiana.

La Comisión Mundial sobre la Salud de la Mujer establecida en 1993, fijó los lineamientos sobre la «seguridad de la salud de la mujer», que abarca todos los aspectos de los derechos básicos a la salud: el derecho a la libertad de elección y a la seguridad personal; el derecho a una alimentación en cantidad y calidad suficientes, el derecho a vivir y

trabajar en ambientes donde los riesgos manifiestos para la salud estén bajo control; y el derecho a tener acceso a la educación, la información y una vivienda adecuada (...) Reafirmando la constitución de la organización Mundial de la Salud (OMS),cuyo texto dice que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano y que la salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad«.[46]

La forma de considerar la salud reproductiva a la luz de los Derechos Humanos permite alcanzar la equidad entre los géneros y niveles de corresponsabilidad en la toma de decisiones y en la participación de las mujeres.

Los derechos sexuales y reproductivos posibilitan «el derecho humano de la mujer a tener control respecto a su sexualidad (...) y a decidir libre y responsablemente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la discriminación y a la violencia». (Plataforma Beijing 95).

Por tal motivo, entre las medidas que deben tomar los gobiernos, la sociedad civil y el Sistema de las Naciones Unidas en materia de salud están «erradicar todas las costumbres o prácticas tradicionales, en particular la mutilación genital femenina, que son nocivas para la mujer y la niña o discriminación contra ellas, que constituyen violaciones de los derechos humanos de la mujer y son obstáculos al pleno disfrute por ella de los derechos y libertades fundamentales (...) y enjuiciar a los culpables de las prácticas nocivas para la salud de la mujer y la niña».[47]

Si pretendemos modificar esquemas de subordinación y patrones culturales que permiten violaciones a derechos humanos y que afectan la calidad de vida de las mujeres y de las niñas mexicanas, no dejemos de pensar que dentro de los obstáculos que impiden el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos se encuentran las condiciones de pobreza, de marginación, de exclusión y de explotación, por tal motivo, falta todavía mucho por resolver en cuanto a la vigencia sociológica de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, por lo que, a pesar de la existencia de instrumentos internacionales ratificados por nuestro país y de legislaciones nacionales, las prácticas e historias concretas de vida de las mujeres y niñas mexicanas, es decir, la contrastación con su calidad de vida nos muestra que éstos no han sido respetados en su totalidad (que persiste la discriminación sexual cuando se disminuye o anula el goce en el ejercicio de tales derechos), por lo que no podemos hablar de un ámbito de igualdad y de la existencia de una política integral de protección y defensa de sus Derechos Humanos.

El que existan quejas, como datos fácticos de la realidad por la que atraviesa la salud de las mujeres, denunciando que persisten deficiencias legislativas (por ejemplo, no se reconoce en la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) ni del Instituto de Seguridad Social al Servicio de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) el derecho de las mujeres embarazadas a una nutrición adecuada durante los periodos de gestación o lactancia; tampoco se reconoce el derecho de las personas a decidir cuándo tener un hijo(a)- problemática vigente acerca del aborto; no se ha legislado adecuadamente para responsabilizar penalmente a quienes realicen esterilizaciones masivas), persisten prácticas administrativas discriminatorias, y servidores públicos (prestadores de servicios de salud) que incurren en violaciones a esos derechos, por maltrato, negligencias médicas y por contracepción forzada, en donde la atención hace distinciones entre mujeres y hombres no por especificidades biológicas sino por cuestiones de género, se está manteniendo un estado de salud precario y proporcionando una mala calidad en el servicio, en el que la mujer sólo importa en tanto le brinden la atención gineco-obstétrica sin la posibilidad de una atención integral que le permita una vida sana a partir del respeto de sus derechos fundamentales, por eso decimos que sin un perspectiva diferente de la salud reproductiva, que parta de la óptica de las mujeres, no se podrá construir una salud sexual con base en la equidad de los géneros.

Ante las constantes violaciones a derechos Humanos, a los derechos sexuales y reproductivos, no podemos tolerar actitudes que vulneran la dignidad humana de las mujeres. Para limitar los abusos en contra de los seres humanos debemos pensar en la universalidad de los Derechos Humanos, pero no por la existencia de la naturaleza humana como ley eterna inmutable, no constatable empíricamente, a partir de la cual se establecen derechos universales y absolutos; sino partiendo de que empíricamente si se pueden determinar nuestras necesidades básicas, tomando en cuenta por un lado, la propia constitución biológica, pero también nuestro ser psico-social, porque si estas necesidades no son satisfechas, podemos exigirlas a terceros y es esta exigibilidad la que concreta los Derechos Humanos. Las necesidades básicas de las mujeres, al igual que las de todos los seres humanos, si pueden ser constatables para hacerlas reales.

Es más, a partir de un nuevo consenso construido sobre necesidades básicas, que se consideren buenas razones para ser exigibles, podríamos derivar también nuevos derechos (sexuales y reproductivos). En estos derechos debe prevalecer la expresión y las palabras de las mujeres, así como el respeto a sus tradiciones y costumbres siempre y cuando no vulneren sus Derechos Humanos, de no ser así, deben ser transformadas teórica y prácticamente más allá de la existencia de tal o cual individuo o colectividad que pretenda hacerlos valer. El reconocimiento jurídico-social de los derechos sexuales y reproductivos y el conocimiento y conciencia de lo que significan, permite la salvaguarda de los mismos. Sólo las necesidades básicas pueden ser universalizables, no olvidemos que lo básico se promueve o protege pero no es susceptible de negociarse ni por el Estado ni por sus instituciones o funcionarios. Es así que es un imperativo ético que el Estado intervenga para salvaguardar la salud y la vida, tiene que actuar aunque violente la tradición y la cultura, porque es más importante salvaguardar la integridad física de todos los individuos para posibilitar la convivencia social.

La salud y los derechos sexuales y reproductivos son parte esencial del desarrollo social y humano y sustento en la construcción de una cultura respetuosa de los Derechos Humanos, son un requisito para que el progreso económico posibilite a la población decidir libre e informadamente sobre la utilización o no de los programas de planificación.

El respeto a los Derechos Humanos equivale a la prevención de hechos y actitudes que los vulneren; su violación, por el contrario, significa la violencia ejercida en diferentes niveles de la vida, cuando la represión y no la prevención se utilizan para restablecer un orden social. No obstante, una convivencia civilizada basada en la equidad no se puede dar sin la corresponsabilidad, la autonomía y el fortalecimiento de las mujeres. Además, se requiere de campañas de información, educación[48] y comunicación, no sólo del suministro de productos anticoncepivos, porque las limitaciones sociales que impiden el avance de la salud sexual y reproductiva de las mujeres se construyen dentro y fuera del entorno familiar. El cambio en la concepción y el ejercicio pleno de los derechos sexuales y reproductivos no sólo debe venir de actitudes aisladas o consentidas por los hombres como un favor otorgado en cuanto a la reproducción humana sino que también requiere de la aplicación del enfoque de género en la definición de los criterios de calidad para brindar el servicio, en la construcción de políticas adecuadas de salud, en la capacitación del personal y sobre todo, en la creación de modelos de atención alternativos para las usuarias, – que no «pacientes» -, que partan del pleno reconocimiento de sus derechos como humanas por todos y todas las que integramos la sociedad.

3.2 - Un proceso de socialización distinto.- Recuperar en las niñas el poder de decir «no».

Mediante los procesos de socialización se configuran las identidades individuales y sociales de las mujeres y las niñas, así como de los hombres en una relación social sexual y de género.

Es necesario crear las condiciones de vida y autonomía desde la infancia para lograr que alguien se sienta con derecho a decir no, a incidir sobre su realidad para lograr sus proyectos; se necesita ubicar la cuestión del empoderamiento también como un problema de ciudadanía como una asunto de democracia. Involucrar a la sociedad en el rediseño de las relaciones entre los géneros.[49]

[La] mujer, que se discute a sí misma, al hombre y al mundo para llegar a entender quién es, no resulta para el «macho» una compañera ideal. No acepta su papel, ha decidido existir y no renunciar a sí misma, y ha aprendido a decir «NO». Palabra excluida de su vocabulario que ahora abre las puertas a su individualidad y a su presencia real (...)Pero cuando el hombre insiste pretendiendo, en la relación con ella, la subordinación a sus propias exigencias como hecho natural para él, porque está acostumbrado a ello, el «NO» es ya el primer paso de un «SI» hacia sí misma(...) su «NO» deviene más agresivo y pesado porque (...) una tradición individual y social no se borra en un día. [50]

La mujer ha descubierto que puede también ella definir su propia naturaleza y confrontar con el hombre sus propios descubrimientos (...) a través del rechazo (...) pero este rechazo deviene a los ojos del hombre una amenaza para su identidad, un sentimiento de pérdida de lo que le pertenece y la sola tentativa de la mujer de presentarse con un rostro distinto, se convierte en una agresión deseada, intencional, que anula el significado que adopta para ella la conquista de sí misma y de presentarse ante el mundo como un nuevo ser (...)Todo lo que la mujer adquiere en fuerza y en espacio para ser igual (...) es

vivido como la amenaza de ser invadido, expropiado, castrado. Y es difícil hacer entender que lo que la mujer busca es existir y colmar un vacío que ha durado incluso demasiado y que ahora tiene prisa de ocupar. Pero la reacción del hombre, al continuar llevando al plano de la reivindicación individual lo que quiere ser un movimiento de liberación social es también el signo de cómo él está prisionero de una cultura en a cual su propia existencia está garantizada por la ausencia del otro. [51]

Pero lo humano no es sólo el hombre sino también los hombres y las mujeres en plural, el ser de mujer tiene que ver no con formas que no equiparen al ser de hombre sino, partiendo de que tenemos conciencia, que pensamos, razonamos, cuestionamos, creamos, gozamos etc., no creemos que alcanzar la igualdad sea ser como hombres, queremos ser y vivir como mujeres, buscamos la equidad pero sin perder nuestras diferencias. Debemos expresar nuestras propias necesidades, declarar nuestros propios derechos.

Si construimos formas de relación tolerantes y transmitimos valores distintos pero iguales en importancia para esculpir la personalidad y el carácter de las niñas, tomaremos en cuenta las «formas disímiles de dolores transformados en resistencias, resistencias transmitidas de madres y abuelas a hijas, con el silencio en el dolor o con la hostilidad franca frente a su destino, pero siempre con una apuesta ilusionada en esas niñas».[52] Con esto, las mujeres alcanzaremos la condición de ciudadanas, de sujetos femeninos, romperemos barreras sociales y cul-turales que construyan nuevas prácticas a nivel social, familiar e individual. Es decir, podremos incluso en el nivel de la sexualidad hacer que el deseo femenino sea el parámetro de su expresión erótica. Modificar nuestra identidad sexual equivale a recuperar de nuestro cuerpo y nuestro ser la integralidad de lo biológico y lo socio-cultural.

Si no consideramos el significado social que tiene para las mujeres y las niñas en nuestra sociedad el logro de la equidad en los derechos sociales y sobre todo, en el disfrute de los sexuales y reproductivos, no lograremos eliminar las desigualdades de género que están inmersas en la interiorización de normas, en los procesos de socialización y en los comportamientos y actitudes que condicionan, de alguna manera, las expectativas sociales y las metas institucionales.

3.3 - El Proceso de *Empoderamiento* (*Empowerment*)

Tanto para el enfoque de género como para la sociología, el empoderamiento «es un concepto que implica dignificación, es un proceso de particularización, por dos razones: por la capacidad de proyectar y de realizar acciones deliberadas (voluntad); y por el grado de autonomía de un sujeto singular, que es inseparable del grado de autonomía del grupo social al que pertenece.» Empoderar significa también solucionar problemas de pobreza, desnutrición, vivienda, salud, educación y empleo entre otros, lo cual representa una tarea que sólo puede ser asumida desde la comunidad, junto con políticas públicas emanadas del gobierno y de la sociedad civil» [53]

Sabemos que no hay mera reproducción, que siempre hay producción de algo nuevo, en este sentido no determinista, pensemos que las prácticas sociales sexistas pueden modificarse ya que las realizan sujetos sociales. Lo primero es reconocer el sufrimiento y la insatisfacción de las mujeres por las desigualdades sociales que se han legitimado en diferencias sexuales, luchar contra la discriminación sexual implica pensar tanto en esas diferencias sexuales pero también en las psico-sociales e históricas, rebasando los reduccionismos biológicos o culturales. Tenemos que pensar que si la estructura social puede transformarse con base en relaciones sociales más equitativas, esto modificará también los comportamientos sexuales, por lo que dejarán de ser vistos sólo los actos masculinos como actos de libertad y los femeninos como determinaciones; en algunas perspectivas teóricas a este proceso se le denomina *deconstrucción de las identidades sociales.* Implica reconceptualizar el sistema sexo/género y entender que en la producción social de nuestra existencia nos producimos y reproducimos a la vez como cuerpos, mentes y entes de poder como mujeres y hombres a la vez.[54]

Tomar este camino implica perder el miedo a empoderarnos, construir para niñas y niños caminos, que a través de una educación sexual equitativa, nos permitan recuperar la dignidad, el poder y la identidad.

BIBLIOGRAFÍA

ALATORRE W., Edda (1997). «Las mujeres y el Derecho a la Salud»,

BASAGLIA, Franca O (1983). Mujer, Locura y Sociedad. México: UAP

CONSEJO NACIONAL DE POBLACIÓN (1999). Mujer, Fecundidad y Medio Ambiente *en* Mujer Rural, Medio Ambiente y Salud en la Selva Lacandona. México: CONAPO.

DUARTE, Patricia y GONZÁLEZ, Gerardo (1997) «De la etiqueta de víctima al empoderamiento. Un

camino por recorrer cuando trabajamos la prevención en la violencia de género», *Alter*, Año 1, No 1, enero-abril, 1997.

EL NACIONAL, 6 de abril de 1998, X-X8.

ESPINOSA MORA, María Eugenia (1998). «Estrategias teórico-prácticas para el acceso de las mujeres a los ámbitos de justicia» en *Revista Mexicana de Justicia*, Nueva Época, Núm.4.

Estado de la Población Mundial 1997-ONU.Boletín Trimestral sobre Reproducción Elegida, GIRE.Núm.13/jun/97,p.7

FERNANDEZ, Ana Ma. (1993). La invención de la niña, Buenos Aires: UNICEF.

FOUCAULT, Michel (1989). *Historia de la Sexualidad*. La voluntad del saber. México: Siglo XXI.

_____GUZMÁN STEIN, Laura y PACHECO, Gilda, *comp*. (1997) *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. IV. San José, Costa Rica: IIDH-ASDI-Comisión de la Unión Europea.

HIERRO, Graciela (1990). *Etica y Feminismo*, México: UNAM/
Coordinación de Humanidades.

IZQUIERDO, María Jesús (1998) *El malestar en la desigualdad*. Valencia: Cátedra/Universidad de Valencia/Instituto de la Mujer, Serie Feminismos.

LAGARDE, Marcela (1997). Identidad de Género y Derechos Humanos. La Construcción de las Humanas, en Estudios Básicos de Derechos Humanos, vol. IV. San José, Costa Rica: IIDH-ASDI-Comisión de la Unión Europea.

LARA C., Ma. Asunción (1994) Masculinidad y Femineidad, en *Antología de la Sexualidad Humana*, vols. I, II y III. México: Porrúa.

MELESIO NOLASCO, Marisol (1999). «La Montaña de Guerrero y el Desarrollo» (mimeo 1999), pp.12-13

MÉXICO. Secretaría de Salud (1999)*Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar (PSRPF)*

PEÑA-MARÍN, Cristina («s.a.»), «Del Amor y los Desórdenes de la identidad» *en Filosofía y Sexualidad*, 2ª. ed. Barcelona: Anagrama.

PÉREZ-GIL ROMO, Sara Elena *et.al*. (1995) *Género y Salud Femenina, Experiencias de Investigación en México*. México: Universidad de Guadalajara, Centro de Investigación y Estudios en Antropo-logía Social (CIESAS) y el Instituto Nacional de la Nutrición «Salvador Zubirán».

PÉREZ-PALACIOS, Gregorio (1998). La salud reproductiva en México. *El Nacional*, Jueves 14 de mayo.

PIMENTEL PÉREZ, Maribel (1997). «Tiempos de Violencia». *en Violencia: ¿condición de género?*, AA.VV. México: UAM-Xochimilco.

SAVATER, Fernando (1993) «Génesis del Pesimismo Genital», en *Filosofía y Sexualidad*, 2ª. ed. Barcelona: Anagrama.

SCHLOSSER, Raquel (1998). Ponencia presentada en marzo de 1998 en el Parlamento de Mujeres.

TUBERT, Silvia (1991) *Mujeres sin Sombra, Maternidad y Tecnología.* Madrid: Siglo XXI.

TUÑÓN PABLOS, Esperanza (1997) «Panorama de la salud sexual y reproductiva en Tabasco, en *Género y Salud en el Sureste de México*. Tabasco, México: El Colegio de la Frontera Sur (ECOSUR) / Universidad Juáres Autónoma de Tabasco.

VARELA,Julia (1993) *De las reglas de urbanidad a la ritualización y domesticación de las pulsiones*, en Filosofía y sexualidad. Ediciones Anagrama.

VINCENT Vidal (1991) *La petite histoire du presevatif*. Paris: Syris Alternatives

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Espinosa Mora, María Eugenia (1998) «Estrategias Teórico-prácticas para el Acceso de las Mujeres a los Ámbitos de Justicia». *Revista Mexicana de Justicia*, Nueva Época, n. 4, p.79.

2. «La dificultad está entonces en el individualizar la diversidad natural y en el reivindicar el valor de esta diversidad, destruida por la desigualdad (...) la mujer – cuando impone el derecho a su propia función- no lucha por tener la misma suerte del hombre en un mundo donde se continúa discriminando la diversidad como algo que lleva un signo de calidad negativo (...) es tácticamente necesario que la mujer tome conciencia de sí, de la propia opresión y de la propia fuerza, asumiendo un papel y un peso en la sociedad en la que vive. De su propio cuerpo amputado, manipulado, violado, las mujeres saben extraer la

voz que reclama un cuerpo social diverso (...) para luchar por la transformación del mundo la mujer está obligada a pasar a través de la transformación de sí misma y la del hombre». (Franca Basaglia. Op.cit.: 18.)

3. Lineamientos para la Integración de la Perspectiva de Género en los Organismos de la Federación Iberoamericana de Ombudsman. IIDH, Red de Defensorías de las Mujeres, Comisión de la Unión Europea (*mimeo*).

4. «Es de hecho la diversidad natural convertida en desigualdad social, lo que reúne a todas las mujeres en una única categoría, cualquiera que sea la clase a la que pertenezcan, porque la inferioridad y la invalidación están ligadas al ser mujer y a su naturaleza». Franca Basaglia (1983) *Mujer, Locura y Sociedad.* México:UAP, p.16.

5. Izquierdo, María Jesús (1998) *El Malestar en la Desigualdad*. Valrencia: Ediciones Cátedra, S., p. 379.

6. CONAPO (1999). Mujer, Fecundidad y Medio Ambiente en *Mujer Rural, Medio Ambiente y Salud en la Selva Lacandona*, México: Consejo Nacional de Población. p. 63.

7. Información del Secretario General sobre la Integración de los Derechos de la Mujer en todo el Sistema de las Naciones Unidas. 53º periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, Ginebra, Suiza 10-03-97. ECN.4/1997/40

8. «La naturalización del discurso victimal sobre las mujeres todavía cohabita con nosotros, el mito de la provocación está vigente (...) persiste la idea de las salidas individuales, de responsabilidad exclusiva de la persona que sufre violencia, frente a una situación que tiene contenidos histórico-sociales». Cfr. Patricia Duarte y Gerardo González (1997) «De la etiqueta de víctima al empoderamiento. Un camino por recorrer cuando trabajamos la prevención en la violencia de género», en *Alter*, Año 1, n. 1, enero-abril, p. 216.

9. En el documento: «El Derecho a la Libre Decisión. La Planificación Familiar en el Contexto de la Salud Reproductiva», como parte de su fundamento normativo, pp. 29 y 41.

10. *Programa de Salud Reproductiva y Planificación Familiar (PSRPF).*

11. Véase dicho documento editado por el Consejo Nacional de Población (CONAPO).

12. Cit. Julia Varela (1993) «De las Reglas de Urbanidad a la Ritualización y Domesticación de las Pulsiones», en Sabater, Fernando, *coord*. *Filosofía y Sexualidad*. México: Anagrama, pp. 88 y 89.

13. Tubert, Silvia, (1991) *Mujeres sin Sombra. Maternidad y Tecnología.* Madrid: Siglo XXI, p. 46.

14. Varela, Julia. *Op. cit.*, p. 85.

15. Ponencia presentada en marzo de 1998 (*mimeo),* p. 10.

16. Tubert, Silvia. *Op. cit.*, pp. XIV, XVI y p. 51.

17. «La Salud Reproductiva en México, Dr. Gregorio Pérez-Palacios, Director General de Salud Reproductiva de la Secretaría de Salud. *El Nacional*, Jueves 14 de mayo de 1998.

18. Guzmán Stein, Laura y Gilda Pacheco, *comp*., (1997). *Estudios Básicos de Derechos Humanos* IV, San José, Costa Rica: IIDH-ASDI-Comisión de la Unión Europea, pp. 176-177.

19. Alatorre W. Edda. (1997) *Las Mujeres y el Derecho a la Salud*, inédito, p. 55.

20. «Hasta ahora las campañas amplias de planificación familiar en el campo se han caracterizado por la coerción, el otorgamiento condicionado de servicios y el abuso de la esterilización». (*Cfr*. Sara Elena Pérez-Gil Romo et al.. (1995). *Género y Salud Femenina, Experiencias de Investigación en México*. México: Universidad de Guadalajara / Centro de Investigación y Estudios en Antropología Social (CIESAS) / Instituto Nacional de la Nutrición «Salvador Zubirán»). Además, la propia Secretaría de Salud (1990) reporta que la utilización de este método definitivo se aplica en el 65% de las usuarias activas del IMSS y en el 66.8% de las del ISSSTE. «En este fenómeno no está ausente la meta gubernamental que contempla reducir el índice nacional de fecundidad al 1% para el año 2000, así como las presiones ejercidas sobre el cuerpo médico para cumplir con las cuotas establecidas de control natal, cuotas que preponderantemente se cubren entre la población más desprotegida» (Cfr:

Esperanza Tuñón Pablos (1997) «Panorama de la salud sexual y reproductiva, en Tabasco en *Género y Salud en el Sureste de México*. El Colegio de la Frontera Sur (ECOSUR), Universidad Juáres .Autónoma de Tabasco, p. 178). Finalmente véase Jonathan D. Kirsh y Marcos Arana Cedeño (1999) *The Lancet. Informed Consent for Family Pnannign for Poor Women in Chiapas, México*. *Revista Médica,* julio (cit. en La Jornada, 24-nov-99).

21. Lara C., Ma. Asunción (1994) «Masculinidad y Femineidad», en *Antología de la Sexualidad Humana*. vols. I, II y III. México: CONAPO/ Porrúa, p. 324.

22. Izquierdo, María Jesús (1998) *El Malestar en la Desigualdad*. Valencia: Cátedra.

23. Melesio Nolasco, Marisol (1999). «La Montaña de Guerrero y el Desarrollo» (mimeo), pp. 12-13.

24. Schlosser, Raquel (1998). Ponencia presentada en marzo de 1998 en el Parlamento de Mujeres.

25. Alatorre W. Edda. *Op. cit.*, p. 54

26. Por ejemplo, las quejosas mencionan que en el trato con los médicos, en algunas ocasiones, cuando ellas sienten que algo está mal en su embarazo o que tienen contracciones seguidas y piensan que va a nacer su hijo, aquéllos les dicen que regresen después, y sin examinarlas cuidadosamente les dicen que todavía no es tiempo, esto trae como consecuencia que las mujeres tengan a sus hijos en los pasillos de las unidades médicas del sector salud o que tengan que buscar atención en hospitales particulares, muchas veces naciendo el producto con lesiones irreversibles. Otros en los que durante la atención del embarazo la quejosa manifiesta al médico que no siente movimiento del producto y este le dice que no se preocupe que le va a mandar estudios pero que el producto está bien, y al mes le informa que le tiene que hacer un legrado porque el producto está muerto. O también cuando no explican bien a las mujeres qué es lo que sucede, es frecuente que ellas no sepan por qué perdieron a sus hijos, por qué causas fallecieron. Otra forma de violencia es la que reciben durante el parto, cuando las mujeres gritan de dolor y las mismas enfermeras les gritan que se callen, que por qué no gritaban así cuando estaban «haciendo el hijo»...

27. Patricia Duarte y Gerardo González (1997). «De la etiqueta de víctima al empoderamiento. Un camino por recorrer cuando trabajamos la prevención en la violencia de género». *Alter,* Año 1, n.1, enero-abril.

28. «Existen campos de la experiencia humana donde "lo natural" se erige en criterio supremo...y así se afirma que el deseo sexual masculino es incontrolable, «por naturaleza » y que el deseo sexual femenino es más débil, y por tanto puede ser pospuesto (...) nunca ha sido el comportamiento moral permitido, idéntico para ambos géneros (...) El rasgo principal que distingue a la moralidad sexual positiva masculina de la femenina, es precisamente, la consideración asimétrica del placer orgásmico. Se acepta moralmente que los hombres ejerciten su sexualidad para obtener placer, no así en el caso de las mujeres. Para éstas se da una reglamentación estricta en lo que respecta a la obtención de la gratificación sexual (...) Lo «natural» para el hombre es gozar de su sexualidad; lo «natural» para la mujer es procrear. La reproducción humana, de interés social, debe ser vigilada y reglamentada por la comunidad entera, controlando el placer femenino. La sexualidad masculina puede ser objeto de elección personal. Consumándose así la sexualización del poder. El valor personal máximo de la mujer, en tanto joven, se centra en la conservación de la virginidad». En *Graciela Hierro (1985) Ética y Feminismo*, México: UNAM. p. 47.

29. Izquierdo, María Jesús. *Op. cit.,*, p.376.

30. Véase Michel Foucault (1989). *Historia de la Sexualidad*. *La Voluntad del Saber*. México: Siglo XXI.

31. Graciela Hierro. *Op. cit.,* p. 17-19.

32. Por felicidad « entendemos el placer mismo y la ausencia del dolor, por infelicidad el dolor y la ausencia de placer.», Graciela Hierro. *Op. cit.*, p. 69.

33. Marcela Lagarde (1994) «Identidad de Género y Derechos Humanos. La Construcción de las Humanas», en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo IV. San José, Costa Rica: IIDH.

34. G. Hierro. *Op. cit.*, pp.15-16.

35. Maribel Pimentel Pérez (1997). *Tiempos de Violencia. Violencia: ¿Condición de Género?,* México: UAM-X., p. 85.

36. G. Hierro. *Op. cit.,* p. 16.

37. Organización de las Naciones Unidas (1997). «Estado de la Población Mundial 1997 ».*Boletín Trimestral sobre Reproducción Elegida*, *GIRE, n.* 13, Junio, p.7.

38. Según Roussea, «...la mujer está hecha especialmente para el placer del hombre; si el hombre debe, a su vez, placerle, la necesidad es menos fundamental...» en Franca Basaglia (1983) *Mujer, Locura y Sociedad,* México: UAP.

39. Cfr. Vincent Vidal (1991) *La petite histoire du presevatif*, Paris: Syris Alternatives, y de León Roberto Cindin (1991) *La nueva sexualidad del varón.* México: Paidós.

40. Cfr. Fernando Savater (1993) «Génesis del Pesimismo Genital». en *Filosofía y Sexualidad*, Barcelona: Anagrama.

41. Marcela Lagarde. *Op. cit.*, p.124.

42. «La equidad, que es la virtud superior en cuanto a la justicia, es la más alta moralidad a la que pueden llegar las leyes. Complementa la carencia que ofrece su universalidad para la consideración de lo específico e individual. La equidad soluciona los conflictos particulares» Graciela Hierro. *Op. cit*., pp.74-75.

43. Patricia Duarte y Gerardo González. *Op. cit.*, p. 217.

44. «La intimidad entre dos no surge del desnudamiento, del exhibir el uno ante el otro una subjetividad preexistente al encuentro (...) surge del hecho de ser ambos capaces de construir conjuntamente una realidad (...) lo extraordinario del mundo –a-dos y la importancia que cada uno tiene en el mundo del otro deben ser continuamente reactualizados (...) la pasión por el otro es pasión por la relación que me disuelve como yo a la vez que me construye como alguien nuevo». Cristina Peña-Marín («s.a.») «*Del Amor y los Desórdenes de la identidad»* en *Filosofía y Sexualidad*. *Op. cit.*, pp. 135-138.

45. Ibidem, pp. 29 y 212.

46. .Resolución WHA45.25- E/CN.4/1997/40, pp. .9-10.

47. El Nacional, 6 de abril de 1998, pp. X-X8. Por ejemplo, 130 millones de mujeres y niñas sufren de mutilación genital, 4 de cada 5 mujeres se infibulan (para suprimir la excitación sexual se practica la ablación del clitoris) en somalia y quedan impedidas de por vida para disfrutar de la sexualidad. Esta práctica se realiza en 28 países de Africa, en Europa, y Estados Unidos por inmigrantes africanos.

48. En la defensa de los derechos humanos de las mujeres no hablamos de tener acceso a una educación tradicional, dentro de la cual sigan reforzándose los patrones culturales dictados por el adulto, maduro, masculino occidental, sino como señala Graciela Hierro (*Op. cit*.), requerimos de una educación humanista feminista, que permita adquirir conciencia de una misma.

49. Duarte y Gonzélz. *Op. cit.*, p. 220.

50. Franca Basaglia. *Op. cit.*, p. 19.

51. *Ibid*, pp. 24-25.

52. Fernandez, Ana Ma (1993). *La Invención de la Niña*, Buenos Aires: UNICEF, p. 36.

53. Op. cit., 216.

54. «Si entonces, subordinación ha pasado a través de la identificación total entre cuerpo y función social (procreación) – de modo tal que figura y función social han sido traducidas en un cuerpo sexuado, privado de necesidades subjetivas
y sociales, su liberación debe atravesar el cuerpo, para llegar a proponer nuevamente un cuerpo natural y una figura social, nacidas de la ruptura de la identificación que ha sido artificialmente cosntruida ((Cfr. Basaglia. *Op. cit.*, p.17)

XIII
DER BRASILIANISCHE SOZIALSTAAT UND DIE VERFASSUNGEN VON WEIMAR UND BONN

.....

PAULO BONAVIDES

I. Die drei Epochen der brasilianischen Verfassungsgeschichte

Wer sich der Aufgabe einer gründlichen Analyse der brasilianischen Verfassungsgeschichte stellt, wird leicht drei, hinsichtlich der politischen, juristischen und ideologischen Wertmaßstäbe historisch pírwandfrei abgrenzbare Phasen unterscheiden können, die vor allem das formalé Erscheinungsbild der Verfassungseinrichtungen beeinflußt haben: d,e erste Phase, die an das französische und das englische Modell des 19. Jahrhunderts anknüpfte; die zweite Phase, die einen Umbruch darstellte, indem sie das nordamerikanische Modell annahm; schließlich die zur Zeit noch andauernde dritte Phase, die ganz deutlich das Vorhandensein grundlegender Merkmale des deutschen Konstitutionalismus aus diesem Jahrhundert erkennen 1äßt.

Im Verlaufe dieses Prozesses wurde ein Großteil der in den gerade abgelösten Phasen aufgetretenen Einflüsse nicht beseitigt, sondern ihnen oft spürbar Rechnung getragen. Manchmal wurden sie auch zusätzlich in das neue Gefüge eingegliedert. Ohne eine genaue Betrachtung dieser Entwicklungen .sind die in der Realität Brasiliens – insbesondere seit Inkrafttreten der Verfassung vom 5. Oktober 1988 – gegenwärtigen konstitutionellen Strömungen nicht verständlich.

1. Der Konstitutionalismus des Kaiserreichs: das Wirken französischen und englischen Einflusses

Die erste Epoche der brasilianischen Verfassungsgeschichte erstreckt sich von 1822, dem Jahr der Unabhängigkeitserklärung, bis 1889, dem Jahr, in dem die monarchischen Verfassungseinrichtungen zusammenbrachen und die Republik entstand. Sie war das Ergebnis eines Staatsstreichs durch Militärangehörige am 15. November 1889, die dem zentralistischen System der monarchistischen Ordnung ablehnend gegenüberstanden.

Die wichtigsten politischen Ereignisse dieser von einigen bemerkenswerten Abspaltungen geprägten Phase sind:

- das Dekret vom 3. Juni 1822, also aus der Zeit vor dem formellen Unabhängigkeitsakt[1], das nach seinem Wortlaut eine „Portugiesisch-Brasilianisch- Versammlung" oder eine „Allgemeine verfassunggebende und gesetzgebende Versammlung" einberief und auf die Konstitutionalisierung Brasiliens gerichtet war;
- die Konstituierung der Verfassunggebenden Versammlung am 3. Mai 1823 in Rio de Janeiro in Anwesenheit von Dom Pedro l., der sich damals bereits als konstitutioneller Kaiser und „Ständiger Verteidiger Brasiliens" bezeichnen ließ;
- die Auflösung der Verfassunggebenden Versammlung am 12. November 1823 durch einen Staatsstreich militärischen Ursprungs unter Führung des Káisers selbst,
- das Inkraftsetzen der Verfassung des Kaiserreichs Brasilien am 25. März 1824 durch einen Akt Dom Pedros L,
- das Zusatzgesetz vom 12. August 1934 zur Verfassung[2], übrigens die einzige Änderung des Wortlauts der kaiserlichen Verfassung,
- schließlich das Gesetz vom 12. Mai 1840, das der konservativen Interpretation einiger Verfassungsartikel der Reform von 1834 diente.

Die wichtigsten Verfassungsdokumente dieser ersten Phase lassen die juristische, politische und ideologische Natur des angestrebten institutionellen Systems sichtbar werden. Es Bind dies:

- das sogenannte Antonio-Carlos-Projekt, das in den Sitzungen der Verfassunggebenden Versammlung ausgearbeitet, diskutiert und zum Teil der Abstimmung zugeführt wurde,
- die im Jahre 1824 in Kraft getretene Charta, die Verfassung des Kaiserreichs, die mit 65 Jahren am längsten von alien brasilianischen Verfassungen Bestand hatte,

- das bereits erwähnte Zusatzgesetz von 1834 zur Verfassung und das ebenfalls kurz genannte Interpretationsgesetz von 1840.

Wir werden im folgenden sehen, welchen Einflüssen diese Dokumente ausgesetzt waren und welches Gedankengut sich darin widerspiegelt. Was die Organisation der Staatsgewalt anbetrifft, folgte die Verfassunggebung im Grundsatz dem berühmten Modell *Montesquieus*: exekutive, legislative und judikative Gewalten wurden getrennt. Sie garantierte darüber hinaus, inspiriert durch die französische Verfassung von 1791, die individuellen und politischen Rechte und formulierte gleichzeitig ein originäres Kapitel über die „Pflichten der Brasilianer, " in dem das Widerstandsrecht zugestanden und dazu erläutert wird: „Es ist die Pflicht des Brasilianers, sich zu weigern, Vollstrecker ungerechter Gesetze zu sein," wobei damit rückwirkende und moralwidrige Gesetze gemeint waren, allerdings nur dann, „wenn sie zu einer Entartung oder zu einer niederen bzw. grausamen Verdrehung des Rechts tendieren".

Was die Verfassungsreform betrifft, so führte der vorgeschlagene Text in zwei Artikeln einen Verfassungsmäßigkeitsbegriff ein, der späte r in der 1824
erlassenen Verfassung beibehalten wurde.

Art. 267 besagte: „Verfassungsmäßig ist nur, was die jeweiligen Grenzen und Befugnisse der politischen Gewalten und die politischen und individuellen Rechte beachtet". Bereits der nachfolgende Art. 268 ergänzte diese Doktrin durch Aspekte, die das Verfahren zur Änderung von Verfassungsbestimmungen betreffen: „Alles, was nicht verfassungsmäßig ist, kann im Wege gewöhnlicher Gesetzgebung geändert werden, soweit zwei Drittel jeder Kongreßkammer zustimmen."

In ihrer Ursprungsform wich die Verfassung des Kaiserreichs nicht von der auf französischen Einflüssen beruhenden Doktrin ab. Das war die Theorie. Bei ihrer praktischen Anwendung durch die verfassungsmäßige Übung ließ sie jedoch das Gedeihen eines etwas zwitterartigen und sehr einfach gehaltenen parlamentarischen Regierungssystems erkennen.

In doktrinärer und tatsächlicher Hinsicht ähnelte diese Form dem englischen Modell. Die Verfassungsrealität hatte sich jedenfalls von dort inspirieren lassen und mißachtete dabei die geschriebene Verfassung.

Die monarchische Verfassung Brasiliens, in der die aus Frankreich stammenden konstitutionellen Anregungen vorherrschten, war nach meinem Kenntnisstand die einzige Verfassung der Welt, die sich ausdrücklich die Viergewaltenteilung zu eigen gemacht hat, also das Modell Montesquieus gegen das Benjamin Constants ausgetauscht hat, wenngleich mehr in quantitativer und formeller als in qualitativer und materieller Hinsicht.

In der Tat hatte man der Exekutive, der Legislative und der Judikative zusätzlich die „Mäßigende Gewalt" hinzugefügt, deren Titelführung dem Kaiser zustand und die den Schlüssel der gesamten politischen Organisation des Kaiserreichs bildete. Wie die verfassungsmäßige Anwendung dieser Einrichtung ergeben hat, war sie *die* Gewalt unter den Gewalten und der deutlich sichtbare Fixpunkt der Zentralisierung von Regierung und Staat während der monarchischen Epoche. Sie hat wegen des Mangels an ausreichender Autonomie der Provinzen und eines monarchistischen Regimes zur Folge, das im Jahre 1889 durch ein republikanisches Regierungssystem ersetzt wurde.

Im Ergebnis wies die konstitutionelle Monarchie des Kaiserreichs in Brasilien über einen Zeitraum von immerhin 65 Jahren ein relativ stabiles Gleichgewicht zwischen dem Prinzip der Repräsentation und dem Prinzip des Absolutismus auf. Sie hatte einen Parlamentarismus „sui generis" geschaffen, der in die institutionellen Mechanismen integriert worden war, und den Absolutismus in den Vorrechten einer personenbezogenen Staatsgewalt, deren Titelführung dem Kaiser zustand, verborgen. In seiner Hand war auch tatsächlich die Ausübung zweier Gewalten vereinigt: die der vollziehenden und die der „mäßigenden". Dabei vereinigte die „mäßigende" Gewalt mehr Befehlsbefugnisse und Kompetenzen auf sich als die vollziehende. Trotzdem bedeutete die Monarchie einen großen Fortschritt in Richtung auf die tatsächliche, formelle Einführung eines liberalen Staates, auch wenn dies noch mit einer Sklavenhaltergesellschaft der Sklaverei verbunden war. Dieser Aspekt darf nie außer acht gelassen werden, werin man die monarchischen Institutionen untersucht.

2. Der Konstitutionalismus der Ersten Republik: Die Übernahme des amerikanischen Modells mit Föderalismus und Präsidentialismus

Mit der Entstehung der Republik trat Brasilien in die zweite Epoche seiner Verfassungsgeschichte ein. Die Achse der Werte und Prinzipien bei der formalen Organisation der Machtverhältnisse hatte sich verschoben. Neue konstitutionelle Einflüsse verlagerten Brasilien in verfassungstheoretischer Hinsicht gewissermaßen

von Europa in die USA, von den französischen Verfassungen zur US-amerikanischen, von *Montesquieu* zu *Jefferson* und Washington, von der Nationalversammlung zur verfassunggebenden Versammlung von Philadelphia und dann zum Obersten Gerichtshof Marshalls sowie schließlich vom englischen Pseudoparlamentarismus zum amerikanischen Präsidentialismus. In der Gesellschaft ersetzte die freie Arbeit der Einwanderer, namentlich der italienischen im Bereich des Kaffeeanbaus, die Arbeitskraft der afrikanischen Sklaven, letztlich eine humane Fortschreibung der kolonialen Ära der seit 1889 beseitigten monarchischen Institutionen.

Der neue konstitutionelle Staat war nicht mehr darauf ausgerichtet, wie ein Pendel zwischen dem einen Extrem – den Vorrechten eines dekadenten Absolutismus – und dem anderen – den Teilhaberechten des repräsentativen Regierungssystems – auszuschlagen. Er verwandelte sich durch die Verfassung vom 24. Februar 1891 in einen Staat, der in formeller Hinsicht über alle liberalen Institutionen verfügte, die unter dem Einfluß von Rui Barbosa, einem erklärten Bewunderer der politischen Organisation der USA, in einigen bedeutenden Bereichen buchstäblich von der amerikanischen Verfassung übernommen worden waren.

Demzufolge trat Brasilien nun in eine konstitutionelle Epoche ein, in der die grundlegenden Institutionen der Staatsmacht erstmalig mit der Verfassungstradition des amerikanischen Kontinents in Einklang gebracht wurden, und zwar vor allem mit einem Modell der Föderation, das, wie z. B. in Argentinien und Mexiko, vom vorherrschenden Einfluß des US-amerikanischen Konstitutionalismus durchdrungen war.

Die Schlüsselbestandteile, welche die Struktur des neuen Staates in diametralen Gegensatz zu der des Kaiserreichs brachten, waren seitdem: das republikanische System, die präsidiale Regierungsform, die föderative Staatsform und die Funktion eines Obersten Gerichtshofs, der die Verfassungswidrigkeit staatlicher Akte feststellen kann, und schließlich all jene anderen Praktiken staatlicher Machtausübung, für welche die in den USA bestehende republikanische Demokratie in jener Epoche allgemein Vorbild war. Sie wurden von dort „importiert," um eine bestimmte Form liberaler Staatlichkeit zu krönen, die den Bruch mit dem autokratischen Modell des monarchischen Absolutismus versinnbildlichte und von Werten der Rechtsstaatlichkeit inspiriert war, die sich an einem individualistischen Freiheitsbegriff orientierten.

Dieses politische und dogmatische Konzept eines liberalen Staates mit dem gesamten Spektrum republikanischer Wertvorstellungen des vorigen Jahrhunderts kam mit einer gewissen Verzögerung von den USA nach Brasilien. Dort sollte es allerdings während dieser Verfassungsperiode nur in formaler Weise zum Zuge kommen. Diese Periode dauerte vom 24. Februar 1891, dem Tag der Inkraftsetzung der ersten republikanischen Verfassung Brasiliens, bis hin zum Dekret Nr. 19.398 vom11. November 1930, welches das formelle Ende der sogenannten Ersten Republik bedeutete und die uneingeschränkte Machtausübung der sogenannten Übergangsregierung begründete. Ab 1930 folgte ein autoritäres und diktatorisches Intermezzo, das vier jahre andauerte, bis schließlich eine verfassunggebende Versammlung die konstitutionelle Reorganisation des Landes auf sich nahm.

In diesen ungefähr 40 Jahren nahm das republikanische und konstitutionelle Brasilien äußerlich und nach der formalen Lehre ein Verfassungsverständnis US-amerikanischer Prägung mit der nahezu perfekten theoretischen Fassade eines liberalen Rechtsstaates an.

Die republikanische Verfassung von 1891 wurde nur ein einziges Mal reformiert, und zwar im Jahre 1926. Diese Reform kam jedoch zu spät, um die angestrebten Zielsetzungen zu erreichen. Erst recht konnte sie nicht verhindern, daß die Zweite Republik (1934 bis 1937) aufgrund des oligarchistischen Zerfalls der Machtverhältnisse scheiterte.

Zwischen 1930, dem Jahr der pseudoliberalen Revolution – liberal nur, weil ihr Hauptanliegen in der Wiederherstellung des durch gewohnheitsmäßigen Wahlbetrug verfälschten repräsentativen Systems und der Herstellung einer größtmöglichen Wahlauthentizität bestand – und dem 16. Juli 1934, dem Tag der Verkündung der zweiten republikanischen Verfassung, vergingen vier Jahre diktatorischen Interregnums unter der Führung einer provisorischen Regierung. Diese Regierung sah sich aber durch die im jahre 1932 in Sao Paulo ausgebroche „konstitutionelle Revolution" in Frage gestellt, auch wenn diese bald mit Waffengewalt und der überlegenheit der Zentralgewalt niedergeschlagen wurde.

3. Der Konstitutionalismus des Sozialstaats: Beginn des Einf usses der Verfassungen von Weimar und Bonn

Die ersten Jahre der dritten Dekade dieses Jahrhunderts spiegelten bereits den Beginn einer ideologischen Umwälzung mit schwerwiegenden Konsequenzen für die Zukunft der verfassungsmäßigen Ordnung wider. Entsprechend gestalteten sich schon die Vorbereitungen und die Agitationen, mit denen neue Grundsätze in die Verfassunggebende Versammlung von 1933/34 zu Geltung gebracht werden sollten.

Mit Inkrafttreten der neuen Verfassung vom 16. Juli 1934 wurde die dritte große konstitutionelle Epoche in Brasiliens Geschichte eröffnet. Es war die Epoche der Krisen, Staatsstreiche, Aufstände, Hindernisse, Rücktritte und Selbstmorde von Präsidenten wie auch die der Beseitigung von Regierungen, Republiken und Verfassungen. Jüngstes Beispiel war soeben die neue Charta vom 5. Oktober 1988.

Mit der Verfassung von 1934 begann die Phase, die uns hier besonders interessiert, da in diesem Text eine neue Strömung von Prinzipien Eingang fand, die bis dahin durch das geltende positive Verfassungsrecht des Landes ignoriert worden waren. Diese Prinzipien sorgten für einen Einstellungswandel auf dem Gebiet der Menschenrechte, d. h. sie ließen den sozialen Aspekt hervortreten, der zweifellos in den vorhergehenden Verfassungen ziemlich vernachlässigt worden war. Der soziale Aspekt zeigte die Präsenz und den Einfluß der Weimarer Verfassung im Rahmen dieses grundlegenden Orientierungswandels.

Es handelt sich um eine komplexe und nicht selten an Tumulten reiche Epoche, die sich über mehr als 50 Jahre erstreckte. Im geschichtlichen Rückblick lassen sich in ihr, inmitten von Wechseln, Erschütterungen und Widersprüchen, politische Ereignisse von größter Bedeutung für das Verständnis der Verfassungsgeschichte Brasiliens feststellen. Solche Fakten waren:

- zunächst die kurzlebige Zweite Republik (1934-1937), die, eingeführt mit der Verfassung von 1934, nicht mehr als eine Phase der Agonie und der übergangsweisen Rekonstitutionalisierung des Landes gewesen ist, auf unsicherem Fundament in ideologisch stürmischer Zeit erriclitet und bald darauf durch den Staatsstreich vom 10. November 1937 beseitigt wurde,
- die „kurze Periode" – wie Vargas sie nannte – der persönlichen Diktatur des Neuen Staates, ein Regierungssystem, in dem nicht einmal die dafür geschaffene, extrem autoritäre Verfassung von den Machthabern beachtet wurde,
- der Staatsstreich vom 29. Oktober 1945, der eine Phase der konstitutionellen Restaurierung des repräsentativen Systems durch die am 2. Dezember 1945 gewählte verfassunggebende Versammlung einleitete, die die neue, am 18. September 1946 in Kraft getretene Verfassung der Dritten Republik schuf.

Diese Phase dauerte bis zum 9. April 1964, als die „Institutionellen Akte" der vom Militär getragenen sogenannten „Revolution" von 1964 begannen.

Der Aufstieg des militärischen Elements zur Macht brachte die Uniform für eine Periode von über 20 Jahren ins Zentrum des Geschehens und der Macht, genau besehen bis hin zum 5. Oktober 1988, dem Tag, an dem die Übergangsregierung von Präsident Sarney das Inkrafttreten der neuen Verfassung des Landes zu gewärtigen hatte.

Es ist bezeichnend, daß während der Militärdiktatur zwei verfassunggebende Versammlungen nebeneinander tätig wurden: die eine schaffte als „Mündel" ohne besondere Legitimität die halbautoritäre Charta vom 24. Januar 1967; die andere fertigte – hergeleitet aus der Vollkraft der autoritären Gewalt und abseits der formal bestehenden Legalität – die „Institutionellen Akte" aus, so auch die Änderung Nr. 1 der Verfassung von 19,67 vom 17. Oktober 1969, bekannt als „Verfassung" der Militärjunta.

Aus dieser langen und mißratenen Periode – der dritten konstitutionellen Epoche Brasiliens – haben wir für unsere Untersuchungen und Überlegungen an erster Stelle die Grundgesetze hervorzuheben, die mit einem bestimmten Grad an Legitimität erlassen wurden und über einen bestimmten Zeitraum – die Dauer interessiert in diesem Zusammenhang nicht – die Entstehung eines „normalen" Regierungssystems zuließen, einschließlich des Repräsentationsgedankens und derjenigen Regeln, die dem durch die liberale Weltanschauung vertretenen Rechtsstaat innewohnen. Dergestalt präsentierten sich beispielsweise die Verfassungen vom 16. Juli 1934 und vom 18. September 1946. Auch die gerade erst in Kraft getretene Verfassung vom 5. Oktober 1988 gehört in diese Kategorie.

Diese Verfassungswerke sind nämlich in beträchtlicher Weise vom deutschen Konstitutionalismus des 20. Jahrhunderts auf den brasilianischen Konstitutionalismus beeinflußt; ein Einfluß, der vor allem von Weimar konzentrierter, unmittelbarer und entschiedener auf den Charakter des sozialen Kurses des neuen brasilianischen Staates eingewirkt hat als das Bonner Grundgesetz, dessen Einfluß – hauptsächlich in Form von Lehrsätzen – weniger direkt, aber deshalb nicht weniger wirksam gewesen ist.

Der geringe Grad an Einfluß, der dem Bonner Grundgesetz von 1949 zugemessen wird, ergibt sich aus dem Umstand, daß die Hauptwesenszüge der Weimarer Verfassung – der soziale Sinngehalt der neuen Rechte – bereits Eingang in zwei Verfassungen der dritten konstitutionellen Epoche, nämlich die von 1934 und 1946, gefunden hatten.

In jeder der Verfassungen von 1934, 1946 und 1988 beherrschte eine für die gesamte Verfassungsepoche typische Tendenz den Geist der verfassunggebenden Versammlungen. Sie bestand darin, diejenige Gruppe von Rechten zu entwikeln, die den Menschen als Person mit uneingeschränktem Anspruch auf sozialen und juristischen Schutz zum Adressaten der Verfassungsnormen macht. Gemeint ist also der Mensch, der mit seinem Staat versöhnt ist, dessen Form nun nicht mehr mit jener Institution des 19. Jahrhunderts übereinstimmte, welche jeder Art von Intervention und offensivem Ansatz im Hinblick auf die Erfüllung der Grundbedürfnisse abgeschworen hatte, soweit sie das Verhältnis zwischen Kapital und Arbeit betrafen.

Der Einfluß des Weimarer Konstitutionalismus war im Jahre 1934 entscheidend für die frühe Formulierung eines Sozialstaatskonzepts, das die brasilianische verfassunggebende Versammlung damals in formaler Hinsicht geschaffen hat. Dies war eine kreative Leistung, die zu den wichtigsten überhaupt gehört. Sie bezeugt Bedeutung und dogmatische Eigenständigkeit des dritten konstitutionellen Zyklus, in dessen Rahmen sich die herrschende Ordnung noch immer.auf der Suche nach Beständigkeit, Legitimität und endgültiger Konsolidierung der grundlegenden Institutionen befindet.

Der Konstitutionalismus dieser dritten Epoche ließ in Brasilien seit 1934 das faszinierende Modell eines Sozialstaats deutscher Prägung keimen, politisch verbunden mit demokratischen Formen, in denen die Gesellschaft und die menschliche Person – nicht das Individuum – die höchsten Werte darstellten; all dies jedoch unauflösbar verknüpft mit einer hinsichtlich Demokratie, Freiheit und Gleichheit auf Rehabilitation und Legitimation bedachten Staatskonzeption.

Dieser Staat blieb aber aufgrund ideologischer Erschütterungen und nicht minder schwerwiegender Konflikte gegensätzlicher und einander feindselig gegenüberstehender Interessen für den größten Teil seiner konstitutionellen Ansprüche schlicht Utopie. Effizienz und die Justiziabilität der sozialen Rechte waren problematisch und lähmten zusammen mit den Interessengegensätzen ihre objektive Verwirklichung. Es darf aber dennoch nicht die Bedeutung übersehen werden, die dieser Staat als tragende Kraft einer Modernisierung eingenommen hat, indem er den Institutionen einen spürbaren Erneuerungsschub versetzte. Dies geschah selbstverständlich innerhalb der von der Verfassung festgelegten Grundsätze.

Die rein formale Betrachtung der drei genannten Verfassungen zeigt deutlich die aufsteigende Linie der auf dem Gebiet der sozialen Rechte gewonnenen Errungenschaften, insbesondere im Bereich des verfassungsmäßigen Verfahrens zur Sicherung der Ausübung der Rechte. Dieser Schutz ist zunehmend verbessert worden, vor allem rein juristisch durch eine Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit.

Dem Weimarer Konstitutionalismus – der hinsichtlich seines sozialen Gehalts im wesentlichen dem nachfolgenden Bonner Konzept gleicht – verdankt der brasilianische Sozialstaat nach sachverständiger und dankbarer Bewertung all derjenigen, die sich gründlich mit unserer zweiten republikanischen Verfassung aus dem Jahr 1934 befaßt haben, in gesetzesterminologischer Hinsicht sein Grundkonzept.

Unter den unzähligen Publizisten, die den beträchtlichen Weimarer Einfluß auf die Arbeit der brasilianischen Verfassunggebenden Versammlungen von 1933/34 behandelt haben, genügt es, einen politischen Autor zu zitieren, der der Gegenwart nahesteht. Es ist Paulo Sarasate, der geschrieben hat: „Die Resonanz der Weimarer Verfassung in den brasilianischen Verfassungstexten von 1934 und 1946, die in jener einen glänzenden Spiegel hatten, ist nicht zu verhehlen”[3].

Aus dieser Spiegelung folgten für die Verfassung von 1934 neue Inhalte: die Unterordnung des Rechts auf Eigentúm unter das soziale bzw. kollektive Interesse, die wirtschaftliche und soziale Ordnung mit der Einrichtung einer Arbeitsgerichtsbarkeit, Mindestlohn und mit festgelegtem bezahltem Jahresurlaub der Arbeitnehmer, die Entschädigung grundlos entlassener Arbeitnehmer, Mutterschafts- und Kinderschutz, die Unterstützung kinderreicher Familien so.wie Gewährung von besonderem staatlichen Schutz für Familie, Erziehung und Kultur.

Die Reflexion des Sozialen im brasilianischen Konstitutionalismus der letzten 50 Jahre endete aber nicht an diesem Punkt. Sie erschien wieder mit ihrer ganzen

programmatischen Kraft in Form des Art. 157 Abs. 4 der Verfassung vom 18. September 1946, der die verbindliche und direkte Beteiligúng des Arbeitnehmers an den Unternehmensgewinnen nach Maßgabe einer genaueren Regelung in einem Gesetz vorschrieb.

Zuletzt setzte sich die soziale Reflexion nicht weniger kraftvoll in der jüngsten brasilianischen Verfassung vom5. Oktober 1988 fort, wie wir bei der Untersuchung einiger ihrer Kapitel oder Artikel feststellen können.

Auf dem Gebiet der Grundrechte nähert sich die jüngste brasilianische Verfassung in technischer, formaler und substantieller Hinsicht dem deutschen Grundgesetz von 1949 an und geht in einigen Punkten darüber hinaus.

Sie folgt dabei auch der Tradition von Weimar und nimmt diese in sich auf, was die vorrangige Stellung des sozialen Faktors betrifft. Um die Wirksamkeit der rechtlichen Soziabilität und der Sozialstaatlichkeit herzustellen und zu verhindern, daß, wie in den vorangegangenen Verfassungen dieses Jahrhunderts, ein beträchtlicher Teil des Inhalts der Verfassungsbestimmungen über die sozialen Rechte wegen Unanwendbarkeit und Zeitablaufs in rein programmatische Vorschriften verkehrt werden, schaffte die verfassunggebende Versammlung von 1988 ein neues Mittel des Verfassungsprozeßrechts: den sog. „gerichtlichen Anordnungsbefehl", dessen Reichweite und Bedeutung in der juristischen Realität Brasiliens erst durch die Praxis der Rechtsprechung festgelegt werden kann.

Auch mit der Besonderheit, den die ersten Teil der Verfassung den Grundrechten vorzubehalten, nähert sich die brasilianische Verfassung von 1988 dem Bonner Grundgesetz an.

Aber dies sind nicht die einzigen Bezugspunkte der brasilianischen Rechtskultur zu der konstitutionellen Tradition Deutschlands.

Nach den Verfassungskommentaren und den
Abhandlungen zum Verfassungsrecht ist die Vertrautheit Brasiliens mit dem juristischen Denken in Deutschland erheblich, wirksam und irreversibel. Dieser Einfluß hat, vielleicht seine höchste Stufe auf dem Gebiet der Rechtsphilosophie erreicht, dem hier nicht weiter nachgegangen werden kann. Zu nennen wäre der brasilianische Rechtsphilosoph Tobias Barreto, dessen hundertster Todestag gerade begangen worden ist. Im speziellen Bereich der verfassungsrechtlichen Studien wird die „germanische Formation" in starkem Maß von zwei juristen, die während der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts großes Gewicht hatten, repräsentiert und manifestiert: Pontes de Miranda, zweifellos de angesehenste Kommentator der brasilianischen Verfassungen von 1934, 1946 und 1967, und Luis Pinto Ferreira, dessen Abhandlung über das Verfassungsrecht in den fünfziger und sechziger Jahren dieses aktualisiert hat und der eine komplette junge Generation brasilianischer Juristen mit den am weitesten verbreiteten deutschen Verfassungslehren vertrautn gemacht hat.

II. Die Krise des Sozialstaats in Brasilien: eine Krise der verfassungsgebenden Gewalt

Das Schicksal der neuen Verfassung Brasiliens wird hauptsächlich von der Anpassung des neuen Textes an die gewaltigen Herausforderungen einer Gesellschaft abhängen, die auf der Suche nach stabilen und legitimierten Regierungen ist, von denen die Nation die Lösung ihrer schwierigen politischen und strukturellen Probleme erhoffen darf. In dieser Hinsicht erscheint die Sozialstaatlichkeit, ein von den deutschen Verfassungen der Weimarer und Bonner Zeit geliefertes und vor allem im Bonner Text durch bestmögliche Transparenz und Wirksamkeit perfektioniertes Konzept, als feste und höchstwichtige Größe zur Lösung des sich verschärfenden Mangels an Wirksamkeit und justiziabilität, den die brasilianischen Verfassungsinstrumentarien während der letzten 50 Jahre aufgewiesen haben. Als patriarchalische und unterentwickelte Gesellschaft in der Periode vor 1930 war es für ein Land der Eliten und Oligarchien, in dem es nahezu kein nennenswertes Bürgertum gab, ein leichtes, demokratische und repräsentative Mängel im institutionellen Bereich zu verschleiern.

Der soziale Konstitutionalismus, der das ganze Legitimitätsproblem in der brasilianischen Ordnung hinsichtlich der Ausübung und Organisation der Macht umfaßt, spiegelt heute die tiefe Krise' in Staat und Gesellschaft wider.

Nach den eingetretenen sozialen Fortschritten werden von den Verfassungen nicht mehr nur Rechte, sondern Garantien gefordert. Rechte bestehen mehr als genug. Sie sind in programmatischer Hinsicht derart fortentwickelt, daß der Verfassungstext in formaler Hinsicht alle Fragen bezüglich Erziehung, Gesundheit, Arbeit, Vorsorge, Freizeit und neuerdings sogar Lebensqualität regelt. Ein eigenes Kapitel ist sogar der Ökologie und, mit einem größeren Anspruch auf Originalität, der Umwelt gewidmet. Alle Versprechungen der Verfassung sind jedoch entweder in vagen, abstrakten und allgemeinen

Formulierungen gehalten oder die Verwirklichung der in den Verfassungsartikeln enthaltenen Vorschriften wird auf eine ergänzende Gesetzgebung durch die Parlamente, die man dann niemals durchführt, verschoben. Dies war so im Fall des berühmten Art. 157 Abs. 4 der Verfassung von 1946 hinsichtlich der Arbeitnehmerbeteiligung an Unternehmensgewinnen. Diese Vorschrift war in vier Verfassungen (1946, 1967, 1969 und 1988) enthalten und ist bis heute weder zur Anwendung gekommen noch einer näheren Regelung zugeführt worden.

Aufgrund dieser historischen Erfahrung bilden die Anwendungstauglichkeit der Verfassungsvorschriften auf dem Gebiet der sozialen Rechte und die Wirksamkeit der Garantien, welche die Verfassung in dieser Hinsicht bereitstellt, die Kardinalfragen in der Krise der brasilianischen Sozialstaatlichkeit.

Das vom Bonner Grundgesetz von 1949 in der Bundesrepublik Deutschland geschaffene Bundesverfassungsgericht wurde nicht selten als Modell eines Gerichtshofes bezeichnet, um erfolgreich den Problemen der Verfassungsauslegung zu begegnen und eventuelle Widersprüche zwischen Verfassungstext und Realität zu lösen. Das Fehlen eines ähnlichen, ausschließlich zur Behandlung verfassungsrechtlicher Streitigkeiten geschaffenen Gerichtshofes in Brasilien ist aus juristischer Sicht zu bedauern und wird als eine der beklagenswertesten Unterlassungen der neuen Verfassung angesehen.

Die Krise der Sozialstaatlichkeit in Brasilien ist keine Krise der Verfassung, sondern eine solche der Gesellschaft, des Staates und der Regierung; mit einem Wort die Krise der eigenen Institutionen in jeder nur denkbaren Hinsicht. Die politische Krise der 1823 aufgelösten und diejenige der nunmehr, 150 Jahre später, zum Abschluß gekommenen verfassunggebenden Versammlung sind ein und dieselbe, hervorgerufen durch ihre aktivste treibende Kraft und gleichzeitig den Vater von Instabilität, Ungleichgewichtigkeit und Erschütterung: das Soziale, das – aufgrund der Insuffizienz des verfassungsmäßigen Instrumentariums gegenüber der Realität – bestehende Strukturen angreift, Ungerechtigkeiten in den menschlichen Beziehungen anprangert und das gesamte Gefüge politischen Handelns umstürzt.

In diesem Zusammenhang muß man sich eine grundlegende Unterscheidung von höchster Wichtigkeit vergegenwärtigen: eine Verfassungskrise und eine Krise der verfassunggebenden Gewalt sind auseinander zu halten[4].

Die konstitutionelle Krise ist die Krise einer Verfassung oder genauer gesagt die eines bestimmten Punktes der Verfassung. Wenn die Krise nicht die gesamte Verfassung betrifft, genügt zu ihrer Beseitigung das Mittel der Reform bzw. der Revision; ein Ausweg, den die Verfassung selbst anbietet und welcher der sogenannten verfassungsändernden Gewalt zusteht. Ist aber die Krise umfassender und tiefer, geht ihre Dimcnsion über das übliche Maß hinaus, so fällt die Lösung wieder der verfassunggebenden Gewalt ersten Grades zu, d. h. es wird eine neue Verfassung gemacht, um die Grundlagen der Rechtmäßigkeit und stabiler Regierungsverhä1tnisse wiederherzustellen. Die Krise wird aber nur dann gelöst, wenn die Schwierigkeiten in wirksamer Weise beseitigt werden. Es ist diese Möglichkeit der Krisenbewältigung mit den in der Verfassung selbst vorgesehenen juristischen Mitteln oder mit außergewöhnlichen Methoden, wie der Ausarbeitung eines neuen Verfassungstextes, welche die begrifflichen Grenzen der Verfassungskrise absteckt. Ohne Zweifel handelt es sich hier um eine Art von Krise, die zuweilen Länder und Gesellschaften mit hochstehender Kultur und politischer Reife befällt oder auch solche, deren politische Probleme die Beseitigung und Ersetzung des Herrschaftssystems weder erfordern noch nahelegen. Die Krise pflegt hier wenig tiefgreifend zu sein und befällt daher weder die Machtstrukturen noch erschüttert sie die Grundlagen von Staat und Gesellschaft.

Was die Krise der Verfassunggebung betrifft, so ist sie es – im Gegensatz zur Verfassungskrise -, die Institutionen den Todesstoß versetzt, die Entwirrung des sozialen Geflechts erzwingt oder sogar die Revolution unvermeidlich macht. Sie hängt nicht selten mit der Notwendigkeit zusammen, die Regierungs- oder die Staatsform zu ändern, denn in einer solchen Situation findet sich imme-- eine Gewalt oder eine Organisation, die im Namen der Rechtmäßigkeit von Grund auf in Frage gestellt werden kann.

Die Krise der Verfassunggebung ist folglich keine Krise der Verfassung: sondern eine solche der verfassunggebenden Gewalt selbst; eine Gewalt,, die sich bei der Erarbeitung oder der Reformierung einer Verfassung als völlig únfähig

erweist, die Wurzel der politischen und sozialen Mängel, welche dem Staat, dem herrschenden System, den Institutionen und der Gesellschaft selbst in ihrer Gesamtheit zu schaffen macht, zu beseitigen.

Die Krise der Verfassunggebung ist übrigens die seit den Anfängen des brasilianischen Staates bis heute noch nicht gelöste Krise, die alle drei genannten Verfassungsepochen überdauert, die Unabhängigkeit, das Kaiserreich und die Republik begleitet und ungelöst die heutige Zeit erreicht hat. Und noch immer gibt es keine Lösung, ist das Regierungssystem in Brasilien trotz der neuen Verfassung nicht stabil, sind die Institutionen nicht legitimiert und haben die Verfassungsbestimmungen nicht das erforderliche Maß an Wirksamkeit und justiziabilität.

NOTAS

1. Die formelle Unabhängigkeit Brasiliens, erklärt von Dom Pedro 1., trat am 7. September 1822 ein. Man.spricht mit Absicht von formeller Unabhängigkeit, da sich der politische Trennungsakt tatsächlich als ein Prozeß darstellte. Als Prozeß hat der Vollzug der Unabhängigkeit nicht nur vor dem genannten Datum begonnen, sondern dieses such bis zur endgültigen juristischen Anerkennung des neuen Staates im Kreis der internationalen Staatengemeinschaft um einige Jahre überdauert.

2. Das sogenannte Zusatzgesetz von 1834 zur Verfassung des Kaiserreichs entstand politisch in einem Klima andauernder Agitation mit dem Ziel der Abdankung des Kaisers, war aber letztendlich in seinem Gehalt bemerkenswert schwach und zurückhaltend. Die radikaleren der damaligen Reformer, die als Vorhut der Bewegung zur Entthronisierung Pedros 1. angetreten waren, steckten ihre Ziele zugunsten einer föderativen Monarchie zurück. Ein in diesem Sinne gehaltener Entwurf konnte zwar in die Abgeordnetenkammer eingebracht werden und dort Billigung erreichen, wurde aber dann von konservativen Kräften im Senat mit Erfolg verhindert.

3. Paulo Sarasate, „Die Verfassung von Brasilien allgemeinverständlich", 3. Auflage, Rio de Janeiro/São Paulo, Seite 15.

4. Brasilien war im Laufe der dicht aufeinanderfolgenden Verfassungsänderungen, welche die wichtigsten Epochen seiner Geschichte markiert haben, chronisches Opfer eines politischen Sprengsatzes: die Halblegitimität, die als Ergebnis aus dem Fehlen einer Revolution ohne Anführungszeichen – eine solche hat es tatsächlich niemals gegeben, es hätte sie aber geben müssen – entstanden ist. Das Fehlen dieser Revolution trotz genügender sozialer Anlässe, wie in der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts, oder trotz politischer Anlässe, wie bei Erreichen der Unabhängigkeit des Landes, bei der Abdankung des Kaisers, bei der Einrichtung der Regentsschaft und später bei der republikanischen Umgestaltung und der Ausweisung des Monarchen, stellte das Gefüge institutioneller Rechtmäßigkeit in hohem Maß bloß, indem es zugleich die normale Ausübung der Regierungstätigkeit auf Dauer instabil und die Träger der Staatsgewalten äußerst fragwürdig gemacht hat.

XIV
O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

RENATO ZERBINI RIBEIRO LEÃO

Advogado. Bacharel e Mestre em Relações Internacionais; Professor de Direito Internacional Público do UniCEUB e da Faculdade de Relações Internacionais da Universidade de Brasília; Assessor Jurídico no Brasil do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados no marco do acordo com o Centro de Proteção Internacional de Direitos Humanos, do qual é seu Coordenador-Geral.

1 – HISTÓRICO

O sistema interamericano de direitos humanos começou a tomar contornos definidos na Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz, celebrada na Cidade do México, entre os dias 21 de fevereiro e 8 de março de 1945. É necessário compreender que, historicamente, o mundo atravessava um período de muita fragilidade, quando estava por ser definida uma sangrenta guerra global que já perdurava cinco sofridos e longos anos e cujas atrocidades e atropelos à dignidade humana extrapolavam a razão e o bom senso. Nessa conferência, as repúblicas americanas expressaram seu respaldo à idéia de estabelecer um sistema internacional para a proteção dos direitos humanos e encomendaram ao Comitê Jurídico Interamericano a redação de um anteprojeto de *Declaración de Derechos y Deberes Internacionales del Hombre*, com a idéia de preparar o caminho para futuros compromissos nessa temática.[1]

Entretanto, pode-se apontar alguns antecedentes importantes da Declaração Americana que se
encontram em algumas das resoluções adotadas pela Oitava Conferência Internacional Americana[2], como, por exemplo:

A Resolução pela "Livre Associação e Liberdade de Expressão dos Trabalhadores".

A "Declaração de Lima em favor dos Direitos da Mulher".

A Resolução XXXVI, na qual as Repúblicas Americanas declaram que "toda perseguição por motivos raciais ou religiosos (...) contraria os regimes políticos e jurídicos da América".

A "Declaração em Defesa dos Direitos Humanos", que expressou a preocupação dos governos do continente americano com a deflagração e conseqüências do iminente conflito bélico, assinalando que, no caso de guerra declarada "em qualquer outra região do mundo, se respeitem os direitos humanos não necessariamente comprometidos na contenda, os sentimentos humanitários e o patrimônio espiritual e material da civilização."

Quando se fala em
antecedentes do sistema regional americano em matéria de direitos humanos, há que ressaltar-se também o preâmbulo do Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (TIAR)[3], que traz expressamente em um de seus parágrafos que "a paz se fundamenta na justiça e na ordem moral, portanto, no reconhecimento e na proteção internacional dos direitos e liberdades da pessoa humana".

No entanto, foi com a celebração da Nona Conferência Internacional Americana, realizada em Bogotá, entre os dias 30 de março e 2 de maio de 1948, que os Estados americanos aprovaram dois importantes instrumentos jurídicos em matéria de direitos humanos:[4]

A Carta da Organização dos Estados Americanos, que proclama os direitos fundamentais do indivíduo, sem distinção de raça, nacionalidade, crença, ou sexo e estabelece como um dos principais deveres dos Estados respeitar os direitos da pessoa humana.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em 2 de maio de 1948 e que expressa, em seu preâmbulo, que "*el sentido genuino de la solidariedad americana y de la buena vencidad no puede ser outro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*."

Assim mesmo, apesar do conteúdo vigoroso e do impacto das medidas anteriormente citadas, a Carta da OEA, originalmente, não contemplava nenhum órgão encarregado da promoção e da proteção dos direitos humanos e, por esse motivo, outra resolução aprovada na Conferência de Bogotá encomendou ao Comitê Jurídico Interamericano a elaboração de um projeto de estatuto para a criação de um tribunal que se encarregaria da proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais no continente americano.

A Décima Conferência Internacional Americana,[5] desempenhou um papel muito importante na estruturação do sistema interamericano de proteção e promoção dos direitos humanos consubstanciados por suas declarações e resoluções, dentre as quais se destacariam, por sua importância na matéria ora abordada:

A "Declaração de Caracas", cuja Conferência expressou que "*la armonía entre las Repúblicas Americanas sólo puede ser efectiva en tanto el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia representativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una dellas"*.

A declaração de que "*os governos dos Estados americanos devem manter um regime de liberdade individual e de justiça social fundado no respeito dos direitos fundamentais da pessoa humana*".

A Resolução XXIX, titulada "Corte Interamericana para a Proteção dos Direitos Humanos", que destacava e reiterava a importância de seguir estudando a matéria e considerar a possibilidade de criação de um tribunal interamericano encarregado da proteção dos direitos humanos.

Por outro lado, o cenário político e social em ebulição no continente, sobretudo na região caribenha, provocou a convocação da Quinta Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores[6] , que teve como meta a consideração de dois assuntos principais: a situação de tensão internacional no Caribe; e o exercício efetivo da democracia representativa em relação aos direitos humanos.[7]

2 - OS ÓRGÃOS DO SISTEMA INTERAME-RICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos são os órgãos encarregados da proteção dos direitos fundamentais no sistema interamericano. Ambos estão facultados pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos para proteger e promover esses direitos. A Comissão também está facultada para velar pelo respeito aos direitos humanos de acordo com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

Tanto a Comissão como a Corte estão integradas por sete expertos de reconhecida experiência em matéria de direitos humanos aos quais se elege com base na titulação pessoal e não como representantes de seus governos. Ambos os órgãos contam com uma Secretaria Executiva que cumpre a função de colaborar com os membros na execução de suas tarefas. Os membros da Comissão são eleitos pelos Estados Membros na Assembléia Geral, independentemente de que tenham ou não ratificado a Convenção. Entretanto, somente os Estados Partes da Convenção podem eleger os juízes que integrarão a Corte.

2.1 - A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão é um organismo da OEA cuja função principal é promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo

da OEA. É um organismo com faculdades legais, diplomáticas e políticas, estabelecido em 1959 na Quinta Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores, em Santiago.[8]

Ela tem três funções principais: dar curso às denúncias individuais, quando se alega uma violação dos direitos humanos; preparar informes sobre a situação dos direitos humanos nos Estados membros da OEA; realizar estudos e propor medidas a serem tomadas pela OEA com o objetivo de fomentar o respeito dos direitos humanos na região.

2.1.1 - O PROCEDIMENTO DE PETIÇÕES INDIVIDUAIS

Os indivíduos podem formular, diretamente ou através de representantes, petições à Comissão que contenham denúncias fundadas em presumidas violações da Convenção. Da mesma forma, as organizações não governamentais podem remeter petições em nome de indivíduos quando é alegado que a violação da Convenção (Art. 44). Quando a Comissão recebe uma petição, pode solicitar informação ao Estado em questão, que está obrigado a cooperar com o processo. Quando for necessário este organismo pode solicitar ao Estado que adote medidas precatórias com o fim de evitar que se infrinja um dano irreparável aos indivíduos. O pedido dessas medidas pela Comissão é feito sem nenhum tipo de julgamento antecipado sobre a decisão final do caso. Como parte das medidas preventivas poder-se-á solicitar uma resposta urgente à solitação de informação.

A Comissão tem a faculdade de dirigir-se à Corte e solicitar que se adotem medidas provisórias quando o Estado envolvido tenha ratificado a Convenção e aceito a jurisdição da Corte. A Comissão pode exercer essa faculdade, inclusive em questões que ainda não tenha remitido à Corte.

Para que a Comissão admita uma petição, a solicitação deve cumprir certos requisitos formais e substanciais mínimos, tais como: a identificação da pessoa ou ONG que formula a denúncia; do Estado ao qual se imputa a responsabilidade; uma descrição dos fatos relacionados com a violação ou violações alegadas; a especificação dos direitos consagrados pela Convenção, cuja violação tenha sido alegada; e a suficiente caracterização do esgotamento dos recursos da jurisdição interna,[9] ou da existência de alguma exceção que o tenha impedido. Naquelas situações em que o Estado envolvido não garanta o devido processo legal, ou o denunciante não tenha acesso à justiça, ou se tenha impedido esgotar os recursos existentes no direito interno, ou ainda, exista atraso injustificado em emitir uma decisão final, não se aplicará o requisito de que foram esgotados os recursos internos (Art. 46).

A denúncia deve ser apresentada dentro dos seis meses seguintes à notificação da decisão final que representa o esgotamento dos recursos internos. Não obstante essa exigência, a Comissão tem a flexibilidade de aceitar ou denegar petições à margem do prazo estabelecido pela lei, considerando as circunstâncias particulares de cada caso.

O procedimento para as petições individuais possibilita que se promova uma discussão entre o peticionário(seja um indivíduo ou uma ONG) e o Estado denunciado. A Comissão desempenha, durante a fase de investigação, basicamente, um papel de mediadora entre as partes. Ela também pode atuar solicitando ao Estado respostas às reclamações do peticionário e transmitindo informação de uma parte à outra. Ao supervisar tal intercâmbio, a Comissão estabelece limites para o tempo que cabe à de resposta de cada parte.

No caso em que um Estado não mostre vontade alguma de cooperar, a Comissão pode adverti-lo de que é sua intenção aplicar o Art. 42 de seu regulamento, que permite estabelecer uma presunção de verdade acerca dos feitos pertinentes, em favor do denunciante.

A Comissão, de ofício ou a pedido de qualquer parte, pode oferecer-se como mediadora buscando uma solução amistosa do caso. Somente poder-se-á recorrer a esse procedimento no caso em que a Comissão entenda que os fatos denunciados são suficientemente precisos e a natureza do caso se mostre susceptível de uma solução amistosa. Tal faculdade de pôr-se à disposição das partes é uma atribuição discricionária, mas não arbitrária da Comissão. De qualquer maneira, todas as soluções amistosas devem estar fundadas no respeito pelos direitos humanos reconhecidos pela Convenção (Art.41.1.f).

Finalmente, se a Comissão conclui que o Estado violou qualquer dos direitos protegidos pela Convenção ou a Declaração, pode aprovar uma resolução por meio da qual se condene o Estado e formular, ao mesmo tempo, determinadas recomendações. Se o Estado não adota as recomendações, a Comissão poderá, então, adotar um informe final e publicar a resolução no Informe Anual, que é submetido à Assembléia Geral. No caso de os Estados Partes da Convenção terem aceitado a

competência contenciosa da Corte, a Comissão tem a faculdade de submeter o caso à Corte (Art.51).

2.1.2 - A Redação de Infor-mes relativos a Direitos Humanos em Países

Uma das funções que se designa à Comissão é a de praticar observações *in loco* nos Estados da região. Essas visitas podem ter dois propósitos: estudar a situação geral dos direitos humanos em um país; ou recolher informações a respeito de uma petição apresentada, sempre que assim julgar conveniente. A força de tais informações reside em sua capacidade de expor e denunciar as violações dos direitos humanos.

2.1.3 - Os Informes Especiais e a Proposição de Medidas à OEA

Por meio dos Informes Anuais, submetidos à Assembléia Geral da OEA, a Comissão se preocupa, igualmente, pela promoção dos direitos humanos e pelas medidas necessárias para um completo respeito dos direitos consagrados pela Declaração e a Convenção. Tais esforços incluem a redação de informes temáticos especiais sobre determinadas questões ou temáticas que afetam a todo o hemisfério, por exemplo, a independência do Poder Judicial, a Liberdade de Expressão etc.

Ademais, a Comissão foi encarregada de redigir a Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura; o Protocolo Adicional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou "Protocolo de San Salvador"; e a Convenção Interamericana sobre Desaparições Forçadas de Pessoas.

2.2 - A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é uma instituição judicial autônoma que forma parte do sistema interamericano de proteção. O propósito da Corte é aplicar e interpretar a Convenção. A competência da Corte está estabelecida sobre a base do seu Estatuto, aprovado, como prevê a Resolução 448, pela Assembléia Geral da OEA, em seu nono período de sessões, celebrado em La Paz, em outubro de 1979.

O Estatuto outorga à Corte funções jurisdicionais e consultivas. As primeiras referem-se à resolução de casos contenciosos (função contenciosa) e à adoção de medidas provisórias. A segunda refere-se à emissão de opiniões sobre assuntos sustentados ante a Corte por Estados Membros ou órgãos da OEA.

2.2.1 - Função Contenciosa (Art. 62 da Convenção)

A função contenciosa da Corte é exercida na resolução dos casos em que é alegada alguma violação por parte dos Estados Partes da Convenção. De acordo com essa prerrogativa, a Corte pode conhecer casos que sejam apresentados por um Estado Parte ou pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Qualquer pessoa, ou ONG legalmente reconhecida em um ou mais Estados Membros da OEA, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violações da Convenção. A Comissão estuda primeiro a condição de admissibilidade da queixa. Se a queixa é admissível, uma vez comprovados os feitos a que se refere, buscará uma solução amistosa. Não alcançando a solução por esse modo, a Comissão fará um informe do feitos e suas conclusões. O informe será enviado, então, aos Estados interessados. Finalizado esse trâmite, o caso pode ser submetido à consideração da Corte, a qual tem autoridade para dispor que seja garantido ao lesado o gozo do direito violado e o pagamento de uma indenização justa. O laudo emitido pela Corte é definitivo e inapelável. No caso de desacordo sobre o sentido do alcance do laudo, a Corte o interpretará por requerimento de qualquer das partes, sempre que tal solicitude se apresente dentro dos noventa dias a partir da data de notificação do laudo.

A competência contenciosa da Corte é obrigatória para aqueles Estados Partes que tenham feito uma declaração nesse sentido, de acordo com o Art. 62 da Convenção Americana.

2.2.2 - Solicitação de Medidas Provisórias

A Corte, de acordo com o Art. 63.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, deve tomar as medidas provisórias que considere pertinentes "em casos de extrema gravidade e

urgência, e quando for necessário evitar danos irreparáveis as pessoas". Essas medidas podem ser tomadas em assuntos que tiverem chegado ao conhecimento da Corte, ou, ainda, naqueles que ainda não chegaram ao seu conhecimento, caso em que poderá atuar a pedido da Comissão Interamericana de Direitos humanos.

Recentemente, tem tomado corpo a idéia, em um momento oportuno e atual, de que as Medidas Provisórias, apesar de especialmente protegerem o direito à vida e o direito à integridade pessoal, não encontram argumentação jurídica consolidada que as proibam de amparar outros direitos humanos. O atual Presidente da Corte Interamericana, Antônio Augusto Cançado Trindade, é o regente dessa idéia:

21. Hasta la fecha, las medidas provisionales ordenadas por la Corte Interamericana, o las medidas urgentes dictadas por su Presidente, han efectivamente protegido derechos fundamentales, esencialmente el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal(física, psíquica y moral). Pero siendo todos los derechos humanos interrelacionados e indivisibles, no parece haber, jurídica y epistemológicamente, impedimiento alguno a que vengan en el futuro a amparar otros derechos humanos, siempre y cuando se reúnan las precondiciones de la extrema gravedad y urgencia, y de la prevención de daños irreparables a las personas, consagradas en el artículo 63(2) de la Convención Americana.
(...)
27. Las medidas provisionales ordenadas por la Corte (y las urgentes dictadas por su Presidente) son, por definición, de carácter temporal; sin embargo, si persisten en el tiempo sus prerrequisitos – los elementos de "extrema gravedad y urgencia" y la necesidad de "evitar daños irreparables a las personas", consagrados en el artículo 63(2) de la Convención Americana – a la Corte no le há quedado alternativa sino mantenerlas (y alguno casos, inclusive ampliarlas), por cuanto tienen primacía los imperativos de protección del ser humano. En nada sorprende que, en nuestra región, donde las condiciones de vulnerabilidad de los derechos fundamentales de la persona humana se prolongan patológicamente en el tiempo (a pesar, en algunos casos, de los esfuerzos del poder público), las medidas provisionales de protección tengan del mismo modo que mantenerse en el tiempo, para hacer frente a las amenazas crónicas a aquellos derechos fundamentales.[10]
(Grifos nossos)

A Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 18 de agosto de 2000, sobre as Medidas Provisórias solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à respeito do Caso de Haitianos e Dominicanos de origem Haitiano, na República Dominicana, é um marco definitivo no contexto da discussão do alcance das medidas provisórias. Nela, reafirma o juiz internacional Cançado Trindade em seu *Voto Concurrente*:

II. Desarraigo y Derechos Humanos: La Naturaleza Jurídica de las Medidas Provisionales de Protección

13. Habiendo señalado, en relación con el desarraigo, los aspectos complementarios de su dimensión global y de la responsabilidad estatal, permítome pasar al tercer y último aspecto del problema, atinente a su ubicación en el contexto de las medidas provisionales de protección. Un constituye una manifestación elocuente la propia adopción de las medidas provisionales de protección en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La dimensión intertemporal se manifiesta, pues, tanto en el fenômeno del desarraigo como en la aplicación de las medidas provisionales de protección.

14. Del mismo modo, la indivisibilidad de todos los derechos humanos se manifiesta tanto en el fenómeno del desarraigo (cf. supra) como en la aplicación de las medidas provisionales de protección. Siendo así, no hay, jurídica y epistemológicamente, impedimiento alguno a que dichas medidas, que hasta ahora el presente han sido aplicadas por la Corte Interamericana en relación con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal (artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sean aplicadas también en relación com otros derechos protegidos por la Convención Americana. Siendo todos estos derechos interrelacionados, se puede perfectamente, en mi entender, dictar medidas provisionales de protección de cada uno de ellos, siempre y cuando se reúnan los dos requisitos de la "extrema gravedad y urgencia" y de la "prevención de daños irreparables a las personas", consagrados en el artículo 63(2) de la Convención.[11]

A leitura e a análise desse voto correspondem a presenciar o início da reconstrução

da definição e do escopo das Medidas Provisórias em direção à defesa dos direitos humanos, em seu sentido amplo, e a certeza de que, cada vez mais, no foro internacional os direitos humanos caminham para a indiscutível e conclamada indivisibilidade.

2.2.3 - Função Consultiva (Art. 64 da Convenção)

Os Estados Membros e os órgãos da OEA, no que lhes compete, podem consultar a Corte acerca da interpretação da Convenção, ou de outros tratados, no que tange à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. A competência consultiva também faculta à Corte emitir, a pedido de um Estado, opinião acerca da compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e a Convenção ou outros tratados sobre direitos humanos.

Inaugura-se, pois, em meados de 1978, uma nova etapa de institucionalização convencional do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, com a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. De acordo com o Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Cançado Trindade, naquele momento, a Comissão Interamericana passou a ser dotada de uma "dualidade de funções": continuou aplicando as normas que regiam sua atuação, inclusive para com aqueles Estados que não eram Partes na Convenção Americana; e passou a aplicar aos Estados Partes as disposições pertinentes da Convenção. Assim, clarifica o panorama o atual Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos:[12]

Una ilustración de interacción de instrumentos de derechos humanos de bases jurídicas distintas en la práctica subsecuente de la Comisión es dada por por el tratamiento dispensado al caso n. 9247, concerniente a los Estados Unidos (Estado no-ratificante). Allí la Comisión llegó a afirmar que como consecuencia de las obligaciones contenidas en los artículos 3(j), 16, 51(e), 112 y 150 de la Carta de la OEA, las disposiciones de otros instrumentos de la OEA sobre derechos humanos – su Estatuto y Reglamento, y la Declaración Americana de 1948- adquirieron "fuerza obligatoria". Se entendieron por "derechos humanos" tanto los derechos definidos en la Convención Americana como los consagrados en la Declaración Americana de 1948. Y la Comisión, como "órgano autónomo" de la OEA, entendió que las disposiciones sobre derechos humanos de la Declaración Americana derivaban su carácter normativo o "fuerza obligatoria" de su interacción com las disposiciones relevantes de la propria Carta de la OEA.

3. – A Evolução dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

A Declaração Americana de 1948 estabelece em seu corpo normativo, juntamente aos direitos civis e políticos clássicos, alguns direitos de conteúdo econômico, social e cultural (vide Arts. 13-16 e 22), enquanto que a Convenção Americana de 1969[13] deixa aberta, até 1988, uma vasta lacuna histórica com relação a esses direitos, já que limitava-se a dispor sobre seu "desenvolvimento progressivo" (vide Art. 26), em conformidade com as normas econômicas, sociais e culturais oriundas da Carta da OEA.[14]

Em uma retrospectiva histórica, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, segundo o previsto na Declaração Americana de 1948, considerou em seu Relatório sobre El Salvador, de 1978, a situação de determinados direitos econômicos, sociais e culturais. Em 1979, no Relatório sobre o Haiti, também ponderou sobre os direitos à educação, à saúde e ao trabalho. Ao mencionar a existência de uma "relação orgânica" entre os direitos civis e políticos, e os econômicos, sociais e culturais, em seu Relatório Anual, de 1979-1980, a Comissão Interamericana firmava sua preocupação e atenção para com os DESC e, entre 1980 e 1981, a Assembléia Geral da OEA, por intermédio da Comissão, destacou a importância do respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais. Assim mesmo, o Relatório Anual da Comissão, de 1985-1986, trazia a firme idéia de que o futuro Protocolo à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais deveria ter, nos direitos ao trabalho, à saúde e à educação, seu ponto inicial.[15]

Paralelamente, o cenário econômico, político e social da América Latina, na década dos oitenta, era caracterizado, explicitamente, pelo agravamento da crise econômica, da aceleração da pobreza e do descontrole completo da dívida externa. Tais fenômenos bem caracterizavam o período como a "década perdida" e agrediam substancialmente os direitos econômicos, sociais e

culturais de todos os latino-americanos e todas as latino-americanas.

O contexto regional acima descrito, aliado à possibilidade aberta pelo Art. 77 da Convenção Americana de Direitos Humanos (que prevê a adoção de novos protocolos adicionais à Convenção, com a finalidade de incluir progressivamente, no regime de proteção da mesma, outros direitos e liberdades) instigou não só os Estados Partes como também a própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos a apresentarem à Assembléia Geral da OEA projetos de protocolos adicionais à Convenção, com o intuito de incluir, paulatinamente, outros direitos nela não previstos. Com esse espírito de ampliação dos direitos protegidos e fundamentando-se na proposta de Costa Rica, o Secretário Geral da OEA, por solicitação de sua Assembléia Geral, preparou e submeteu um Anteprojeto de Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1983. Foram solicitados pela Assembléia Geral, nesse mesmo ano, comentários dos Estados-Membros, da Comissão e da Corte Interamericana. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, então, também preparou um Anteprojeto de Protocolo Adicional sobre a Matéria. Foi um grupo de Trabalho da Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (CAJP) do Conselho Permanente da OEA quem avançou nos trabalhos finais de preparação do Protocolo.[16]

As Assembléias Gerais da OEA XVI e XVII, realizadas em 1986 e 1987 respectivamente, tiveram as baterias voltadas para os dois projetos de Protocolo Adicional, tendo-se os Estados-Membros comprometido a enviarem seus comentários relativos ao tema, antes do fim de março de 1987, ao Conselho Permanente da OEA. As observações dos governos poderiam ser assim resumidas:[17]

Venezuela: segundo o governo desse país, o projeto final deveria prever os meios institucionais próprios para a proteção e promoção dos direitos consagrados.

Equador: o governo equatoriano enviou apenas algumas considerações sucintas sobre determinados dispositivos.

Argentina: para o governo portenho, as condições sociais e econômicas predominantes no continente americano dificultariam o estabelecimento de mecanismos internacionais de controle que garantissem, eficazmente, os direitos protegidos no futuro Protocolo.

Colômbia: a preocupação do governo colombiano era a de que os mecanismos de garantias dos direitos econômicos, sociais e culturais, não fossem os mesmos dos direitos civis
e políticos.

Uruguai: o governo uruguaio reforçou a tese da indivisibilidade dos direitos humanos e lamentou a possibilidade da exigência de aplicação plena e imediata dos DESC (em seu desenvolvimento progressivo), em razão da dependência do contexto sócioeconômico da região, considerando, pois, muito importante consagrar certos DESC "exigidos de *per se*", submetidos a mecanismos de proteção dos direitos civis e políticos consagrados na Convenção Americana, e reservar o sistema de reportes periódicos, previstos no PIDESC da ONU, àqueles direitos que não podiam, ainda, ser exigidos no plano jurisdicional.

México: o governo mexicano propôs uma Convenção independente relativa aos DESC, alegando motivos jurisdicionais, uma vez que a "exigência imediata" e a "realização progressiva" estão condicionadas pelo desenvolvimento econômico e social de cada país.

Peru: o governo peruano reforçava a tese de que o futuro Protocolo Adicional refletisse "os novos progressos acontecidos nos últimos anos em matéria de direitos humanos", em face da estreita relação entre os DESC e os DCP e que, portanto, o novo instrumento deveria retratar o mesmo valor hierárquico de cada um desses direitos. O sistema de relatórios periódicos deveria fazer-se obrigatório e seria "utópico" criar um mecanismo de controle idêntico ao já existente para os DCP. Seria "lamentável" não conseguir criar um mecanismo de aplicação mais avançado para entrar em vigor com respeito aos direitos previstos no futuro projeto.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização Panamericana da Saúde (OPAS) também formularam observações ao Protocolo Adicional vindouro. A OIT declarou-se contrária ao estabelecimento de qualquer procedimento de petição em favor de grupos ou indivíduo, em razão das "implicações práticas", que poderiam suscitar uma "natureza promocional" de certos dispositivos do projeto e a "imprecisão" das definições de direitos. Melhor seria a utilização de periódicos de reportes para as medidas de aplicação. A OPAS absteve-se de comentar qualquer coisa acerca das medidas de aplicação, contentando-se com apreciar os tópicos relativos à saúde.[18]

4 - O Protocolo Adicional á Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Maté-ria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: o Proto-colo de San Salvador

O décimo oitavo período de sessões da Assembléia Geral da OEA, realizado em San Salvador, em novembro de 1988, marcou a história dos DESC no continente americano. Nessa sessão, os Estados Membros da OEA subscreveram, no dia 17 do mês supramencionado, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (anexo 3), que, por haver sido apreciado durante uma sessão naquele país centro-americano, é também conhecido como "Protocolo de San Salvador" em uma justa homenagem à cidade anfitriã.

Os Estados-Partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos[19], reafirmam, no preâmbulo do Protocolo de San Salvador, seu propósito em consolidar no continente um regime de liberdade pessoal e de justiça social, dentro do quadro das instituições democráticas e fundado no respeito dos direitos essenciais do homem, reconhecendo que esses direitos não nascem do fato de serem nacionais de determinado Estado, mas, sim, como fundamento de atributos da pessoa humana, razão pela qual justificam uma proteção internacional.[20]

O preâmbulo do Protocolo de San Salvador constitui um elemento vital para a tese da integralidade e indivisibilidade dos direitos humanos, já que, no texto, os Estados-Partes também consideram que há, na vigência dos DESC e dos DCP, uma estreita relação, que os constitui num todo indissolúvel, sentado no reconhecimento da dignidade humana, exigindo por isso uma tutela constante e uma promoção permanente, com miras na obtenção de sua plena aplicação, não cabendo justificativas para uma suposta violação de qualquer de suas regras, como pretexto da observância de outras.

A parte preliminar do referido documento insta, ademais, a que os Estados-Partes criem condições que permitam cada cidadão ou cidadã americano/a gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, como também de seus direitos civis e políticos, com a firme convicção de que o ideal do ser humano livre só é alcançado com a isenção do temor e da miséria.

Os Estados-Partes ressaltam, ainda, que têm conhecimento acerca do mérito dos DESC em outros instrumentos internacionais, quer em nível universal, quer no plano regional, entretanto, segundo eles, essencial se faz ressaltar que a América deve ser consolidada com base no respeito integral aos direitos da pessoa, no regime democrático representativo de governo, no direito de seus povos ao desenvolvimento, na livre determinação e no direito de seus povos em dispor livremente de seus recursos naturais, sendo, portanto, tais direitos primordialmente passíveis de reafirmação, desenvolvimento, aperfeiçoamento e proteção por parte desses Estados.

O Art. 1º do Protocolo estabelece a obrigação dos Estados para com a adoção de medidas necessárias, de ordem interna e/ou mediante cooperação entre os Estados, especialmente as de natureza econômica e técnica, a fim de alcançarem progressivamente, e de acordo com as normas internas, a efetividade plena dos direitos reconhecidos no documento, até o máximo dos recursos disponíveis e tomando em conta seu grau de desenvolvimento.

O Art. 2º demonstra o comprometimento dos Estados da região em efetivar os DESC, no sentido de adotar disposições de ordem interna – medidas legislativas ou de outro caráter –, caso não esteja garantido o exercício dos direitos estabelecidos no Protocolo. Ademais, o Art. 3º afirma que o exercício de tais direitos será desenvolvido sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional, social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A não admissão de restrições aos direitos reconhecidos, ou vigentes, em um Estado em razão de sua legislação interna, ou qualquer outra convenção internacional, por motivos de reconhecimento, ou não no Protocolo, está prevista em seu Art. 4º. O alcance das restrições e limitações só será tolerado, de acordo com o Art. 5º, mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral em uma sociedade democrática, na medida em que não contradigam o propósito e a razão dos mesmos.

Os Arts. 6º e 7º inauguram os dispositivos relativos aos direitos sociais. Dispõem,

respectivamente, sobre o direito ao trabalho –no sentido de que toda pessoa tem direito a ele, incluindo a oportunidade de obter os meios necessários para levar uma vida digna e decorosa – e àquelas condições para que o trabalho se dê de maneira justa, eqüitativa e satisfatória. O Inc. II do Art. 6ºexplicita, inclusive, o comprometimento dos Estados em adotar medidas que garantam a plena efetividade desse direito, particularmente, aos descapacitados e à mulher, para o fortalecimento da família.

Os Arts. 8º e 9º observam os direitos correlatos ao direito do trabalho: os direitos sindicais e o direito à seguridade social. Direitos fundamentais à ordem democrática, como a organização de sindicatos pelos trabalhadores, direito à greve, aposentadoria, proteção contra qualquer incapacidade física ou mental, atenção médica, etc.

O Art. 10 trata do direito à saúde, entendida ali como o desfrute do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.[21] Primeiro, discorre sobre o direito das pessoas a um meio ambiente sadio e à obrigação dos Estados no promover a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente. O Art. 12, por sua vez, garante o direito à alimentação, no sentido da nutrição adequada, como possibilidade de gozo do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual.

Os cinco incisos do Art. 13 asseguram o direito à educação, orientado para o pleno desenvolvimento da pessoa humana e do sentido de sua dignidade, visando ao fortalecimento e ao respeito pelos direitos humanos, ao pluralismo ideológico, às liberdades fundamentais, à justiça e à paz.[22]

O Art. 14 estabelece o direito aos benefícios da cultura, reconhecendo aqueles que decorrem da promoção e desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais em assuntos científicos, artísticos e culturais e, na mesma linha, comprometendo-se a propiciar maior cooperação internacional nesse campo.[23]

O Art. 15, em seus treze incisos, trata do direito à constituição e proteção da família, entendendo-a como o elemento natural e fundamental da sociedade, razão por que deve ser protegida pelo Estado, o qual deverá zelar pelo incremento de sua situação moral e material. O Art. 16 vem resguardar e comprometer os Estados pactuantes sobre os direitos da criança; trazendo os Arts. 17 e 18 as obrigações acerca da proteção das pessoas idosas e dos deficientes, respectivamente.

Os Estados Partes estão comprometidos, por força do Art. 19 do Protocolo, a apresentar relatórios periódicos sobre medidas progressivas que tiverem adotado, a fim de assegurar o devido respeito dos direitos consagrados neste documento. Assim, estabelece os mecanismos para fazê-lo. O Art. 20 prevê a formulação de reservas, pelos Estados Partes, ao Protocolo, desde que as mesmas não sejam incompatíveis com o seu objeto e propósito. O Art. 21 dispõe sobre a assinatura, ratificação ou adesão, e a entrada em vigor do Protocolo.[24] Finalmente, o Art. 22 estabelece a possibilidade de incorporação de outros direitos e ampliação daqueles já reconhecidos.

O ano de 1999 também é fundamental para a história dos DESC no continente americano. Depois de quase exatamente onze anos de sua adoção em San Salvador em 17/11/1988, o Protocolo entra em vigor em 16/11/1999 depois do depósito da ratificação de Costa Rica, o décimo primeiro país do continente a fazê-lo,[25] conforme o estabelecido pelo seu Art. 21, Inc. 3º.

5 - O Fortalecimento dos DESC no Continente Ameri-cano

Com a entrada em vigor do Protocolo de San Salvador, em 16 de novembro de 1999, o continente americano ganhou um novo alento em matéria de direitos humanos. Uma motivação que não deixa dúvidas acerca do esforço redobrado que deverá ser desenvolvido no sentido da conscientização cabal acerca da visão integrada e universal desses direitos, sobretudo nesta região, onde a história democrática é recente e a abertura política, a estabilização econômica e a reforma social conformam pontos urgentes e necessários de, basicamente, todos os países que compõe a região.

Não obstante isso, há questionamentos sobre a existência de mecanismos adequados de implementação dos DESC no Sistema Interamericano de Proteção. À guisa de instigar o debate e fortalecer a discussão, é oportuno citar dois importantes pontos de reflexão:[26]

O Protocolo de San Salvador, ainda que atice a atenção sobre um conteúdo de direitos que não pode ser mais palpitante, implementa-se por mecanismos de informes periódicos, admitindo a aplicação do procedimento de petição individual, previsto na Convenção, apenas àqueles casos de

violações dos direitos de liberdade sindical e do direito à educação, segundo seu Art. 19, Inc. 6º.

Existe uma certa dificuldade em materializar uma queixa relativa aos DESC, ou mesmo formular uma petição individual sobre os mesmos ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pois o sistema ainda está muito insipiente para recebê-los, já que a Declaração Americana consagra apenas alguns desses direitos e a Convenção atém-se, em seu Art. 26, àqueles direitos que derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, cultura e ciência, de acordo com a Carta da OEA.

Não obstante as ressalvas mencionadas no parágrafo anterior, o Professor Antônio Augusto Cançado Trindade salienta que o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos pode, ao lado do Protocolo de San Salvador, contar adicionalmente com o disposto no Art. 42 da Convenção, que prevê a remessa pelos Estados Partes à Comissão Interamericana de cópias dos relatórios e estudos que anualmente são devidamente submetidos às Comissões Executivas do Conselho Interamericano Econômico e Social (CIES) e do Conselho Interamericano para a Educação, Ciência e Cultura (CIECC), a fim de que a promoção dos direitos derivados das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta da OEA, tenham a devida vigilância e o correto resguardo daquela instância interamericana de proteção.[27]

O fato é que testemunha-se no, momento, a necessidade de divulgação, afirmação, aprimoramento e desenvolvimento dos mecanismos de proteção e efetivação dos DESC no continente.

6 . Alguns Casos. Paradgmáticos Apreciados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos Relacionados aos DESC

6.1. O Caso "*Aloeboete y Otros – Reparaciones*"

O "*Caso Aloeboete*" foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte) pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão) em 27 de agosto de 1990, em nota acompanhada do informe 03/90, originando a denúncia n°10.150, de 15 de janeiro de 1988, contra Suriname.[28]

A Comissão afirmou em seu escrito que o Governo do Suriname violou os Arts. 1º (obrigação de respeitar os direitos), 2º (dever de adotar disposições de direito interno), 4º.1 (direito de toda pessoa de ter sua vida respeitada), 5º.1 (direito de toda pessoa de ter sua integridade física, psíquica e moral respeitada), 5º.2 (ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes), 7º.1 (direito à liberdade e segurança pessoais), 7º.2 (ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas), 7º.3(ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários, 25.1 (direito a um recurso simples e rápido) e 25.2 (comprometimento pelos Estados Partes de designar uma autoridade competente, prevista em seu sistema legal, para julgar e decidir sobre os direitos de toda pessoa que interpuser um recurso; de desenvolver as possibilidades de um recurso judicial; e de assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso), solicitando assim à Corte que "*decida sobre este caso conforme a las disposiciones de la Convención, que determine la responsabilidad por la violación señalada y que otorgue una justa compensación a los familiares de la víctima*".[29] A memória deste Caso foi apresentada pela Comissão à Corte em 1° de abril de 1991.

Os fatos que originaram a denúncia teriam sucedido em 31 de dezembro de 1987, em Atjoni (aldeia de Pokigron, distrito de Sipaliwini) e em Tjongalangapassi, distrito de Brokopondo do Suriname. Em Atjoni, mais de 20 tranqüilos cimarrones (marrons/bushnegroes), homens, haviam sido atacados, atingidos e golpeados, com as culatras de armas, por um grupo de militares, e alguns deles haviam sido feridos com baionetas e facas, e detidos sob a suspeita de que eram membros do grupo subversivo "*Comando de la Selva*". Houve cerca de 50 testemunhas. Segundo a denúncia, todos os implicados negaram pertencer ao "*Comando de la Selva*". O Capitão da aldeia de Gujaba informou explicitamente a um comandante, sob cujas ordens ganhava curso a ação dos soldados, que se tratava de civis de várias aldeias, mas ele não tomou em conta a informação.[30]

A denúncia afirma que os militares permitiram que alguns dos cimarrones proseguissem

sua viagem, mas sete pessoas, entre as quais um menor de 15 anos, foram arrastadas, com os olhos vendados, ao interior de um veículo militar e levadas por Tjongalangapassi em direção a Paramaribo. À altura do kilômetro 30, deteve-se o veículo e os militares ordenaram que as vítimas o desocupassem, fazendo-o com brutalidade. Os cimarrones foram surrados e lhes foi dada uma ordem de que começassem a cavar. Um dos cimarrones (Aside o Ameikanbuka) foi ferido ao tentar escapar, entretanto, não o perseguiram. Os outros seis foram assassinados. Relata a denúncia que, no sábado 2 de janeiro de 1988, homens de Gujaba e de Grantatai saíram com destino a Paramaribo para demandar informação das autoridades sobre as sete vítimas. Visitaram as autoridades da zona onde supostamente foram avistados os cimarrones sem, no entanto, obter nenhum tipo informação sobre as vítimas. Na segunda-feira, 4 de janeiro, regressaram a Tjongalangapassi e, no Kilômetro 30 encontraram a Aside gravemente ferido, em estado crítico, assim como os cadáveres das outras vítimas. Aside, que tinha uma bala no músculo direito, indicou que ele era o único sobrevivente do massacre, cujas vítimas já haviam sido parcialmente devoradas pelos abutres. O grupo regressou a Paramaribo com a informação. Depois de 24 horas de negociação com as autoridades o representante da Cruz Vermelha Internacional obteve permissão para evacuar o Sr. Aside. Este foi admitido no Hospital Acadêmico de Paramaribo, em 6 de janeiro de 1988, onde, apesar de todos os cuidados recebidos, faleceu. A Polícia Militar impediu que os parentes o visitassem no hospital. Até 6 de janeiro os familiares das outras vítimas não haviam recebido autorização para enterrar seus corpos. O denunciante original disse haver falado duas vezes com Aside sobre os acontecimentos e que a história por ele relatada coincide com a obtida das testemunhas dos fatos e participantes na busca.[31]

Como houve reconhecimento por parte do Estado do Suriname dos fatos imputados em seu contra, a Corte passou direto à etapa de reparações. É aí que este Caso assume a relevância capital para o desenvolvimento dos DESC, no Sistema Interamericano de Proteção, por que a Corte leva em consideração o direito cultural dos cimarrones (a que pertencem os saramacas) para efeitos da reparação. Os cimarrones possuem uma estrutura familiar completamente diferente da dos povos dos demais países da América Latina: entre eles a poligamia é uma prática corrente.[32] A Comissão ofereceu diversas provas acerca da estrutura social dos saramacas, segundo a qual a tribo apresenta uma configuração familiar fortemente matriarcal (matrilinear), com casos freqüentes de poligamia. O principal conjunto de parentes seria o *bêè*, formado por todas as pessoas que descendem de uma mesma mulher. Por tradição, o grupo assume a responsabilidade pelos atos de qualquer de seus membros e, em teoria, cada um dos membros assume-se como responsável ante o grupo, no seu conjunto. Isso significaria que a indenização que se deva pagar a uma pessoa, dá-se ao "*bêè*", cujo representante a distribui entre seus membros.

Em 10 de setembro de 1993, a Corte condenou o Estado do Suriname a pagar, a título de reparação pela morte dos sete cimarrones, a quantia de US$ 453.102 (quatrocentos e cinqüenta e três mil, cento e dois dólares)[33] a seus herdeiros, segundo seus costumes culturais, dispondo, para tanto, o estabelecimento de dois fideicomissos e a criação de uma Fundação, cujo propósito é o de brindar aos beneficiários a possibilidade de obter os melhores resultados da aplicação do montante recebido, em reparação.[34]

6.2 - O CASO *"VILLAGRAN MORALES Y OTROS CONTRA GUATEMALA – (Caso de los Niños de la Calle)"*

O "*Caso de los Ninõs de Calle*", uma demanda contra o Estado da Guatemala, foi submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão) à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte) em 30 de janeiro de 1997, segundo a denúncia 11.383, recebida na Secretaria da Comissão em 15 de setembro de 1994.[35]

Trata-se de um caso
emblemático, pois é o primeiro caso de meninos de rua que chega a um tribunal internacional.

Foi invocado pela Comissão que o Estado de Guatemala havia violado os artigos 1º (obrigação de respeitar os direitos), 4º (direito à vida), 5º (direito à integridade pessoal), 7º (direito à liberdade pessoal), 8º (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana. A demanda assinala que as violações se produziram por "*el secuestro, la tortura y el asesinato de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes; el asesinato de Anstraum [Aman] Villagrán Morales; y la omisión de los mecanismos del Estado de tratar dichas violaciones como correspondía, y de brindar acceso a la justicia a las familias de las víctimas.*"[36]

Ademais, como duas das vítimas, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes, eram menores de idade quando foram seqüestrados, torturados e mortos, e Anstraum Aman Villagrán Morales era menor de idade quando faleceu, a Comissão alegou que Guatemala também havia violado o artigo 19 (direitos da criança) da Convenção Americana e invocou a violação aos Arts.1º, 6º e 8º da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura (Convenção contra a Tortura). Além disso, a Comissão solicitou:[37]

Que a Corte ordenasse ao Estado tomar as medidas necessárias para completar uma rápida, imparcial e efetiva investigação dos fatos "*a fin de que [pudieran] detallarse en una reseña oficialmente sancionada*" as responsabilidades individuais pelas violações alegadas e que "*haga objeto a [las] personas responsables de adecuadas sanciones*".

Que a Corte ordenasse ao Estado "*reivindicar los nombres de las víctimas así como el pago de una justa indemnización a quienes se vieron perjudicados en virtud de las violaciones de derechos precedentemente mencionaed[o]s*".

A Corte julgou-se competente para conhecer o caso em questão, já que a Guatemala, Estado Parte na Convenção Americana, desde 25 de maio de 1978, reconheceu a competência contenciosa da Corte em 9 de março de 1987 e ratificou a Convenção contra a Tortura em 29 de janeiro de 1987.

Assim sendo, depois de analisar minuciosamente todos os fatos e provas a Corte[38] decidiu por unanimidade:[39]

Declarar que o Estado de Guatemala violou o artigo 7º (direito à liberdade pessoal) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com o artigo 1º.1 da mesma (obrigação de respeitar os direitos), em prejuízo de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval e Jovito Josué Juárez Cifuentes.

Declarar que o Estado da Guatemala violou o artigo 4º (direito à vida) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com o artigo 1º.1 da mesma, em prejuízo de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes e Anstraum Aman Villagrán Morales.

Declarar que o Estado de Guatemala violou o artigo 5º.1 (direito à integridade física, psíquica e moral) e 5º.2 (direito de não ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com o artigo 1º.1 da mesma, em prejuízo de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval e Jovito Josué Juárez Cifuentes.

Declarar que o Estado de Guatemala violou o artigo 5º.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com o artigo 1º.1 da mesma, em prejuízo das ascendentes de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal sandoval e Jovito Josué Juárez Cifuentes, as senhoras Ana María Contreras, Matilde Reyna Morales García, Rosa Carlota Sandoval, Margarita Sandoval Urbina, Marta Isabel Túnchez Palencia e Noemí Cifuentes.

Declarar que o Estado de Guatemala violou o artigo 19 (direitos da criança) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com o artigo 1º.1 da mesma, em prejuízo de Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes e Anstraum Aman Villagrán Morales.

Declarar que o Estado de Guatemala violou os artigos 8º.1 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com o artigo 1º.1 da mesma, em prejuízo de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval e Jovito Josué Juárez Cifuentes, Anstraum Aman Villagrán Morales e de seus familiares imediatos.

Declarar que o Estado de Guatemala violou os artigos 1º (prevenção da tortura), 6º (o dever dos Estados em tomar medidas de prevençaõ e punição no âmbito de sua jurisdição) e 8º (a imparcialidade do exame dos casos de tortura denunciados) da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura, em prejuízo de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval e Jovito Josué Juárez Cifuentes.

Declarar que o Estado de Guatemala violou o artigo 1º.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, relativamente ao dever de investigar, a saber, que o Estado deve realizar uma investigação real e efetiva para determinar as pessoas responsáveis das violações dos direitos humanos a que se faz referência na sentença e, eventualmente, sancioná-las.

E abrir a etapa de reparações e custas, comissionando o Presidente para que adotasse as medidas procedimentais correspondentes.

O voto concorrente conjunto dos Juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e Alirio Abreu Burelli, entretanto, é que revestiu o caso em questão de importância histórica para o desenvolvimento dos DESC no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, ao explicitar que o direito à vida não se trata somente da privação da vida, mas também é a obrigação positiva de tomar as medidas necessárias para assegurar que não seja violado esse direito básico. Neste sentido, ditaram os eminentes magistrados internacionais:[40]

"(...)

2. El derecho a la vida implica no solo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico. Dicha interpretación del derecho a la vida, de modo que abarque medidas positivas de protección por parte del estado, encuentra respaldo hoy día tanto en la jurisprudencia internacional como en la doctrina. Ya no puede haber duda de que el derecho fundamental a la vida pertenece al del *yus cogens.*

El derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado, referido sólo a la prohibición de la privación arbitraria de la vida física. Creemos que hay diversos modos de privar una persona arbitrariamente de la vida: cuando es provocada su muerte directamente por el hecho ilícito del homicidio, así como cuando no se evitan las circunstancias que igualmente *conducen* a la muerte de personas como en el *cas d´espèce*. En el presente caso *Villagrán Morales versus Guatemala* (Fondo), atinente a la muerte de niños por agentes piliciales del Estado, hay la circunstancia agravante de que la vida de los niños ya carecía de cualquier sentido; es decir, los niños victimados ya se encontraban privados de crear y desarrollar un proyecto de vida y aun de procurar un sentido para su propia existencia.

El deber del estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños de la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el dercho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.

La Corte Interamericana há señalado, tanto en la presente Sentencia (párr. 193), como en su 16a. Opinión Consultiva, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del debido Proceso Legal* (1999), que la interpretación de un instrumento internacional de protección debe "acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales", y que dicha interpretación evolutiva, consecuente com las reglas generales de interpretación evolutiva, consecuente com las reglas generales de interpretación de los tratados, há contribuido decisivamente a los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Nuestra concepción del dercho a la vida bajo la Convención Americana (artículo 4, en conexión com el artículo 1.1) es manifestación de esta interpretación evolutiva de la normativa internacional de protección de los derechos del ser humano. En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados Partes en la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstración de esta realidad, sobre todo cuando se trata de los niños en situación de reisgp en las calles de nuestros países de América Latina.

Las necesidades de protección de los más débiles, – como los niños en la calle,- requieren en definitiva una interpretación del dercho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna. De ahí la vinculación inexorable que constatamos, en las circunstancias del presente caso, entre los artículos 4 (derecho a la vida) y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana...

Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana. En nuestro Voto Razonado Conjunto en el caso *Loayza Tomayo versus Perú* (Reparaciones, 1998) sostuvimos que el daño al proyecto de vida debe ser integrado al universo conceptual de las reparaciones bajo el artículo 63.1 de la Convención Americana. Ahí expresamos que

El proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su próprio destino. (...) El proyecto de vida envuelve plenamente el ideal de la Declaración Americana [de los Derechos y Deberes del Hombre] de 1948 de exaltar el espíritu como finalidad suprema y categoría máxima de la existencia humana.

Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano. Estos agravios hacen víctimas no sólo a quienes los sufren directamente, en su espíritu y en su cuerpo; se proyecton dolorosamente en sus seres queridos, en particular en sus madres, que comúmente también padecen el estado de abandono. Al sufrimiento de la pérdida violenta de sus hijos se añade la indiferencia com que son tratados los restos mortales de éstos.

En circunstancias como las del presente caso, como lo há reconocido esta Corte..., es imposible no incluir, en la noción ampliada de víctima, a las madres de los niños asesinados. La visión que sostenemos corresponde a creencias profundamente arraigadas en las culturas de los pueblos de América Latina, en el sentido de que la muerte definitiva de un ser humano en el orden espiritual sólo se consuma com el olvido. Los niños asesinados en una calle y en un bosque (irónicamente el bosque de San Nicolás, de tanto simbolismo para muchos niños), no tuvieron la oportunidad de conciliarse com la idea de su entrega a la eternidad; el respeto a los restos mortales de los niños contribuye a proporcionar a las madres, al menos, la oportunidad de mantener viva, dentro de sí, la memoria de sus hijos prematuramente desaparecidos.

Frente al imperativo de la protección de la vida humana, y a las inquietudes y reflexiones suscitadas por la muerte, es muy difícil separar dogmáticamente las consideraciones de orden jurídico de las de orden moral: estamos ante un orden de valores superiores, – *substratum* de las normas jurídicas, – que nos ayudan a buscar el sentido de la existencia y del destino de cada ser humano. El Derecho Internacional de los Drechos Humanos, en su evolución, en el umbral del año 2000, no debe en definitiva permanecer insensible o indiferente a estas interrogantes." (Grifos nossos)

Uma história trágica e real, tão comum a muitos países latino-americanos, gerou um voto histórico e ilustrador da Corte Interamericana de Direitos Humanos em prol da noção da indivisibilidade e complementariedade dos Direitos Humanos.

6.3 - O Caso "*Baena Ricardo y Otros Contra Panamá*"[41]

O caso "*Baena Ricardo y otros contra Panamá*" foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte) pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão) em 16 de janeiro de 1998, segundo denuncia nº11.325, recebida na Secretaria da Comissão em 22 de fevereiro de 1994.[42]

É um caso instigante e fascinante aos estudiosos da universalidade dos direitos humanos, porque explicita, lado a lado, a necessidade da análise conjunta e simultânea entre os direitos civis e políticos (por um lado), e os direitos econômicos, sociais e culturais (por outro), sob pena de privar-se, com uma interpretação unilateral e superficializada, desta importante conquista histórico-jurídica continental.

A Corte, em sua sentença sobre as exceções preliminares de 18 de novembro de 1999, resume os feitos, que retratam o acontecido na República do Panamá, a partir de outubro de 1990, e que foram alegados na demanda apresentada pela Comissão, da seguinte maneira:[43]

No dia 16 de outubro de 1990, a Coordenação de Sindicatos de Empresas Estatais apresentou ao Governo do Panamá, que estava sob a presidência do senhor Guilherme Endara, um conjunto de petições de caráter trabalhista, relativo a certas mudanças propostas em seu programa político de governo que, segundo a direção sindical, afetavam a classe trabalhadora.

Em 16 de novembro de 1990, o Estado rechaçou todas as solicitações que faziam referência ao aparte anterior, razão pela qual a Coordenação de Sindicatos de Empresas Estatais convocou uma marcha no dia 4 de dezembro de 1990 e uma paralisação trabalhista de 24 horas, que se efetuaria no dia seguinte. Essas ações foram tomadas como um "movimento reivindicatório", produto do rechaço das solicitações realizadas ao Presidente da República;

No dia 4 de dezembro de 1990, realizou-se a marcha programada. Paralelamente, o ex-chefe da Polícia Nacional, Coronel Eduardo Herrera Hassán, e outros militares detidos, escaparam da cárcere da "*isla prisión de Flamenco*" e tomaram o quartel principal da Polícia Nacional, durante a noite desse dia e parte do dia seguinte. O Estado vinculou este feito com a marcha organizada pelos dirigentes sindicais, não obstante eles terem decidido por

suspender a paralização em 5 de dezembro de 1990, às 7:30 da manhã. Mesmo assim, o Estado considerou que a ação sindical foi "uma participação cúmplice" com o fim de derrocar o "Governo constitucionalmente instalado" e propôs o dispensa massiva de todos os trabalhadores que haviam participado na marcha, para o que remeteu um projeto de lei à Assembléia Legislativa.

Em 10 de dezembro de 1990, sem esperar a aprovação por parte da Assembléia Legislativa e, na precipitação por dar vigor à tal lei, o Estado iniciou uma "sistemática política de despedir em massa trabalhadores de empresas públicas, que concluiu com a destituição dos 270 peticionários no presente caso", os quais trabalhavam nas seguintes instituições públicas: Autoridade Portuária Nacional, Empresa Estatal de Cimento Bayano, Instituto Nacional de Telecomunicações, Instituto Nacional de Recursos Naturais Renováveis, Instituto de Recursos Hidráulicos e Eletrificação, Instituto de Aquedutos e Esgotos, Ministério de Obras Públicas e Ministério de Educação.

Em 14 de dezembro de 1990, a Assembléia Legislativa aprovou o projeto de lei enviado pelo Poder Executivo e o chamou Lei 25, segunda a qual "adotam-se medidas tendentes a proteger a democracia e a ordem jurídica constitucional nas entidades governamentais" com caráter retroativo a dezembro de 1990 (Art.5º da Lei 25). Em razão disso, o procedimento de caráter trabalhista em um Juízo de Trabalho, que deveria guiar-se segundo a normativa vigente no momento em que ocorreram os feitos (inclusive no momento em que se produziram a maioria das dispensas), foi substituído por "uma reclamação contencioso-administrativa extraordinária totalmente alheia ao âmbito laboral". As reclamações foram desestimuladas em sua totalidade pela "*Sala Contencioso–Administrativa de la Corte Suprema*" ;

Os 270 trabalhadores destituídos apresentaram, então, suas reclamações ajustadas às leis vigentes; entretanto, suas reclamações foram tramitadas conforme o procedimento criado na Lei 25, sob o argumento de que as leis invocadas haviam sido deixadas sem efeito, ou modificadas parcialmente.

Trata o Caso, segundo a demanda, de uma suposta violação, por parte do Estado panamenho, dos Arts. 8º (garantias judiciais), 9º (princípio de legalidade e de retroatividade), 10 (direito à indenização), 15 (direito à reunião), 16 (liberdade de associação), 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os Arts. 1º e 2º da mesma, como resultado do ocorrido a partir de 6 de dezembro de 1990 na República do Panamá, onde 270 empregados públicos, que haviam participado em uma manifestação por reclamações trabalhistas, foram demitidos de forma arbitrária. Da mesma forma e na raiz do processo anteriormente descrito, foram violados seus direitos ao devido processo e a proteção judicial.

A Comissão recebeu a denúncia encaminhada pelo Comitê Panamenho de Direitos Humanos, favoravelmente a 270 empregados públicos daquele país destituídos em conseqüência da Lei 25, em 22 de fevereiro de 1994. No dia 6 de julho de 1994 a Comissão comunicou a denúncia ao Estado e solicitou-lhe que apresentasse a informação correspondente em um prazo de 90 dias. Além disso, também em 24 de julho e 19 de outubro de 1994, enviou ao Estado informação adicional apresentada pelo reclamante e, no último envio, notificou-lhe que adotara as medidas pertinentes para que, num prazo de 60 dias, apresentasse todos os seus informes. Em 9 de setembro de 1994, Panamá apresentou sua resposta, que foi remitida ao reclamante em 25 de outubro desse mesmo ano e, em 24 de janeiro de 1995, o reclamante apresentou suas observações por escrito, as quais foram enviadas ao Estado em 31 de janeiro daquele mesmo mês.

Em 14 de fevereiro de 1995 o Estado apresentou suas observações à informação adicional que a Comissão lhe havia remetido em 19 de outubro de 1994. Por sua vez, a Comissão transmitiu ao reclamante as observações recebidas, em 1 de março de 1995. Em 7 de abril de 1995 a Comissão pôs-se à disposição das partes, buscando uma solução amistosa e, embora as partes houvessem manifestado a Comissão o interesse em chegar a uma solução amistosa, depois de quase três anos, durante os quais foram celebradas três reuniões com a finalidade de chegar-se a um acordo, considerou a Comissão que a via conciliatória havia-se esgotada e continuou a tramitação contenciosa do caso.

Com a aprovação do Informe Nº 37/97,[44] dada durante seu XCVII Período de Sessões, no dia 16 de outubro de 1997, a Comissão concluiu que:[45]
" (...)

148. Que los actos de los Poderes Públicos del Estado mediante los cuales la Asamblea Legislativa aprobó la Ley 25 de 14 de diciembre de 1990; el Poder Judicial la declaró constitucional en casi su totalidad y el Poder Ejecutivo le dio aplicación, en base a lo cual se violaron los derechos humanos de los peticionarios y se rechazaron todos

sus reclamos, son incompatibles con las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

149. Que respecto de las 270 personas en cuyo nombre se promueve el presente caso, El Estado de Panamá ha dejado de cumplir com sus obligaciones en relación com las siguientes normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: artículo 8, derecho a las garantías judiciales; artículo 9, principio de legalidad y de irretroactividad; artículo 10, derecho a indemnización; artículo 15, derecho a reunión; artículo 16, derecho a la libertad de asociación; artículo 24, derecho a la igualdad ante la ley; artículo 25, derecho a la protección judicial.

150. Que respeto de las mismas personas, el Estado de Panamá há dejado de cumplir com su obligación de reconocer y garantizar los derechos contenidos en los artículos 8 y 25, en conexión com los artículos 1.1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Panamá es Estado Parte.

151. Que el Estado no ha dado cumplimiento a las normas contenidas en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en virtud de que no há adaptado su legislación a las disposiciones de dicha Convención."

A Comissão, no mesmo Informe Nº 37/97, teceu uma série de comentários e recomendações, dentre as quais destacam-se:[46]

"(...)

Recomendar al Estado panameño que disponga la reincorporación de los trabajadores despedidos por la Ley 25 de 14 de diciembre de 1990 identificados en el párrafo V^{o} del presente informe, a sus puestos respectivos o a otros en las mismas condiciones en las que prestaban servicios al momento de ser destituidos; que les reconozca los salarios caídos y los demás beneficios laborales a los que tienen derecho; y que se les pague una indemnización por los daños causados por el despido injustificado del que fueron objeto.

Recomendar al Estado adoptar com arreglo a sus procedimientos constitucionales y legislativos vigentes, las medidas que fueran necesarias para hacer efectivos a plenitud los derechos y garantías contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Recomendar al Estado modificar, derogar o en definitiva dejar sin efecto la referida ley 25.

Recomendar al Estado que la expresión "penar sin prévio juicio" del artículo 33 de la Constitución Política de Panamá sea debidamente interpretada, para dar cumplimiento al compromiso asumido por la República de Panamá de adecuar las normas de su legislación interna a las de la Convención.

Recomendar que la norma contenida en el artículo 43 de la Constitución Política de Panamá, la cual permite la retroactividad de las leyes por razones de "orden público" o "interés social", sea enmendada y/o interpretada, en conformidad com el artículo 9 de la Convención Americana, en el sentido de que "nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable".

La Comisión decide transmitir el presente informe al estado, el que no estará autorizado para publicarlo, otorgándole el plazo de 2 meses para adoptar las recomendaciones precedentes. El término comenzará a contarse a partir del día en que el informe sea transmitido."

No entanto, em 10 de dezembro de 1997, o Estado panamenho rechaçou o informe da Comissão, sob a alegação de "*obstáculos, motivaciones y fundamentos jurídicos...[de derecho interno que le impedían] ejecutar las recomendaciones emitidas por la Honorable Comisión Interamericana de Derechos Humanos*".[47] Foi aí, então, que, em 14 de janeiro de 1998, mediante ata de conferência telefônica, a Comissão[48] decidiu apresentar o caso ante a Corte.

O Estado panamenho solicitou duas prorrogações no prazo para a apresentação das exceções preliminares, até que, em 17 de abril de 1998, o Estado as interpôs sob as seguintes argumentações:[49]

Inadmissibilidade da demanda por descumprimento do estabelecido no Art.51 da Convenção, segundo o qual a Comissão, para enviar um caso contencioso à Corte, deve adotar uma resolução a respeito.

Inadmissibilidade da demanda porque a matéria objeto da mesma é a reprodução de uma petição já examinada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Inadimissibilidade da demanda por violação da regra da confidencialidade por parte da Comissão,

ao remitir cópia do Informe Nº 37/97 aos peticionários;
Caducidade da demanda interposta ante a Corte;

Em 20 de maio de 1998, a Comissão apresentou suas observações, entre as quais solicitou que a Corte considerasse "*infundadas y extemporáneas las excepciones preliminares interpuestas*" e que ordenasse "*la continuación del procedimiento sobre el fondo del caso*".[50] Em 29 de junho de 1998, o Estado apresentou a contestação à demanda. Em 14 de dezembro de 1998, o Presidente da Corte convocou o Estado e a Comissão para uma audiência pública, celebrada em 27 de janeiro de 1999, para conhecer suas impressões acerca das exceções preliminares interpostas pelo primeiro.[51]

Finalmente, em sentença firmada em San José, Costa Rica, em 18 de novembro de 1999, os juizes da Corte decidiram por unanimidade desestimar as exceções preliminares interpostas pelo Estado e continuar com o conhecimento do caso em questão.[52]

Neste sentindo, e continuando com sua avaliação, a Corte convocou as principais testemunhas do Estado e dos trabalhadores panamenhos para que, durante os dias 26, 27 e 28 de janeiro de 2000, em sua XLVII Sessão Ordinária, prestassem os devidos esclarecimentos para, finalmente, proferir uma sentença justa, de acordo com a normativa interamericana de proteção dos direitos humanos e à luz dos fatos apurados.

No dia 2 de fevereiro de 2001 a Corte Interamericana aprovou por unanimidade a sentença final relativa ao Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá, através da qual declara que o Estado panamenho:[53]

Violou os princípios de legalidade e de irretroatividade consagrados no artigo 9; violou os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1, 8.2 e 25; violou o direito à liberdade de associação consagrado no artigo 16; todos artigos violados da Convenção Americana sobre Direitos Humanos;

Não violou o direito de reunião previsto no artigo 15 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos;

Não cumpriu as obrigações gerais dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em conexão com as violações dos direitos substantivos assinalados anteriormente.

A Corte Interamericana decidiu que o Panamá deveria pagar aos 270 trabalhadores os valores respectivos aos salários e demais direitos trabalhistas estabelecidos pela sua legislação interna. Ademais deverá reintegrar, em um prazo máximo de doze meses a partir da data da sentença, os 270 trabalhadores em seus cargos ou em outros que possuam as mesmas condições, salários e remunerações das que tinham à época do despido. Por eqüidade, decidiu também que o Estado deveria pagar a cada um dos 270 trabalhadores a soma de US$ 3.000,00 por conceito de dano moral; US$ 100.000,00 como reintegro de gastos gerados pelas gestões realizadas pelas vítimas e seus representantes e US$ 20.000,00 por custas no processo interno e internacional .

BIBLIOGRAFIA

BUERGENTHAL, Thomas, NORRIS, Robert, SHELTON, Dinah. Protecting Human Rights in the Americas – selected problems. 3 ed. rev. Strasbourg, International Institute of Human Rights, 1990.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988.

CASSESE, Antonio. Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo. Barcelona, Ariel, 1993.

CASTRO, Marcus Faro & TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (orgs.). A Sociedade Democrática no Final do Século. Brasília, Paralelo 15, 1997.

CHOMSKY, Noam. Year 501 – The Conquest Continues. Boston, South End, 1993.

ESPIELL, Héctor Gros. Los Derechos Econòmicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano. San José de Costa Rica, Asociación Libro Libre, 1986.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, Presente y Futuro de los Derechos Humanos: ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez. *Compilado por Lorena González Volio, Presentado por Juan E. Méndez.* San José de Costa Rica, IIDH, 1998.

KLIKSBERG, Bernardo. La Situación Social de America Latina. Washington, Instituto Interamericano

para o Desenvolvimento Social (INDES), Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), 1998.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador. Porto Alegre: Fabris Editor, 2001.

LITRENTO, Oliveiros. A Ordem Internacional Contemporânea – Um estudo da soberania em mudança. Porto Alegre: Fabris Editor, 1991.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Direitos Humanos – sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000.

MÉNDEZ, J. & COX, F. Editores, El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Juan E. Méndez y Francisco Cox Editores. 1 edição. San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Direitos Humanos, IIDH, 1998.

NIKKEN, P. & TRINDADE, A.C.C.T.. The Modern World of Human Rights – Essays in Honour of Thomas Buergenthal. San José de Costa Rica, IIDH, 1996.

ORDÓÑEZ, J. & VÁSQUEZ, E.. Derechos Económicos y Desarrollo en América Latina. San José de Costa Rica, IIDH, 1991.

PANORAMA SOCIAL DE AMÉRICA LATINA. Santiago de Chile: CEPAL/NACIONES UNIDAS, 1982 – Anual. ISSN 1020-5152.

QUINTANA, Fernando. La ONU y la Exégesis de los Derechos Humanos (una discusión teórica de la noción). Porto Alegre, Fabris Editor/UNIGRANRIO, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas*, in Derecho Internacional y Derechos Humanos, Libro Conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, San José-La Haye, 1996.

----------. (ed.). A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro. Brasília/San José: IIDH/CICV/ACNUR/CUE/ASDI, 1996.

----------. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamento Jurídicos e Instrumentos Básicos. São Paulo, Saraiva, 1991.

----------. Direitos Humanos e Meio-ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre, Fabris, 1993.

----------. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume I, Porto Alegre, Fabris, 1997.

----------. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume II, Porto Alegre, Fabris, 1999.

----------. The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century. New York, EUA: Columbia HRLR, Volume 30, Number 1, Fall 1998.

REFERENCIAS

1. LEDESMA, Faúndez Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996. p. 36.

2. Realizada em Lima, em 1938.

3. Assinado no Rio de Janeiro, em 1947.

4. ESPIELL, Héctor Gros. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano. San José, Asociación Libro Libre, 1986. pp. 105-108.

5. Realizada em Caracas, Venezuela, em 1954.

6. Realizada em Santiago, entre os dias 12 e 18 de agosto de 1959.

7. LEDESMA. *Op. cit.*, p. 38.

8. De acordo com a *Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores*.

9. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional. (Prêmio Yorke, da Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge, 1979) Brasília, Edunb, 1984.

10. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Prólogo del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *In* Medidas Provisionales n. 2. San José de Costa Rica, OEA/CIDH, Secretaría de la Corte, 2000.

11. *Voto Concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade. In* Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, referente ao Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 18 de agosto de 2000.

12. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995):Evolución, Estado Actual y Perspectivas*. *In* Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional, Ano XLIX. Brasília, Janeiro/Junho, 1996, p. 70.

13. Chile e Uruguai haviam proposto a inserção dos DESC no projeto de Convenção, entretanto, foram adotados os modelos mundiais e o europeu, com a diferença, ensina a douto internacionalista Cançado Trindade, de que "a Convenção se contenta em fazer remissão, no seu artigo 26, às normas econômicas, sociais e culturais que aparecem nos artigos 29-50 da Carta emanada da OEA.". *Op. cit.*, p. 126.

14. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995):Evolución, Estado Actual y Perspectivas*. *Loc. cit*., pp. 70-73.

15. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturtais no Plano Internacional*. *In* VOLIO, Lorena González (comp.). Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez. San José de Costa Rica, IIDH, 1998. p. 187.

16. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. *Loc. cit*., p. 365

17. O exame detalhado dos comentários dos governos a respeito dos dois projetos de Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de DESC poderá ser encontrado em TRINDADE, A A. Cançado. *La Question de la Protection Internationale des Droits Économiques, Sociaux et Culturels: Évolution et Tendances Actuelles*. *In* Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Ano XLIV, n. 75/76. Brasília, Julho/Dezembro, 1991.

18. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Op. cit.*, p. 31.

19. Também conhecida como "Pacto de San José".
20. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"*. *In* Serie Documentos Básicos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos.
21. *Protocolo de San Salvador.* Art. 10. Inc. 1º.

22. *Id., ibid.* Art. 13. Inc. 2º.

23. *Id., ibid.* Art. 14. Inc. 4º.

24. O Inc. 3º do Art. 21 do Protocolo de San salvador estabelece que "O Protocolo entrará em vigor tão logo onze Estados tiverem depositado seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão", portanto, com o depósito da ratificação de Costa Rica em 16/11/1999, completaram-se os onze Estados minimamente exigidos e o Protocolo entrou em vigor.

25. Ver quadro geral de adesões e ratificações (anexo 4).

26. COSARIN, Víctor Abramovich. *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. In* VOLIO, Lorena González (comp.). Presente y Futuro de los Derechos Humanos: Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez**.** San José de Costa Rica, IIDH, 1998. pp. 149-150.

27. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Justicionalidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Internacional. In* VOLIO, Lorena González (comp.). *Op. cit.*, p. 190.

28. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Resoluciones y Sentencias, n. 15, Serie C. – Caso Aloeboete y Otros, Reparaciones.* San José de Costa Rica. Secretaría de la Corte, 1994, p. 4.

29. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Op. cit.*, p. 4.

30. *Id., ibid,* p. 4.

31. *Id., ibid,* pp. 4-5.

32. A Corte pôde verificar e confirmar as práticas culturais dos Cimarrones, não só pelos documentos apresentados pela Comissão, como também mediante relatório preparado por sua enviada especial ao Suriname, a Sra. Ana Maria Reyna, então, Secretária-Adjunta da Corte.

33. Para a determinação do valor da reparação por danos materiais que perceberam os sucessores das vítimas, seguiu-se o critério de relacioná-lo com os ingressos que elas haveriam recebido ao longo de sua vida laboral, caso não houvesse ocorrido o assassinato.

34. *Id., ibid,* pp. 48-49.

35. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle") – Sentencia de 19 de noviembre de 1999,* p. 2.

36. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Op. cit.*, p. 2.

37. *Id., ibid,* p. 2.

38. Os juizes que integravam a Corte, naquele momento, eram o brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade (Presidente), o chileno Máximo Pacheco Gómez, o equatoriano Hernán Salgado Pesantes, o caribenho Oliver Jackman (Barbados), o venezuelano Alirio Abreu Burelli e o colombiano Carlos Vicente de Roux Rengifo.

39. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Puntos Resolutivos. Op. loc. cit.*, pp. 62-63.

40. TRINDADE, A. A. C. & BURELLI, A. A.. *Voto Concurrente conjunto de los jueces A.A Cançado Trindade y A. Abreu Burelli. In* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Villagran Morales y Otros (Caso de los "Niños de la Calle"). Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

41. O presente estudo de caso teve o acompanhamento do autor desta tese durante a análise do caso pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em seu XLVII Período Ordinário de Sessões, celebrado em sua sede, San José da Costa Rica, durante os dias 26, 27 e 28 de janeiro de 2000. Assim mesmo, este autor realizou 15 dias de pesquisas e estudos no Centro de Documentação e Biblioteca Conjunta da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, situados também naquele país centro-americano, durante o mês de janeiro de 2000.

42. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baena Ricardo y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999,* p. 1.

43. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Op. cit,*. pp. 2-3.

44. O Informe n. 37/97 foi transmitido ao Estado panamenho em 17 de outubro de 1997.

45. Informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos n. 37/97.
46. Informe da Comissão Interamericana de Direitos Humanos n. 37/97.

47. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baena Ricardo y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999,* p. 5.

48. A Comissão designou como seus delegados os senhores Carlos Ayala Corao e Hélio Bicudo; como seus assessores os senhores Jorge E. Taiana e Manoel Velasco-Clark; e como assistentes as senhoras Minerva Gómez e Viviana Krsticevic.

49. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Baena Ricardo y otros. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999*. p. 6.

50. *Id., ibidem.*

51. Em 19 de janeiro de 1999, o Estado panamenho designou como agente alterno ao senhor Jorge Federico Lee.

52. Assinaram a sentença os juizes Antônio Augusto Cançado Trindade (Brasil), Hernán Salgado Pesantes (Equador), Máximo Pacheco Gómez (Chile), Alirio Abreu Burelli (Venezuela), Oliver Jackman (Barbados) e Carlos Vicente de Roux Rengifo (Colômbia).

53. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001.

XV
UNA POLÍTICA DE ESTADO PARA COMBATIR LA DISCRIMINACIÓN Y PROMOVER LOS DERECHOS HUMANOS*

▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪▪

ROBERTO CUÉLLAR

Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

.

I - Presentación

La discriminación es un delito porque viola los derechos humanos fundamentales de las personas. Cuando ésta se funda en prejuicios de raza, identidad étnica, nacionalidad o cultura afecta además a sujetos colectivos (pueblos y comunidades) que tienen derechos en tanto colectividades, inherentes a su identidad y a su cultura, pero que no siempre cuentan con un estatus jurídico o político (una ciudadanía particular) que les permita defenderse y reclamar.

En América Latina y El Caribe la discriminación es además una actitud y una práctica, que existen y se ejercen mediante la construcción de estereotipos y prejuicios, que son independientes de la normatividad, difíciles de perseguir con la justicia y de erradicar de la sociedad. Es, por el contrario, altamente dependiente de la desigualdad, lo cual agrava sus efectos e induce a afirmar que se trata de un mecanismo de marginación económica y política.

Si ponemos atención en las víctimas de la discriminación en la región, encontramos que en su mayoría se trata de colectividades (y miembros de colectividades) portadoras de

identidades particulares, que variablemente se desarrollan a partir de

un eje como la etnicidad, la cultura, la nacionalidad, la lengua, el territorio, pero que tienen en común el hecho de presentarse y ser percibidos como diferentes respecto de otra identidad dominante, entendida como nacional. Quienes persisten en ser diferentes y reclaman ser tratados como tales, son estigmatizados de muy diversas maneras, entre las cuales la atribución de una raza como estereotipo y de un conjunto de prejuicios que la desvalorizan es un recurso todavía presente. En esta condición, la discriminación se basa en la negación del derecho a la diferencia y por tanto del carácter diverso (multiétnico, multicultural) del conjunto de la sociedad y del Estado.

Por las razones muy brevemente indicadas es evidente que la erradicación de la discriminación requiere, entre las medidas más importantes e inmediatas, del desarrollo de una Política de Estado que a la misma vez combata la discriminación y promueva la diversidad como una condición del desarrollo con equidad y de la plena vigencia de los derechos humanos.

En este texto se proponen: (i) la pertinencia de desarrollar un conjunto de indicadores que permita examinar con objetividad el grado en el cual las políticas públicas cumplen esta doble función, establecer mecanismos de monitoreo de sus avances e, identificar los déficit que requieren un mayor esfuerzo. (ii) un conjunto de sugerencias acerca de las medidas de política que podrían tomar los gobiernos para promover la multiculturalidad en tres campos temáticos: la educación, el acceso a la justicia y la participación política.

Estas propuestas se inspiran en la experiencia acumulada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en sus veinte años de trabajo en la región.

II - Indicadores de una Política de Estado que combata la discriminación

En América Latina el racismo es un factor oculto y la discriminación (racial, étnica y cultural) es principalmente una actitud de instituciones y personas, que se expresa en prácticas cotidianas -más que en la legislación o en las políticas públicas- y tiene efectos en la exclusión social. Por esto, la discriminación se torna difícil de medir y fácil de negar. Para combatirlo sería necesario establecer claramente en qué grado, dónde y en qué formas la discriminación está presente.

Ahora bien, ya que la discriminación es negación de la diversidad y estigmatización de las diferencias, cabe también de manera complementaria medir el grado en el cual las políticas públicas reconocen la diversidad y respetan las diferencias y por esta vía establecer cuáles son los principales déficit e identificar las medidas que los gobiernos deberían tomar.

Utilizando como punto de partida una sugerencia de A. Bello y M. Rangel en el texto preparado para CEPAL con oportunidad de la Conferencia sobre Racismo (*Etnicidad Raza y Equidad en América Latina y El Caribe*; CEPAL, Santiago, marzo 2000) proponemos construir un sistema de indicadores que permitan medir el progreso y monitorear periódicamente los avances de las políticas públicas en orden a promover la diversidad y combatir la discriminación.

El sistema podría incluir los siguientes campos y elementos:

Campos	Elementos para construir sistemas de indicadores
Declaraciones oficiales	Informes al Comité de Prevención de la Discriminación de NNUU, a la OIT y a otros organismos internacionales; adhesión a declaraciones multilaterales; discurso gubernamental, propaganda pública.
Normas internacionales	Adhesión a Tratados, Convenios y Protocolos pertinentes, ratificación de los mismos; participación en órganos de monitoreo

	y control, cumplimiento de compromisos y recomendaciones. Aceptación de la jurisdicción internacional e interamericana en materia de Derechos Humanos, trabajo, educación, patrimonio cultural, medio ambiente, salud etc.
Normas constitucionales	Inclusión de normas que condenan la discriminación y el racismo; reconocimiento constitucional de la diversidad étnica, cultural y lingüística y del carácter plural del Estado; regímenes especiales de derechos de los pueblos indígenas y afro-americanos; normas sobre migrantes, desplazados y otros grupos vulnerables.
Legislación	Desarrollo de legislación a partir de normas constitucionales e internacionales en los campos pertinentes, como tierras y territorios, educación, salud, ciudadanía, participación política, autoridades locales, acceso a la justicia, derechos laborales etc.
Jurisprudencia	Sentencias que evidencien utilización de las normas internacionales, constitucionales y legales para prevenir y sancionar la discriminación y las violaciones a los Derechos Humanos.
Instituciones	Existencia de instituciones de promoción y procuración de derechos humanos (Comisiones, Defensorías, Procuradurías, Ombudsman) y dentro de éstas, de oficinas especializadas para atender a grupos potencialmente discriminados o vulnerables. Establecimiento de sistemas de control de las actividades de la fuerza pública.
Medidas administrativas y de gobierno	Planes de gobierno, programas de desarrollo, atención a la salud, educación, bienestar de sectores indígenas, afro americanos y otros; convenios y acuerdos de coparticipación. Campañas de información sobre la multiculturalidad; uso y promoción de las lenguas indígenas.
Acciones afirmativas	Condiciones de excepción para favorecer a sectores discriminados y vulnerables; intensificación de la inversión pública; equidad en medidas de reparación y compensación, subsidios etc.

En veinte años de operaciones el Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha consolidado una estrategia de promoción activa de los derechos humanos basada en la priorización de tres ejes temáticos y tres enfoques transversales. Los tres ejes temáticos son: educación en derechos humanos, acceso a la justicia, y participación política. Los tres enfoques transversales: la perspectiva de género, el reconocimiento de la diversidad étnica y la necesidad de la participación de la sociedad civil.

El énfasis de la estrategia respecto de los derechos a la educación en derechos humanos, el acceso a la justicia y la participación política está basado en la necesidad de subsanar las insuficiencias de la democracia en la región, sin abandonar la concepción sobre la integralidad de los derechos fundamentales y la necesidad de trabajar con un enfoque multidisciplinario.

La aplicación de los tres enfoques transversales significa el reconocimiento de la realidad regional y la oficialización de una postura que desde hace varios años permea las diferentes iniciativas surgidas en el seno del IIDH, a partir del principio rector de fortalecer la universalidad desde la especificidad y promover la igualdad desde la diversidad.

A partir de la estrategia indicada el IIDH está desarrollando un sistema de medición de progresos en los tres campos temáticos y desde las tres perspectivas antes señaladas. De los primeros hallazgos podemos anticipar algunas medidas que podrían tomar los gobiernos para promover el reconocimiento y el respeto de la diversidad étnica y cultural, como un modo positivo de prevenir y combatir la discriminación. No pretendemos que los tres campos aludidos sean los más importantes, ni que las medidas sugeridas sean las únicas que se pueden tomar. Sin embargo, el monitoreo sistemático de la problemática de los derechos humanos en la región, nos hacen pensar que se trata de campos críticos y de medidas posibles.

Estas recomendaciones deben entenderse en el contexto de un esfuerzo sistemático en favor del desarrollo con equidad y del perfeccionamiento de la democracia, dos factores claves para corregir la desigualdad.

III - Algunas medidas para combatir la discriminación

A) Educar en los Derechos Humanos y para la tole-rancia.

La persistencia de la discriminación como una actitud y una práctica arraigadas en las sociedades – -independiente del estatuto legal de la cuestión y del nivel de desarrollo democrático del país- plantea la necesidad de priorizar la educación como una herramienta clave para erradicar los prejuicios y estereotipos que constituyen la base de la discriminación y la intolerancia.

La educación, a pesar de sus debilidades y deficiencias, continúa siendo el campo más general de intervención en la vida social y, aun frente a las tendencias emergentes a favor de la descentralización y privatización de la prestación de servicios, seguirá siendo un medio de realización de las políticas públicas en los países de la región. Este amplio alcance de la educación por supuesto es el mismo que ha servido, a lo largo del tiempo, para construir los estereotipos y alimentar los prejuicios, se trata ahora de usarlo para desmontarlos.

Ahora bien, una política educativa útil para combatir la discriminación debe fundarse en la transmisión de valores positivos capaces de reemplazar los prejuicios que la constituyen. Creemos que tales valores son fundamentalmente la equidad y la tolerancia ante las diferencias (étnicas, culturales, económicas, de género, sexuales etc.); y que una educación que promueva la equidad y la tolerancia en nuestras sociedades debe incluir el desarrollo de dos ejes fundamentales, poco atendidos hasta ahora en la educación formal: los derechos humanos y la multiculturalidad.

Se proponen a continuación un conjunto de medidas prácticas que los gobiernos pueden poner en marcha de inmediato, aprovechando los programas de modernización y mejoramiento de la educación que se están ejecutando ahora mismo. El diseño e implantación de estas medidas deberá contar, por supuesto, con el concurso de las organizaciones de la sociedad civil, los educandos y sus familias y, sobretodo con los mismos maestros.

(a) En cuanto al sistema educativo formal en su conjunto:

Se investigue en qué medida el sistema educativo formal brinda igualdad de cobertura y de calidad en la educación sistemática a las poblaciones racial o étnicamente diversas del país -en América

Latina, por ejemplo, a las poblaciones indígenas y afro-caribeñas. Esto supone analizar las condiciones reales de equidad en el acceso de estas poblaciones a la escuela pública, su permanencia en el sistema, y su egreso exitoso.

Si el anterior no fuera el caso, se introduzcan los correctivos necesarios para avanzar hacia la democratización y equidad del sistema educativo en relación con tales poblaciones.

(b) En cuanto al currículo explícito de la educación formal:

Se incorporen o refuercen contenidos concretos que presenten y valoricen el rasgo de multiculturalidad propio de las sociedades contemporáneas, y desnuden las prácticas de discriminación y sus nefastas consecuencias para la democracia y el respeto a los derechos humanos.

Tal incorporación debería hacerse con un enfoque multifacético y multidisciplinario, incluyendo:

Visión filosófica: El concepto de diversidad en la especie humana: visión dialéctica que integre la igualdad y las diferencias. Riqueza que aporta a la especie la interacción entre lo homogéneo (la dignidad y derechos comunes a todos los seres humanos por ser tales) y lo diverso (las múltiples diferencias entre los seres humanos). Concepto de "persona".

Visión histórica-cultural: Descripción y análisis de las manifestaciones concretas de diversidad en la historia y realidad actual del continente y del país: de distintos grupos éticos / raciales, religiosos, de origen nacional –migrantes e inmigrantes- etc.; su historia, sus aportes (económicos, socio-políticos, científicos, lingüísticos, culturales etc.), su lengua, sus figuras y tradiciones más representativas etc.

Visión de las prácticas sociales: Explicitación y análisis de la discriminación, sus manifestaciones concretas y sus consecuencias. Análisis del prejuicio, los estereotipos, las fobias, los usos discriminatorios y peyorativos del lenguaje. Identificación y desmontaje de estas manifestaciones en la historia universal, continental y nacional. Estudio de ejemplos más dramáticos, por ejemplo: nazismo, apartheid, limpieza étnica etc.

Se impartan orientaciones y lineamientos explícitos para el desarrollo metodológico de estos contenidos curriculares en las aulas escolares, en todos los grados del sistema.

(c) En cuanto al currículo oculto de la educación formal:

Se investiguen y monitoreen los valores, actitudes y conductas de interrelación cotidiana que se ponen en práctica en la vida diaria de las instituciones educativas.

Se impartan orientaciones claras a docentes, directores, estudiantes y personal de servicio de las instituciones escolares para prevenir o corregir manifestaciones discriminatorias en la vida diaria de la escuela (en aulas, en actividades extracurriculares, en los espacios de recreación etc.).

(d) En cuanto a la formación de educadores

Se incorpore esta temática (en sus aspectos de contenidos y también de formación en valores y actitudes) en la capacitación regular para los educadores en servicio y directores de instituciones escolares que imparten o promueven los Ministerios de Educación.

Se promueva activamente que esta temática se incorpore en los programas de formación de educadores. Es decir, en los programas académicos universitarios o para-universitarios que forman maestros y profesores de cualquier nivel (primarios, medios o secundarios).

Se entre en diálogo con las asociaciones gremiales de educadores para que, en y desde su accionar sindical, promuevan el reconocimiento y valorización de la multiculturalidad y la prevención de prácticas educativas racistas o discriminatorias.

Se promueva la creación de especializaciones universitarias en educación multicultural.

(e) En cuanto a los materiales educativos:

Se examinen y monitoreen constantemente los contenidos de los textos escolares y otros materiales didácticos para detectar elementos explícita o sutilmente racistas o discriminatorias hacia algún/os grupos raciales, étnicos o nacionales del país o continente –contemplando, por ejemplo, tanto lo dicho como lo no dicho; el lenguaje y las ilustraciones; los ejemplos y la proporcionalidad de la información que se brinda sobre cada grupo poblacional.

Si se detectan los elementos antes citados, se corrijan inmediatamente cuando los textos y

materiales sean de responsabilidad oficial, y se denuncien públicamente cuando sean de responsabilidad privada.

Si hay ausencia o limitaciones de la visión multicultural en los textos escolares y otros materiales didácticos, se encare con prontitud la elaboración de nuevos textos o materiales complementarios oficiales que incorporen la temática no tratada o insuficientemente desarrollada.

(f) En cuanto a diversificar los programas educativos para atender poblaciones étnica y culturalmente diferentes:

Se encare o se fortalezca la educación bilingüe y bicultural (o multilingüe y multicultural, si es el caso) en el país o las regiones del país donde se habla más de una lengua, cualquiera sea el "estatus o prestigio social" que se le reconoce a la fecha.

Se promueva la formación de educadores bilingües y biculturales para esas regiones, favoreciendo especialmente la formación de educadores originarios de las propias razas o etnias que habitan esas regiones (por ejemplo afro-caribeños e indígenas en el caso de América Latina).

Se lleve adelante una política explícita de contratación y estímulos laborales para los educadores bilingües y biculturales, con énfasis en quienes provienen de las poblaciones destinatarias (afro-caribeños e indígenas).

Se promueva la edición de textos bilingües (o multilingües, si es el caso) para el país o las regiones bilingües / multilingües. Entre estos textos, incluir no solamente materiales didácticos sino también obras literarias de las poblaciones en cuestión.

B) Asegurar el acceso a la justicia para todos

Lo mismo que la educación, la administración de justicia ha sido un instrumento reproductor de la discriminación, consagratorio de prejuicios y estereotipos. También es una función del Estado que, pese a su profunda crisis (del Estado y de la Justicia) permanecerá por mucho tiempo y constituye otro escenario privilegiado para el establecimiento de políticas públicas que contribuyan a combatir la discriminación y promover los derechos humanos.

Una política que contribuya a combatir la discriminación en esta materia y promover los derechos humanos será la que garantice el acceso a la justicia para todos sin distinción, y que contribuya con la autoridad de la jurisprudencia a depurar y enriquecer la legislación y con la severidad de la pena a reparar el daño y restablecer el equilibrio social.

Desde nuestro punto de vista el acceso a la justicia es un derecho humano fundamental, que al mismo tiempo vincula un conjunto de derechos específicos (como el debido proceso, la defensa, la presunción de inocencia) y asegura la custodia y la reclamabilidad de los demás derechos, así como la reparación de las violaciones. En el marco de la universalidad de los derechos humanos y teniendo en cuenta la conveniencia de establecer estándares generales y principios procesales básicos, es preciso reconocer que el carácter diverso de nuestras sociedades y nuestras culturas requiere de sistemas permeables a las necesidades y modos de vida de importantes segmentos de población, que son tradicionalmente excluidos del acceso a la justicia y sobre quienes recaen las consecuencias de sus limitaciones y defectos.

Una investigación reciente sobre acceso a la justicia conducida por el IIDH en varios países de la región, (J. Thompson Coordinador: *Acceso a la Justicia y Equidad ;* IIDH y BID, San José, julio del 2000) ha puesto en evidencia la variedad y complejidad de los factores que conspiran contra el acceso equitativo a la justicia. Uno de estos factores es la persistencia de patrones discriminatorios en el funcionamiento de los sistemas de administración de justicia, que terminan marginando determinados segmentos de población (o a sus miembros) en razón de diferencias étnicas y culturales, el nivel económico, el género, la posición ocupacional, la nacionalidad y otras razones semejantes. Esta discriminación se traduce en una multitud de obstáculos e inequidades para el ejercicio del derecho a la justicia, al punto que representantes de estos pueblos y sectores de población han señalar que el sistema mismo – tal como está organizado – es discriminatorio y que esto agrava las debilidades y deficiencias más estructurales que afectan a esta función fundamental de la sociedad y del Estado.

Si bien las debilidades y deficiencias estructurales de la administración de justicia son muchas y muy graves y el sistema en su conjunto requiere modificaciones muy profundas, hay algunas medidas encaminadas a combatir la discriminación que afecta a los pueblos indígenas y afro americanos,

a otros sectores culturalmente diferentes y a aquellos en situaciones vulnerables como los migrantes y los desplazados. Estas medidas podrían tomarse al mismo tiempo que se impulsan programas de modernización y mejoramiento de la justicia en general y modificaciones de la legislación orgánica y procesal.

(a) En relación con la justiciabilidad de la discriminación misma

Se adopten las medidas legales y los procedimientos que penalicen claramente la discriminación y hagan efectivamente reclamables las transgresiones, tanto respecto de las personas o entidades directa o mayormente responsables, como respecto de aquellas con mejor capacidad para efectuar los cambios requeridos – los gobiernos, por ejemplo (International Human Rigths Law Group: *La Consulta de Bellagio*, enero de 2000).

Se provea la infraestructura adecuada para manejar casos de discriminación, incluidos tribunales apropiados, servicios legales suficientes y bien capacitados, mecanismos para recopilar pruebas admisibles y otras medidas (Ibid).

Se promueva el uso de la justicia interamericana e internacional para ejercer derechos asegurados por instrumentos internacionales.

(b) En cuanto a los sistemas de administración de justicia

Se incorpore efectivamente el uso de las lenguas de los pueblos indígenas en los procedimientos judiciales en aquellas regiones donde éstas son habladas por una mayoría de la población y se asegure el concurso de traductores especializados cuando alguna de las partes lo requiera para una participación en condiciones de equidad. Esta medida debe acompañarse de una adecuada capacitación de los jueces y otros agentes que intervienen en los procesos, incluyendo los servicios de defensa y procuración.

Se establezca y facilite la participación de las autoridades comunitarias y/o de especialistas como peritos cuando las causas envuelvan personas y prácticas culturales particulares que deben ser tomadas en cuenta. Esto se debe tomar en cuenta también para la aplicación de las penas.

Se creen y fortalezcan instancias locales de administración de justicia que puedan actuar con un mejor conocimiento de las tradiciones y costumbres de las comunidades étnica y culturalmente diferenciadas, incluyendo la capacidad de tales instancias para resolver conflictos por mediación y establecer sanciones y reparaciones de acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos de que se trate.

(c) En cuanto a las prácticas procesales

Se privilegien formas procedimentales, como el juicio oral y la presencia de jurados, que respondan de mejor manera a las prácticas sociales y culturales prevalecientes en sociedades multiculturales.

Se promueva la recuperación y puesta en práctica de sistemas tradicionales de resolución de conflictos, y se adopten procedimientos que faciliten la incorporación de normas consuetudinarias tanto sustantivas como procesales.

(d) En cuanto a la procuración de justicia y los servicios legales

Se creen donde aun no existen y se fortalezcan las Defensorías, Procuradurías y Comisiones de Derechos Humanos y se establezcan a su interior oficinas especializadas para atender a poblaciones particularmente vulnerables y monitorear y prevenir la discriminación en el acceso a la justicia.

Se promueva el establecimiento de servicios de asistencia legal especializados para estos sectores.

Se promueva la formación de jueces, abogados y otros agentes capacitados para comprender la multiculturalidad.

Se debe considerar la incorporación de profesionales originarios de los pueblos indígenas y afro americanos, de otras minorías, así como de un mayor número de mujeres, a la administración de justicia y los servicios legales en general.

C) Promover una democracia intercultural

El mapa de la discriminación en América Latina y El Caribe es también el mapa de la desigualdad económica y la inequidad política; porque la discriminación es una cuestión ligada a la distribución de la riqueza y el ejercicio del poder, cuya práctica contribuye al mantenimiento de la exclusión social y la justifica.

Con algunas excepciones históricas y actuales en las que la discriminación racial y étnica opera como un instrumento en las competencias por el control económico y político, en la mayoría de los casos y singularmente en los países de la región, opera como un mecanismo de exclusión y subordinación de los sectores más pobres, lo cual a su vez la fortalece y la enraíza en intereses particulares y de grupo. Desde esta perspectiva podemos afirmar que la superación de la discriminación es una función de la conquista de la equidad, en el sentido de que mientras mejores sean los índices de equidistribución (económica y política) menor será la incidencia de la discriminación.

Lo anterior implica una afirmación que es importante explicitar: la discriminación no es un signo de falta de desarrollo, es un signo de falta de equidad; dicho de otro modo, un desarrollo inequitativo no contribuye a erradicar la discriminación, sino que la agrava en la misma medida en que hace más profundas las brechas de la desigualdad.

Tal como lo ha propuesto recientemente la CEPAL al formular la estrategia de Transformación Productiva con Equidad (TPE), el desarrollo es un asunto ligado al crecimiento, pero también a la distribución y a "la integración social del sistema a través de una "ciudadanía moderna" y activa, que de cuenta, por un lado, de la diversidad y la multiculturalidad, y por otro, del pleno disfrute del derecho a desarrollar sus identidades propias a los distintos grupos sociales que componen el tejido social de la región" (A. Bello y M Rangel, op. cit). Tal "ciudadanía moderna" implica "... la existencia de actores sociales con posibilidades de autodeterminación, capacidad de representación de intereses y demandas, y el pleno ejercicio de sus derechos individuales y colectivos jurídicamente reconocidos. Sin ello resulta vano hablar de construcción de consenso, de sociedad integrada o de sistemas democráticos estables"(Ottone citado por Bello y Rangel; Ibíd.).

Como lo señala el IIDH en una reflexión institucional (*Visión sobre los Derechos Humanos y la Democracia y sobre su Misión*; IIDH, San José, 1998), en las pasadas dos décadas las sociedades de la región han dado pasos muy importantes para derrotar el autoritarismo y recuperar el Estado de Derecho. Los logros más importantes son evidentemente el establecimiento de mecanismos electorales técnicamente adecuados y la emergencia de una cultura que condena el golpismo y la corrupción. Sin embargo estamos frente a una democracia que todavía es insuficiente porque, entre otras razones, es poco inclusiva de la diversidad social y cultural y no consigue evitar que se agrave cada día más la exclusión y la marginación social.

En nuestras sociedades signadas por la diversidad étnica y cultural, con una movilidad territorial (interna e internacional) crecientes y con graves fenómenos de desplazamiento en algunos países y regiones, hace falta una democracia más inclusiva, que garantice el derecho a la participación de los diferentes y por tanto combata la discriminación y contribuya a reducir la desigualdad; una democracia que se enriquezca con las perspectivas de la diversidad cultural.

Se trata entonces de desarrollar un modelo de democracia que efectivamente proteja los Derechos Humanos y promueva la participación de la sociedad como una poliarquía, esto es un sistema en el cual el poder esté distribuido y tal distribución tiene significado para todos los ciudadanos y ciudadanas, en tanto les permita ejercer los derechos a tomar parte en las decisiones que afectan a la colectividad, exigir la debida atención de sus demandas, participar en el control de la legalidad y del ejercicio de la autoridad (la rendición de cuentas), y organizarse y actuar autónomamente en tanto sociedad civil (Ibíd.). Una democracia intercultural, basada en una política de Estado que contemple la perspectiva de género, de los pueblos indígenas y otras identidades culturales particulares, de los niños y de otros sectores vulnerables o relegados; más aun, dada la acumulación histórica de esta marginación una política democrática debería contener acciones afirmativas para contrarrestarla.

Se proponen seguidamente algunas medidas que se pueden tomar progresivamente para mejorar la democracia en sociedades multiculturales:

(a) En el campo de los regímenes electorales

Se perfeccionen los mecanismos de sufragio para asegurar que un mayor número de ciudadanos y ciudadanas puedan ejercitar el derecho al voto, con especial atención a los sectores que por razones culturales, lingüísticas, geográficas, experimentan mayores dificultades para hacerlo. Esto debe incluir soluciones adecuadas para los procesos de empadronamiento y credencialización.

Se establezcan y promuevan mecanismos electorales transparentes y medidas de control por parte de la sociedad civil, incluyendo la participación

de los ciudadanos y los grupos locales y las organizaciones sociales representativas en actividades de control y seguimiento, así como una mayor presencia de representantes indígenas, afro americanos y mujeres en los organismos electorales nacionales y locales, y en las casillas electorales.

Se rediseñen las circunscripciones electorales con miras a responder de mejor manera a la realidad étnica y cultural, medida que facilitará además la realización de acciones especializadas de promoción del voto y capacitación ciudadana, como por ejemplo mediante el uso de las lenguas indígenas de cada región.

Se estudie la pertinencia de habilitar sistemas de elección de autoridades locales según sus usos y costumbres.

(b) En los partidos y movimientos políticos

Se promueva una mayor participación de indígenas, afro americanos, mujeres y otros sectores tradicionalmente marginados, en los partidos políticos; y se incluyan sus perspectivas políticas y culturales y sus iniciativas sectoriales en las plataformas de los institutos políticos .

Se estudie la pertinencia de establecer mínimos de participación de los sectores antes indicados en las candidaturas a puestos de elección popular auspiciadas por los partidos.

Se fomente y se respalde legalmente el desarrollo y participación de expresiones políticas locales y regionales, así como de organizaciones y movimientos sociales.

(c) En los programas y políticas de descentralización, gobernabilidad y desarrollo

Se identifiquen modelos de descentralización y autonomía que contribuyan a establecer unidades de gestión coincidentes con los territorios de los pueblos indígenas, las áreas de concentración de población afro americana y las expresiones locales de culturas y tradiciones particulares.

Se fortalezcan los gobiernos locales y se promueva una democracia más directa y participativa.

Se establezcan mecanismos institucionales de consulta de las medidas (legales, administrativas, de política) que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas y afro americanos, a los territorios que estos ocupan y a los recursos naturales que les conciernen.

Se asegure que los programas y proyectos que involucran a pueblos o sectores étnica y culturalmente diferenciados sean formulados, ejecutados y evaluados con el concurso de sus organizaciones.

IV - Reconociendo algunos progresos y pendientes

A pesar de la persistencia de muchos problemas en la región y de que la inequidad parece profundizarse con la internacionalización de la economía, la unipolaridad y la globalización de las comunicaciones, es conveniente reconocer algunos progresos en el campo de los derechos humanos, que alientan la esperanza de que será posible modificar las políticas públicas en el sentido de reconocer y promover la multiculturalidad, perfeccionar la democracia, mejorar la distribución y consolidar el Estado de Derecho, condiciones que permitirán derrotar el racismo y las múltiples formas de discriminación y exclusión.

En contraste con décadas anteriores, no podemos negar la superioridad de un momento en el cual podemos elegir a quién nos gobernará; las violaciones masivas y sistemáticas ya no son la característica más saliente y más trágica de nuestra realidad; los conflictos armados han sido reemplazados, en la mayoría de los países, por procesos de paz, inciertos e insatisfactorios, pero apreciables y el contexto internacional es más favorables a la promoción de la democracia y a su profundización.

Lo anterior ha resultado también en una mayor y mejor aceptación del derecho internacional de los derechos humanos en nuestros países, no sólo en el plano formal sino también en la legitimidad de su aplicación cotidiana, en la ampliación de las libertades fundamentales, la implantación del tema de los derechos humanos en las agendas políticas de los gobiernos y los partidos, y en las plataformas de los movimientos sociales, así como el involucramiento progresivo de la sociedad civil en este campo.

Asistimos también a la madurez de los movimientos de los pueblos indígenas y de las mujeres, a la emergencia de movimientos afro americanos y a una cada vez más clara intervención de la ciudadanía en la auditoría de la democracia.

La adhesión y ratificación por parte de los países de la región de instrumentos internacionales de derechos humanos y en especial de aquellos que previenen la discriminación y el racismo, es amplia sin ser satisfactoria. Hay algunos estados que permanecen sin reconocer la jurisdicción de la Corte Interamericana. La adopción del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (N* 169) de la OIT, marca un hito muy importante para la promoción de la multiculturalidad, lamentablemente el proceso de ratificación es aun muy lento. La creación del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y su funcionamiento son muy alentadoras, aunque el cumplimiento del compromiso de los Estados miembros para capitalizarlo se cumple con mucho rezago.

Catorce países introdujeron en los últimos doce años normas constitucionales que reconocen la diversidad étnica y cultural y prometen protegerla y promoverla; son menos los que establecen derechos específicos de los pueblos indígenas y afro americanos y muy pocos los que han aceptado el carácter multicultural del Estado. El desarrollo de legislación de aplicación de esta nueva normatividad esta muy rezagado, sin embargo ya existen algunas experiencias de reforma penal y de procedimientos judiciales que están marcando pautas favorables.

La educación intercultural y bilingüe es un hecho que se abre camino en algunos países. En otros se han despenalizado las prácticas médicas tradicionales y en algunos la descentralización favorece explícitamente el *empoderamiento* de las comunidades locales. La participación directa de los interesados en la definición y ejecución de proyectos de desarrollo y la consulta – sobre medidas de gobierno y otras – a las comunidades que pudieran ser afectadas ha empezado a practicarse en algunas partes. Donde esto se está dando las condiciones de gobernabilidad mejoran, los esfuerzos y las inversiones resultan más eficaces y los mismos estados se fortalecen.

La creación de Comisiones, Defensorías y Procuradurías de Derechos Humanos viene aumentado en los últimos años. En algunas de ellas se han establecido oficinas o programas especializados para atender a mujeres, menores, indígenas y migrantes.

Un Acuerdo de Paz con verificación internacional incluyó explícitamente el tema de la Identidad y los Derechos de los Pueblos Indígenas y son cada vez más frecuentes las mesas de negociación y diálogo como mecanismos de atención de las demandas de los sectores más vulnerables, tradicionalmente discriminados de la vida pública.

Este rápido recuento de progresos no quiere ocultar los déficit, sino ponerlos en evidencia. Pero quiere también mostrar que las soluciones son posibles y que hay condiciones para impulsarlas.

* Este texto no compromete una posición institucional

ANEXOS

XVI
RESOLUCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2000

Considerando:

Que la emisión, tanto de las sentencias como de las opiniones consultivas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha requerido la evaluación constante de los procedimientos establecidos en su Reglamento.

Que es deber de la Corte adecuar las normas que rigen los procedimientos a una real y efectiva garantía de los derechos humanos.

Por tanto, la corte interamericana de derechos humanos,

de conformidad con el artículo 60 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 25.1 de su Estatuto

Dicta el Siguiente:

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000

Disposiciones Preliminares

Artículo 1. Objeto

1. El presente Reglamento tiene por objeto regular la organización y procedimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2. La Corte podrá dictar otros reglamentos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
3. A falta de disposición en este Reglamento o en caso de duda sobre su interpretación, la Corte decidirá.

Artículo 2. Definiciones

Para los efectos de este Reglamento:

1. el término "**Agente**" significa la persona designada por un Estado para representarlo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
2. el término "**Agente Alterno**" significa la persona designada por un Estado para asistir al Agente en el ejercicio de sus funciones y suplirlo en sus ausencias temporales;
3. la expresión "**Asamblea General**" significa la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos;
4. el término "**Comisión**" significa la Comisión Interamericana de Derechos Humanos;
5. la expresión "**Comisión Permanente**" significa la Comisión Permanente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
6. la expresión "**Consejo Permanente**" significa el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos;
7. el término "**Convención**" significa la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica);
8. el término "**Corte**" significa la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
9. el término "**Delegados**" significa las personas designadas por la Comisión para representarla ante la Corte;
10. la expresión "**denunciante original**" significa la persona, grupo de personas o

entidad no gubernamental que haya introducido la denuncia original ante la Comisión, en los términos del artículo 44 de la Convención;

11. el término **"día"** se entenderá como día natural;

12. la expresión "**Estados Partes**" significa aquellos Estados que han ratificado o adherido a la Convención;

13. la expresión "**Estados miembros**" significa aquellos Estados que son miembros de la Organización de los Estados Americanos;

14. el término "**Estatuto**" significa el Estatuto de la Corte aprobado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos el 31 de octubre de 1979 (AG/RES 448 [IX-0/79]), con sus enmiendas;

15. el término "**familiares**" significa los familiares inmediatos, es decir, ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso;

16. la expresión "**Informe de la Comisión**" significa el informe previsto en el artículo 50 de la Convención;

17. el término **"Juez"** significa los jueces que integran la Corte en cada caso;

18. la expresión **"Juez Titular"** significa cualquier juez elegido de acuerdo con los artículos 53 y 54 de la Convención;

19. la expresión "**Juez Interino**" significa cualquier juez nombrado de acuerdo con los artículos 6. 3 y 19. 4 del Estatuto;

20. la expresión "**Juez *ad hoc* "** significa cualquier juez nombrado de acuerdo con el artículo 55 de la Convención;

21. el término **"mes"** se entenderá como mes calendario;

22. la sigla "**OEA**" significa la Organización de los Estados Americanos;

23. la expresión "**partes en el caso**" significa la víctima o la presunta víctima, el Estado y, sólo procesalmente, la Comisión;

24. el término "**Presidente**" significa el Presidente de la Corte;

25. el término "**Secretaría**" significa la Secretaría de la Corte;

26. el término "**Secretario**" significa el Secretario de la Corte;

27. la expresión "**Secretario Adjunto**" significa el Secretario Adjunto de la Corte;

28. la expresión "**Secretario General**" significa el Secretario General de la OEA;

29. el término "**Vicepresidente**" significa el Vicepresidente de la Corte;

30. la expresión **"presunta víctima**" significa la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención;

31. el término **"víctima"** significa la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte.

TÍTULO I

DE LA ORGANIZACIÓN Y DEL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE

Capítulo I
DE LA PRESIDENCIA Y DE LA VICEPRESIDENCIA

Artículo 3. Elección del Presidente y del Vicepresidente

1. El Presidente y el Vicepresidente son elegidos por la Corte, duran dos años en el ejercicio de sus cargos y podrán ser reelectos. Su período comienza el primer día de la primera sesión del año correspondiente. La elección tendrá lugar en el último período ordinario de sesiones que celebre la Corte el año anterior.

2. Las elecciones a que se refiere el presente artículo se efectuarán por votación secreta de los Jueces Titulares presentes y se proclamará electos a quienes obtengan cuatro o más votos. Si no se alcanzaren esos votos, se procederá a una nueva votación para decidir por mayoría entre los dos jueces que hayan obtenido más votos. En caso de empate, éste se resolverá en favor del juez que tenga precedencia al tenor del artículo 13 del Estatuto.

Artículo 4. Atribuciones del Presidente

1. Son atribuciones del Presidente:

   a. representar a la Corte;
   b. presidir las sesiones de la Corte y someter a su consideración las materias que figuren en el orden del día;

   c. dirigir y promover los trabajos de la Corte;

   d. decidir las cuestiones de orden que se susciten en las sesiones de la Corte. Si algún juez lo solicitare, la cuestión de orden se someterá a la decisión de la mayoría;

   e. rendir un informe semestral a la Corte, sobre las actuaciones que haya cumplido en ejercicio de la Presidencia durante ese período;

   f. las demás que le correspondan conforme al Estatuto o al presente Reglamento, así como las que le fueren encomendadas por la Corte.

2. El Presidente puede delegar, para casos específicos, la representación a que se refiere el párrafo 1.a. de este artículo, en el Vicepresidente o en cualquiera de los jueces o, si fuera necesario, en el Secretario o en el Secretario Adjunto.

3. Si el Presidente es nacional de una de las partes en un caso sometido a la Corte o cuando por circunstancias excepcionales así lo considere conveniente, cederá el ejercicio de la Presidencia para ese caso. La misma regla se aplicará al Vicepresidente o a cualquier juez llamado a ejercer las funciones del Presidente.

Artículo 5. Atribuciones del Vicepresidente

1. El Vicepresidente suple las faltas temporales del Presidente y lo sustituye en caso de falta absoluta. En este último caso, la Corte elegirá un Vicepresidente para el resto del período. El mismo procedimiento se aplicará en todo otro caso de falta absoluta del Vicepresidente.

2. En caso de falta del Presidente y del Vicepresidente, sus funciones serán desempeñadas por los otros jueces en el orden de precedencia establecido en el artículo 13 del Estatuto.

Artículo 6. Comisiones

1. La Comisión Permanente estará integrada por el Presidente, el Vicepresidente y los otros jueces que el Presidente considere conveniente de acuerdo con las necesidades de la Corte. La Comisión Permanente asiste al Presidente en el ejercicio de sus funciones.

2. La Corte podrá designar otras comisiones para asuntos específicos. En casos de urgencia, si la Corte no estuviere reunida, podrá hacerlo el Presidente.

3. Las comisiones se regirán por las disposiciones del presente Reglamento, en cuanto fueren aplicables.

Capítulo II
DE LA SECRETARÍA

Artículo 7. Elección del Secretario

1. La Corte elegirá su Secretario. El Secretario deberá poseer los conocimientos jurídicos requeridos para el cargo, conocer los idiomas de trabajo de la Corte y tener la experiencia necesaria para el desempeño de sus funciones.

2. El Secretario será elegido por un período de cinco años y podrá ser reelecto. Podrá ser removido en cualquier momento si así lo decidiese la Corte. Para elegir y remover al Secretario se requiere una mayoría, no menor de cuatro jueces, en votación secreta, observando el quórum de la Corte.

Artículo 8. Secretario Adjunto

1. El Secretario Adjunto será designado de conformidad con lo previsto por el Estatuto, a propuesta del Secretario de la Corte. Asistirá al Secretario en el ejercicio de sus funciones y suplirá sus faltas temporales.
2. En caso de que el Secretario y el Secretario Adjunto se encuentren imposibilitados de ejercer sus funciones, el Presidente podrá designar un Secretario interino.

Artículo 9. Juramento

1. El Secretario y el Secretario Adjunto prestarán, ante el Presidente, juramento o declaración solemne sobre el fiel cumplimiento de sus funciones y sobre la reserva que están obligados a guardar a propósito de los hechos de los que tengan conocimiento en ejercicio de sus funciones.
2. El personal de la Secretaría, aun si está llamado a desempeñar funciones interinas o transitorias, deberá prestar juramento o declaración solemne ante el Presidente al tomar posesión del cargo sobre el fiel cumplimiento de sus funciones y sobre la reserva que está obligado a guardar a propósito de los hechos de los que tenga conocimiento en ejercicio de sus funciones. Si el Presidente no estuviere presente en la sede de la Corte, el Secretario o el Secretario Adjunto tomará el juramento.

3. De toda juramentación se levantará un acta que firmarán el juramentado y quien haya tomado el juramento.

Artículo l0. Atribuciones del Secretario

Son atribuciones del Secretario:

a. notificar las sentencias, opiniones consultivas, resoluciones y demás decisiones de la Corte;

b. llevar las actas de las sesiones de la Corte;

c. asistir a las reuniones que celebre la Corte dentro o fuera de su sede;

d. tramitar la correspondencia de la Corte;

e. dirigir la administración de la Corte, de acuerdo con las instrucciones del Presidente;

f. preparar los proyectos de programas de trabajo, reglamentos y presupuestos de la Corte;

g. planificar, dirigir y coordinar el trabajo del personal de la Corte;

h. ejecutar las tareas que le sean encomendadas por la Corte o por el Presidente;

i. las demás establecidas en el Estatuto o en este Reglamento.

Capítulo III
DEL FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE

Artículo 11. Sesiones ordinarias

La Corte celebrará los períodos ordinarios de sesiones que sean necesarios durante el año para el cabal ejercicio de sus funciones, en las fechas que la Corte decida en su sesión ordinaria inmediatamente anterior. El Presidente, en consulta con la Corte, podrá modificar las fechas de esos períodos cuando así lo impongan circunstancias excepcionales.

Artículo 12. Sesiones extraordinarias

Las sesiones extraordinarias serán convocadas por el Presidente por propia iniciativa o a solicitud de la mayoría de los jueces.

Artículo 13. Quórum

El quórum para las deliberaciones de la Corte es de cinco jueces.

Artículo 14. Audiencias, deliberaciones y decisiones

1. Las audiencias serán públicas y tendrán lugar en la sede de la Corte. Cuando circunstancias excepcionales así lo justifiquen, la Corte podrá celebrar audiencias privadas o fuera de su sede y decidirá quiénes podrán asistir a ellas. Aun en estos casos, se levantarán actas en los términos previstos por el artículo 42 de este Reglamento.

2. La Corte deliberará en privado y sus deliberaciones permanecerán secretas. En ellas sólo participarán los jueces, aunque podrán estar también presentes el Secretario y el Secretario Adjunto o quienes hagan sus veces, así como el personal de Secretaría requerido. Nadie más podrá ser admitido a no ser por decisión especial de la Corte y previo juramento o declaración solemne.

3. Toda cuestión que deba ser puesta a votación se formulará en términos precisos en uno de los idiomas de trabajo. El texto será traducido por la Secretaría a los otros idiomas de trabajo y se distribuirá antes de la votación, a petición de cualquiera de los jueces.

4. Las actas referentes a las deliberaciones de la Corte se limitarán a mencionar el objeto del debate y las decisiones aprobadas, así como los votos razonados, disidentes o concurrentes, y las declaraciones hechas para que consten en aquéllas.

Artículo 15. Decisiones y votaciones

1. El Presidente someterá los asuntos a votación punto por punto. El voto de cada juez será afirmativo o negativo, sin que puedan admitirse abstenciones.

2. Los votos se emitirán en el orden inverso al sistema de precedencia establecido en el artículo 13 del Estatuto.

2. Las decisiones de la Corte se tomarán por mayoría de los jueces presentes en el momento de la votación.

4. En caso de empate decidirá el voto del Presidente.

Artículo 16. Continuación de los jueces en sus funciones

1. Los jueces cuyo mandato se haya vencido continuarán conociendo de los casos de los que ya hubieren tomado conocimiento y se encuentren en estado de sentencia. Sin embargo, en caso de fallecimiento, renuncia, impedimento, excusa o inhabilitación, se proveerá a la sustitución del juez de que se trate por el juez que haya sido elegido en su lugar si fuere éste el caso, o por el juez que tenga precedencia entre los nuevos jueces elegidos en la oportunidad en que se venció el mandato del que debe ser sustituido.

2. Todo lo relativo a las reparaciones y costas, así como a la supervisión del cumplimiento de las sentencias de la Corte, compete a los jueces que la integren en este estado del proceso, salvo que ya hubiere tenido lugar una audiencia pública y en tal caso conocerán los jueces que hubieren estado presentes en esa audiencia.

3. Todo lo relativo a las medidas provisionales compete a la Corte en funciones, integrada por Jueces Titulares.

Artículo 17. Jueces Interinos

Los Jueces Interinos tendrán los mismos derechos y atribuciones de los Jueces Titulares, salvo limitaciones expresamente establecidas.

Artículo 18. Jueces *ad hoc*

1. Cuando se presente un caso de los previstos en los artículos 55.2 y 55.3 de la Convención y 10.2 y 10.3 del Estatuto, el Presidente, por medio de la Secretaría, advertirá a los Estados mencionados en dichos artículos la posibilidad de designar un Juez *ad hoc* dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la demanda.

2. Cuando apareciere que dos o más Estados tienen un interés común, el Presidente les advertirá la posibilidad de designar en conjunto un Juez *ad hoc* en la forma prevista en el artículo 10 del Estatuto. Si dentro de

los 30 días siguientes a la última notificación de la demanda, dichos Estados no hubieren comunicado su acuerdo a la Corte, cada uno de ellos podrá proponer su candidato dentro de los 15 días siguientes. Pasado ese plazo, y si se hubieren presentado varios, el Presidente escogerá por sorteo un Juez *ad hoc* común y lo comunicará a los interesados.

3. Si los Estados interesados no hacen uso de su derecho dentro de los plazos señalados en los párrafos precedentes, se considerará que han renunciado a su ejercicio.

4. El Secretario comunicará a las demás partes en el caso la designación de Jueces *ad hoc*.

5. El Juez *ad hoc* prestará juramento en la primera sesión dedicada al examen del caso para el cual hubiese sido designado.

6. Los Jueces *ad hoc* percibirán emolumentos en las mismas condiciones previstas para los Jueces Titulares.

Artículo 19. Impedimentos, excusas e inhabilitación

1. Los impedimentos, las excusas y la inhabilitación de los jueces se regirán por lo dispuesto en el artículo 19 del Estatuto.

2. Los impedimentos y excusas deberán alegarse antes de la celebración de la primera audiencia pública del caso. Sin embargo, si la causal de impedimento o excusa ocurriere o fuere conocida posteriormente, dicha causal podrá hacerse valer ante la Corte en la primera oportunidad, para que ésta decida de inmediato.

3. Cuando por cualquier causa un juez no esté presente en alguna de las audiencias o en otros actos del proceso, la Corte podrá decidir su inhabilitación para continuar conociendo del caso habida cuenta de todas las circunstancias que, a su juicio, sean relevantes.

TÍTULO II
DEL PROCESO

Capítulo I
REGLAS GENERALES

Artículo 20. Idiomas oficiales

1. Los idiomas oficiales de la Corte son los de la OEA, es decir, el español, el inglés, el portugués y el francés.

2. Los idiomas de trabajo serán los que acuerde la Corte cada año. Sin embargo, para un caso determinado, podrá adoptarse también como idioma de trabajo el de una de las partes, siempre que sea oficial.

3. Al iniciarse el examen de cada caso, se determinarán los idiomas de trabajo, salvo si han de continuarse empleando los mismos que la Corte utilizaba previamente.

4. La Corte podrá autorizar a cualquier persona que comparezca ante ella a expresarse en su propia lengua, si no conoce suficientemente los idiomas de trabajo, pero en tal supuesto adoptará las medidas necesarias para asegurar la presencia de un intérprete que traduzca esa declaración a los idiomas de trabajo. Dicho intérprete deberá prestar juramento o declaración solemne sobre el fiel cumplimiento de los deberes del cargo y reserva acerca de los hechos que tenga conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

5. En todos los casos se dará fe del texto auténtico.

Artículo 21. Representación de los Estados

1. Los Estados que sean partes en un caso estarán representados por un Agente, quien a su vez podrá ser asistido por cualesquiera personas de su elección.

2. Cuando el Estado sustituya a su Agente tendrá que comunicarlo a la Corte y la sustitución

tendrá efecto desde que sea notificada a la Corte en su sede.

3. Podrá acreditarse un Agente Alterno, quien asistirá al Agente en el ejercicio de sus funciones y lo suplirá en sus ausencias temporales.

4. Al acreditar a su Agente el Estado interesado deberá informar la dirección a la cual se tendrán por oficialmente recibidas las comunicaciones pertinentes.

Artículo 22. Representación de la Comisión

La Comisión será representada por los Delegados que al efecto designe. Estos Delegados podrán hacerse asistir por cualesquiera personas de su elección.

Artículo 23. Participación de las presuntas víctimas

1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso.

2. De existir pluralidad de presuntas víctimas, familiares o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluídas las audiencias públicas.

3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente.

Artículo 24. Cooperación de los Estados

1. Los Estados Partes en un caso tienen el deber de cooperar para que sean debidamente cumplidas todas aquellas notificaciones, comunicaciones o citaciones dirigidas a personas que se encuentren bajo su jurisdicción, así como el de facilitar ejecución de órdenes de comparecencia de personas residentes en su territorio o que se encuentren en el mismo.

2. La misma regla es aplicable respecto de toda diligencia que la Corte decida practicar u ordenar en el territorio del Estado Parte en el caso.

3. Cuando la ejecución de cualquiera de las diligencias a que se refieren los párrafos precedentes requiera de la cooperación de cualquier otro Estado, el Presidente se dirigirá al gobierno respectivo para solicitar las facilidades necesarias.

Artículo 25. Medidas provisionales

1. En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.

2. Si se tratare de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión.

3. La solicitud puede ser presentada al Presidente, a cualquiera de los jueces o a la Secretaría, por cualquier medio de comunicación. En todo caso, quien reciba la solicitud la pondrá de inmediato en conocimiento del Presidente.

4. Si la Corte no estuviere reunida, el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás jueces, requerirá del gobierno respectivo que dicte las providencias urgentes necesarias a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones.

5. La Corte, o su Presidente si ésta no estuviere reunida, podrá convocar a las partes a una audiencia pública sobre las medidas provisionales.

6. La Corte incluirá en su Informe Anual a la Asamblea General una relación de las medidas provisionales que haya ordenado en el período del informe y, cuando dichas

medidas no hayan sido debidamente ejecutadas, formulará las recomendaciones que estime pertinentes.

Artículo 26. Presentación de escritos

106. La demanda, su contestación y los demás escritos dirigidos a la Corte podrán presentarse personalmente, vía courier, facsimilar, télex, correo o cualquier otro medio generalmente utilizado. En el caso del envío por medios electrónicos, deberán presentarse los documentos auténticos en el plazo de 15 días.

2. El Presidente puede, en consulta con la Comisión Permanente, rechazar cualquier escrito de las partes que considere manifiestamente improcedente, el cual ordenará devolver sin trámite alguno al interesado.

Artículo 27. Procedimiento por incomparecencia o falta de actuación

1. Cuando una parte no compareciere o se abstuviere de actuar, la Corte, de oficio, impulsará el proceso hasta su finalización.

2. Cuando una parte se apersone tardíamente tomará el procedimiento en el estado en que se encuentre.

Artículo 28. Acumulación de casos y de autos

1. La Corte podrá, en cualquier estado de la causa, ordenar la acumulación de casos conexos entre sí cuando haya identidad de partes, objeto y base normativa.

2. La Corte también podrá ordenar que las diligencias escritas u orales de varios casos, comprendida la presentación de testigos, se cumplan conjuntamente.

3. Previa consulta con los Agentes y los Delegados, el Presidente podrá ordenar que dos o más casos sean instruidos conjuntamente.

Artículo 29. Resoluciones

1. Las sentencias y las resoluciones que pongan término al proceso son de la competencia exclusiva de la Corte.

2. Las demás resoluciones serán dictadas por la Corte, si estuviere reunida; si no lo estuviere, por el Presidente, salvo disposición en contrario. Toda decisión del Presidente, que no sea de mero trámite, es recurrible ante la Corte.

3. Contra las sentencias y resoluciones de la Corte no procede ningún medio de impugnación.

Artículo 30. Publicación de las sentencias y de otras decisiones

1. La Corte ordenará la publicación de:

a. sus sentencias y otras decisiones, incluyendo los votos razonados, disidentes o concurrentes, cuando cumplan los requisitos señalados en el artículo 55.2 del presente Reglamento;

b. las piezas del expediente, excepto las que sean consideradas irrelevantes o inconvenientes para este fin;

c. las actas de las audiencias;

d. todo documento que se considere conveniente.

2. Las sentencias se publicarán en los idiomas de trabajo del caso; los demás documentos se publicarán en su lengua original.

3. Los documentos depositados en la Secretaría de la Corte, concernientes a casos ya sentenciados, serán accesibles al público, salvo que la Corte haya resuelto otra cosa.

Artículo 31. Aplicación del artículo 63.1 de la Convención

La aplicación de ese precepto podrá ser invocada en cualquier etapa de la causa.

Capítulo II
PROCEDIMIENTO ESCRITO

Artículo 32. Inicio del Proceso

La introducción de una causa de conformidad con el artículo 61.1 de la Convención, se hará ante la Secretaría de la Corte mediante la interposición de la demanda en los idiomas de trabajo. Presentada la demanda en uno sólo de esos idiomas no se suspenderá el trámite reglamentario, pero la traducción al o a los otros deberá presentarse dentro de los 30 días siguientes.

Artículo 33. Escrito de demanda

El escrito de la demanda expresará:

1. las pretensiones (incluídas las referidas a las reparaciones y costas); las partes en el caso; la exposición de los hechos; las resoluciones de apertura del procedimiento y de admisibilidad de la denuncia por la Comisión; las pruebas ofrecidas con indicación de los hechos sobre los cuales versarán; la individualización de los testigos y peritos y el objeto de sus declaraciones; los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes. Además, la Comisión deberá consignar el nombre y la dirección del denunciante original, así como el nombre y la dirección de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados en caso de ser posible.

2. los nombres de los Agentes o de los Delegados.

Junto con la demanda se acompañará el informe a que se refiere el artículo 50 de la Convención si es la Comisión la que la introduce.

Artículo 34. Examen preliminar de la demanda

Si en el examen preliminar de la demanda el Presidente observare que los requisitos fundamentales no han sido cumplidos, solicitará al demandante que subsane los defectos dentro de un plazo de 20 días.

Artículo 35. Notificación de la demanda

1. El Secretario comunicará la demanda a:

   a. el Presidente y los jueces de la Corte;

   b. el Estado demandado;

   c. la Comisión, si no es ella la demandante;

   d. el denunciante original, si se conoce;

   e. la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados si fuere el caso.

2. El Secretario informará sobre la presentación de la demanda a los otros Estados Partes, al Consejo Permanente de la OEA a través de su Presidente, y al Secretario General de la OEA.

3. Junto con la notificación, el Secretario solicitará que en el plazo de 30 días los Estados demandados designen al Agente respectivo y, a la Comisión, el nombramiento de sus Delegados. Mientras los Delegados no hayan sido nombrados, la Comisión se tendrá por suficientemente representada por su Presidente para todos los efectos del caso.

4. Notificada la demanda a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, estos dispondrán de un plazo de 30 días para presentar autónomamente a la Corte sus solicitudes, argumentos y pruebas.

Artículo 36. Excepciones preliminares

1. Las excepciones preliminares sólo podrán ser opuestas en el escrito de contestación de la demanda.

2. Al oponer excepciones preliminares, se deberán exponer los hechos referentes a las mismas, los fundamentos de derecho, las conclusiones y los documentos que las apoyen, así como el ofrecimiento de los medios de prueba que el promovente pretende hacer valer.

3. La presentación de excepciones preliminares no suspende el procedimiento en cuanto al fondo ni los plazos ni los términos respectivos.

4. Las partes en el caso que deseen presentar alegatos escritos sobre las excepciones preliminares, podrán hacerlo dentro de un plazo de 30 días contados a partir de la recepción de la comunicación.

5. Cuando lo considere indispensable, la Corte podrá fijar una audiencia especial para las excepciones preliminares, después de la cual decidirá sobre las mismas.

6. La Corte podrá resolver en una sola sentencia las excepciones preliminares y el fondo del caso, en función del principio de economía procesal.

Artículo 37. Contestación de la Demanda

1. El demandado contestará por escrito la demanda dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la misma y la contestación contendrá los mismos requisitos señalados en el artículo 33 de este Reglamento. Dicha contestación será comunicada por el Secretario a las personas mencionadas en el artículo 35. 1 del mismo.

2. El demandado deberá declarar en su contestación si acepta los hechos y las pretensiones o si los contradice, y la Corte podrá considerar como aceptados aquellos hechos que no hayan sido expresamente negados y las pretensiones que no hayan sido expresamente controvertidas.

Artículo 38. Otros actos del procedimiento escrito

Contestada la demanda y antes de la apertura del procedimiento oral, las partes podrán solicitar al Presidente la celebración de otros actos del procedimiento escrito. En este caso, si el Presidente lo estima pertinente, fijará los plazos para la presentación de los documentos respectivos.

Capítulo III
PROCEDIMIENTO ORAL

Artículo 39. Apertura

El Presidente señalará la fecha de apertura del procedimiento oral y fijará las audiencias que fueren necesarias.

Artículo 40. Dirección de los debates

1. El Presidente dirigirá los debates en las audiencias, determinará el orden en que tomarán la palabra las personas que en ellas puedan intervenir y dispondrá las medidas que sean pertinentes para la mejor realización de las audiencias.

2. En cuanto al uso de la palabra por las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, se observará lo estipulado en el artículo 23 del presente Reglamento.

Artículo 41. Preguntas durante los debates

1. Los jueces podrán formular las preguntas que estimen pertinentes a toda persona que comparezca ante la Corte.

2. Los testigos, los peritos y toda otra persona que la Corte decida oír podrán ser interrogados, bajo la moderación del Presidente, por las personas a quienes se refieren los artículos 21, 22 y 23 de este Reglamento.

3. El Presidente estará facultado para resolver sobre la pertinencia de las preguntas formuladas y para dispensar de responderlas a la persona a quien vayan dirigidas, a menos que la Corte resuelva otra cosa. No serán admitidas las preguntas que induzcan las respuestas.

Artículo 42. Actas de las audiencias

1. De cada audiencia se levantará un acta que expresará:

   a. el nombre de los jueces presentes;

   b. el nombre de las personas mencionadas en los artículos 2l, 22 y 23 de este Reglamento que hubieren estado presentes;

   c. los nombres y datos personales de los testigos, peritos y demás personas que hayan comparecido;

   d. las declaraciones hechas expresamente para que consten en acta por los Estados Partes, por la Comisión y por las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados;

   e. las declaraciones hechas por los testigos, peritos y demás personas que hayan comparecido, así como las preguntas que se les formularen y sus respuestas;

   f. el texto de las preguntas hechas por los jueces y las respuestas respectivas;

   g. el texto de las decisiones que la Corte hubiere tomado durante la audiencia.

2. Los Agentes, Delegados, las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, así como los testigos, peritos y demás personas que hayan comparecido, recibirán copia de las partes pertinentes de la transcripción de la audiencia a fin de que, bajo el control del Secretario, puedan corregir los errores de transcripción. El Secretario fijará, según las instrucciones que reciba del Presidente, los plazos de que dispondrán para ese fin.

3. El acta será firmada por el Presidente y el Secretario, quien dará fe de su contenido.

4. Se enviará copia del acta a los Agentes, a los Delegados, a las víctimas y a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados.

Capítulo IV
DE LA PRUEBA

Artículo 43. Admisión

1. Las pruebas promovidas por las partes sólo serán admitidas si son ofrecidas en la demanda y en su contestación y en su caso, en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación.

2. Las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente, siempre que hayan sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetirlas.

3. Excepcionalmente la Corte podrá admitir una prueba si alguna de las partes alegare fuerza mayor, un impedimento grave o hechos supervinientes en momento distinto a los antes señalados, siempre que se garantice a las partes contrarias el derecho de defensa.

4. En el caso de la presunta víctima, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la admisión de pruebas se regirá además por lo dispuesto en los artículos 23, 35.4 y 36.5 del Reglamento.

Artículo 44. Diligencias probatorias de oficio

En cualquier estado de la causa la Corte podrá:

1. Procurar de oficio toda prueba que considere útil. En particular, podrá oír en calidad de

testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuyo testimonio, declaración u opinión estime pertinente.

2. Requerir de las partes el suministro de alguna prueba que esté a su alcance o de cualquier explicación o declaración que, a su juicio, pueda ser útil.

3. Solicitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtenga información, que exprese una opinión o que haga un informe o dictámen sobre un punto determinado. Mientras la Corte no lo autorice, los documentos respectivos no serán publicados.

4. Comisionar a uno o varios de sus miembros para que realicen cualquier medida de instrucción.

Artículo 45. Gastos de la prueba

La parte que proponga una prueba cubrirá los gastos que ella ocasione.

Artículo 46. Citación de testigos y peritos

1. La Corte fijará la oportunidad para la presentación, a cargo de las partes, de los testigos y peritos que considere necesario escuchar, los cuales serán citados en la forma en que ésta considere idónea.

2. La citación indicará:

   a. el nombre del testigo o perito;

   b. los hechos sobre los cuales versará el interrogatorio o el objeto del peritaje.

Artículo 47. Juramento o declaración solemne de los testigos y peritos

1. Después de verificada su identidad y antes de testificar, todo testigo prestará juramento o hará una declaración solemne en que afirmará que dirá la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad.

2. Después de verificada su identidad y antes de desempeñar su oficio, todo perito prestará juramento o hará una declaración solemne en que afirmará que ejercerá sus funciones con todo honor y con toda conciencia.

3. El juramento o declaración a que se refiere este artículo se cumplirá ante la Corte o ante el Presidente u otro de los jueces que actúe por delegación de ella.

Artículo 48. Objeciones contra testigos

1. El testigo podrá ser objetado por cualesquiera de las partes antes de prestar declaración.

2. La Corte podrá, si lo estimare útil, oír a título informativo a una persona que estaría impedida para declarar como testigo.

3. El valor de las declaraciones y el de las objeciones de las partes sobre las mismas será apreciado por la Corte.

Artículo 49. Recusación de peritos

1. Las causales de impedimiento para los jueces previstas en el artículo 19.1 del Estatuto serán aplicables a los peritos.

2. La recusación deberá proponerse dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la designación del perito.

3. Si el perito recusado contradijere la causal invocada, la Corte decidirá. Sin embargo, no estando reunida la Corte, el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente, podrá ordenar que se evacúe la prueba, dando de ello cuenta a la Corte, la cual resolverá en definitiva sobre el valor de ésta.

4. Cuando fuere necesario designar un nuevo perito, la Corte decidirá. Sin embargo, si existiere urgencia en evacuar la prueba, el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente, hará la designación, dando de ello cuenta a la Corte, la cual resolverá en definitiva sobre el valor de la prueba.

Artículo 50. Protección de testigos y peritos

Los Estados no podrán enjuiciar a los testigos ni a los peritos, ni ejercer represalias contra ellos o sus familiares, a causa de sus declaraciones o dictámenes rendidos ante la Corte.

Artículo 51. Incomparecencia o falsa deposición

La Corte pondrá en conocimiento de los Estados los casos en que las personas requeridas para comparecer o declarar no comparecieren o rehusaren deponer sin motivo legítimo o que, en el parecer de la misma Corte, hayan violado el juramento o la declaración solemne, para los fines previstos en la legislación nacional correspondiente.

Capítulo V
TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO

Artículo 52. Sobreseimiento del caso

1. Cuando la parte demandante notificare a la Corte su desistimiento, ésta resolverá, oída la opinión de las otras partes en el caso, si hay lugar al desistimiento y, en consecuencia, si procede sobreseer y declarar terminado el asunto.

2. Si el demandado comunicare a la Corte su allanamiento a las pretensiones de la parte demandante, la Corte, oído el parecer de las partes en el caso, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos. En este supuesto, la Corte procederá a determinar, cuando fuere el caso, las reparaciones y costas correspondientes.

Artículo 53. Solución amistosa

Cuando las partes en un caso ante la Corte comunicaren a ésta la existencia de una solución amistosa, de un avenimiento o de otro hecho idóneo para la solución del litigio, la Corte podrá declarar terminado el asunto.

Artículo 54. Prosecución del examen del caso

La Corte, teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos, podrá decidir que prosiga el examen del caso, aun en presencia de los supuestos señalados en los artículos precedentes.

Capítulo VI
DE LAS SENTENCIAS

Artículo 55. Contenido de las sentencias

1. La sentencia contendrá:

   a. El nombre del Presidente y de los demás jueces que la hubieren dictado, del Secretario y del Secretario Adjunto;

   b. la identificación de las partes y sus representantes;

   c. una relación de los actos del procedimiento;

   d. la determinación de los hechos;

   e. las conclusiones de las partes;

   f. los fundamentos de derecho;

   g. la decisión sobre el caso;

   h. el pronunciamiento sobre las reparaciones y costas, si procede;

   i. el resultado de la votación;

   j. la indicación sobre cuál de los textos hace fe.

2. Todo juez que haya participado en el examen de un caso tiene derecho a unir a la sentencia su voto razonado, concurrente o disidente. Estos votos deberán ser

presentados dentro del plazo fijado por el Presidente, de modo que puedan ser conocidos por los jueces antes de la notificación de la sentencia. Dichos votos sólo podrán referirse a lo tratado en las sentencias.

Artículo 56. Sentencia de reparaciones

1. Cuando en la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento.

2. Si la Corte fuere informada de que las partes en el caso han llegado a un acuerdo respecto al cumplimiento de la sentencia sobre el fondo, verificará que el acuerdo sea conforme con la Convención y dispondrá lo conducente.

Artículo 57. Pronunciamiento y comunicación de la sentencia

1. Llegado el estado de sentencia, la Corte deliberará en privado y aprobará la sentencia, la cual será notificada a las partes por la Secretaría.

2. Mientras no se haya notificado la sentencia a las partes, los textos, los razonamientos y las votaciones permanecerán en secreto.

3. Las sentencias serán firmadas por todos los jueces que participaron en la votación y por el Secretario. Sin embargo, será válida la sentencia firmada por la mayoría de los jueces y por el Secretario.

4. Los votos razonados, disidentes o concurrentes serán suscritos por los respectivos jueces que los sustenten y por el Secretario.

5. Las sentencias concluirán con una orden de comunicación y ejecución firmada por el Presidente y por el Secretario y sellada por éste.

6. Los originales de las sentencias quedarán depositados en los archivos de la Corte. El Secretario expedirá copias certificadas a los Estados Partes, a las partes en el caso, al Consejo Permanente a través de su Presidente, al Secretario General de la OEA, y a toda otra persona interesada que lo solicite.

Artículo 58. Demanda de interpretación

1. La demanda de interpretación a que se refiere el artículo 67 de la Convención podrá promoverse en relación con las sentencias de fondo o de reparaciones y se presentará en la Secretaría de la Corte indicándose en ella, con precisión, las cuestiones relativas al sentido o alcance de la sentencia cuya interpretación se pida.

2. El Secretario comunicará la demanda de interpretación a las partes en el caso y les invitará a presentar las alegaciones escritas que estimen pertinentes dentro del plazo fijado por el Presidente.

3. Para el examen de la demanda de interpretación la Corte se reunirá, si es posible, con la composición que tenía al dictar la sentencia respectiva. Sin embargo, en caso de fallecimiento, renuncia, impedimento, excusa o inhabilitación, se sustituirá al juez de que se trate según el artículo 16 de este Reglamento.

4. La demanda de interpretación no suspenderá la ejecución de la sentencia.

5. La Corte determinará el procedimiento que se seguirá y resolverá mediante una sentencia.

TÍTULO III
DE LAS OPINIONES CONSULTIVAS

Artículo 59. Interpretación de la Convención

1. Las solicitudes de opinión consultiva previstas en el artículo 64.1 de la Convención deberán formular con precisión las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte.

2. Las solicitudes de opinión consultiva formuladas por un Estado miembro o por la Comisión, deberán indicar, además, las disposiciones cuya interpretación se pide, las consideraciones que originan la consulta y el nombre y dirección del Agente o de los Delegados.

3. Si la iniciativa de la opinión consultiva es de otro órgano de la OEA distinto de la Comisión, la solicitud deberá precisar, además de lo mencionado en el párrafo anterior, la manera en que la consulta se refiere a su esfera de competencia.

Artículo 60. Interpretación de otros tratados

1. Si la solicitud se refiere a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos prevista en el artículo 64.1 de la Convención, deberá ser identificado el tratado y las partes en él, las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte y las consideraciones que originan la consulta.

2. Si la solicitud emana de uno de los órganos de la OEA, se señalará la razón por la cual la consulta se refiere a su esfera de competencia.

Artículo 61. Interpretación de leyes internas

1. La solicitud de una opinión consultiva presentada de conformidad con el artículo 64.2 de la Convención deberá señalar:

   a. las disposiciones de derecho interno, así como las de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección a los derechos humanos, que son objeto de la consulta;

   b. las preguntas específicas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la Corte;

   c. el nombre y la dirección del Agente del solicitante.

2. A la solicitud se acompañará copia de las disposiciones internas a que se refiera la consulta.

Artículo 62. Procedimiento

1. Una vez recibida una solicitud de opinión consultiva, el Secretario transmitirá copia a todos los Estados miembros, a la Comisión, al Consejo Permanente de la OEA a través de su Presidente, al Secretario General de la OEA y a los órganos de ésta a cuya esfera de competencia se refiera el tema de la consulta, si fuere del caso.

2. El Presidente fijará un plazo para que los interesados remitan sus observaciones escritas.

3. El Presidente podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el Agente.

4. Una vez concluido el procedimiento escrito, la Corte decidirá si considera conveniente la realización del procedimiento oral y fijará la audiencia, a menos que delegue este último cometido en el Presidente. En el caso de lo previsto en el artículo 64.2 de la Convención se hará previa consulta con el Agente.

Artículo 63. Aplicación analógica

La Corte aplicará al trámite de las opiniones consultivas las disposiciones del Título II de este Reglamento en la medida en que las juzgue compatibles.

Artículo 64. Emisión y contenido de las opiniones consultivas

1. La emisión de las opiniones consultivas se regirá por lo dispuesto en el artículo 57 de este Reglamento.

2. La opinión consultiva contendrá:

   a. el nombre del Presidente y de los demás jueces que la hubieren emitido, del Secretario y del Secretario Adjunto;

   b. las cuestiones sometidas a la Corte;

   c. una relación de los actos del procedimiento;

   d . los fundamentos de derecho;

   e. la opinión de la Corte;

   f. la indicación de cuál de los textos hace fe.

3. Todo juez que haya participado en la emisión de una opinión consultiva tiene derecho a unir a la de la Corte, su voto razonado, disidente o concurrente. Estos votos deberán ser presentados dentro del plazo fijado por el Presidente, de modo que puedan ser conocidos por los jueces antes de la comunicación de la opinión consultiva. Para su publicación se aplicará lo dispuesto en el artículo 30.1.a de este Reglamento.

4. Las opiniones consultivas podrán ser leídas en público.

TÍTULO IV
DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS

Artículo 65. Reformas al Reglamento

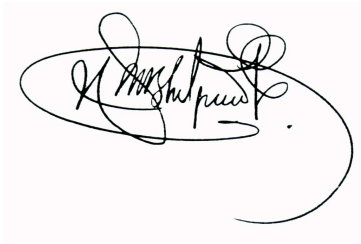
El presente Reglamento podrá ser reformado por decisión de la mayoría absoluta de los Jueces Titulares de la Corte y deroga, a partir de su entrada en vigor, las normas reglamentarias anteriores.

Artículo 66. Entrada en vigor

El presente Reglamento, cuyos textos en español e inglés son igualmente auténticos, entrará en vigor el 1 de junio de 2001. Dado en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José de Costa Rica el día 24 de noviembre de 2000.

Antônio A. Cançado Trindade
Presidente

Máximo Pacheco Gómez

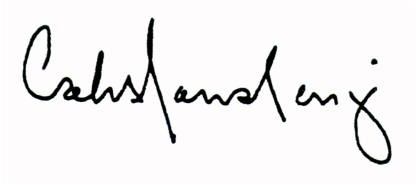


Hernán Salgado Pesantes

Oliver Jackman

Alirio Abreu Burelli

Sergio García Ramírez



Carlos Vicente de Roux Rengifo

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

XVII
ORDER OF THE
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS
OF NOVEMBER 24, 2000

CONSIDERING:

That the delivery of judgments and advisory opinions by the Inter-American Court of Human Rights has called for ongoing evaluation of the procedures laid down in its Rules of Procedure.

That it is the duty of the Court to ensure that the rules governing the procedures provide a genuine and effective guarantee of human rights.

NOW THEREFORE,

THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS,

pursuant to Article 60 of the American Convention on Human Rights and Article 25(1) of its Statute,

ORDERS THE FOLLOWING:

RULES OF PROCEDURE OF THE

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Approved by the Court at its Forty-ninth Regular Session held from November 16 to 25, 2000

PRELIMINARY PROVISIONS

Article 1. Purpose

1. These Rules regulate the organization and establish the procedure of the Inter-American Court of Human Rights.

2. The Court may adopt such other Rules as may be necessary to carry out its functions.

3. In the absence of a provision in these Rules or in case of doubt as to their interpretation, the Court shall decide.

Article 2. Definitions

For the purposes of these Rules:

1. the term "**Agent**" refers to the person designated by a State to represent it before the Inter-American Court of Human Rights;

2. the term "**Deputy Agent**" refers to the person designated by a State to assist the Agent in the discharge of his duties and to replace him during his temporary absences;

3. the expression "**General Assembly**" refers to the General Assembly of the Organization of American States;

4. the term "**Commission**" refers to the Inter-American Commission on Human Rights;

5. the expression "**Permanent Commission**" refers to the Permanent Commission of the Inter-American Court of Human Rights;

6. The expression "**Permanent Council**" refers to the Permanent Council of the Organization of American States;

7. the term "**Convention**" refers to the American Convention on Human Rights (Pact of San José, Costa Rica);

8. the term "**Court**" refers to the Inter-American Court of Human Rights;

9. the term "**Delegates**" refers to the persons designated by the Commission to represent it before the Court;

10. the expression "**original claimant**" refers to the person, group of persons, or nongovernmental entity that instituted the

original petition before the Commission, pursuant to Article 44 of the Convention;

11. the term "**day**" shall be understood to be a natural day;

12. the expression "**States Parties**" refers to the States that have ratified or adhered to the Convention;

13. the expression "**Member States**" refers to the States that are members of the Organization of American States;

14. the term "**Statute**" refers to the Statute of the Court adopted by the General Assembly of the Organization of American States on 31 October 1979 (AG/RES. 448 [IX-0/79]), as amended;

15. the expression "**next of kin**" refers to the immediate family, that is, the direct ascendants and descendants, siblings, spouses or permanent companions, or those determined by the Court, if applicable;

16. the expression "**report of the Commission**" refers to the report provided for in Article 50 of the Convention;

17. the term "**Judge**" refers to the judges who compose the Court for each case;

18. the expression "**Titular Judge**" refers to any judge elected pursuant to Articles 53 and 54 of the Convention;

19. the expression "**Interim Judge**" refers to any judge appointed pursuant to Articles 6(3) and 19(4) of the Statute;

20. the expression "**Judge *ad hoc***" refers to any judge appointed pursuant to Article 55 of the Convention;

21. the term "**month**" shall be understood to be a calendar month;

22. the acronym "**OAS**" refers to the Organization of American States;

23. the expression "**parties to the case**" refers to the victim or the alleged victim, the State and, only procedurally, the Commission;

24. the term "**President**" refers to the President of the Court;

25. the term "**Secretariat**" refers to the Secretariat of the Court;

26. the term "**Secretary**" refers to the Secretary of the Court;

27. the expression "**Deputy Secretary**"

    refers to the Deputy Secretary of the Court;

28. the expression "**Secretary General**" refers to the Secretary General of the Organization of American States;

29. the expression "**Vice-President**" refers to the Vice-President of the Court;

30. the expression "**alleged victim**" refers to the person whose rights under the Convention are alleged to have been violated;

31. the term "**victim**" refers to the person whose rights have been violated, according to a judgment pronounced by the Court.

TITLE I

ORGANIZATION AND FUNCTIONING OF THE COURT

Chapter I
THE PRESIDENCY AND VICE-PRESIDENCY

Article 3. Election of the President and the Vice-President

1. The President and the Vice-President shall be elected by the Court for a period of two years and may be reelected. Their term shall begin on the first day of the first session of the corresponding year. The election shall take place at the last regular session held by the Court during the preceding year.

2. The elections referred to in this Article shall be by secret ballot of the Titular Judges present. The judge who wins four or more votes shall be deemed to have been elected. If no candidate receives the required number of votes, a ballot shall take place between the two judges who have received the most votes. In the event of a tie, the judge having precedence in accordance with Article 13 of the Statute shall be deemed to have been elected.

Article 4. Functions of the President

1. The functions of the President are to:

   a. represent the Court;

   b. preside over the meetings of the Court and to submit for its consideration the topics appearing on the agenda;

   c. direct and promote the work of the Court;

   d. rule on points of order that may arise during the meetings of the Court. If any judge so requests, the point of order shall be decided by a majority vote;

   e. present a biannual report to the Court on the activities he has carried out as President during that period;

   f. exercise such other functions as are conferred upon him by the Statute or these Rules, or entrusted to him by the Court.

2. In specific cases, the President may delegate the representation referred to in paragraph 1(a) of this Article to the Vice-President, to any of the judges or, if necessary, to the Secretary or to the Deputy Secretary.

3. If the President is a national of one of the parties to a case before the Court, or in special situations in which he considers it appropriate, he shall relinquish the Presidency for that particular case. The same rule shall apply to the Vice-President or to any judge called upon to exercise the functions of the President.

Article 5. Functions of the Vice-President

1. The Vice-President shall replace the President in the latter's temporary absence, and shall assume the Presidency when the absence is permanent. In the latter case, the Court shall elect a Vice-President to serve out the rest of the term. The same procedure shall be followed if the absence of the Vice-President is permanent.

2. In the absence of the President and the Vice-President, their functions shall be assumed by the other judges in the order of precedence established in Article 13 of the Statute.

Article 6. Commissions

1. The Permanent Commission shall be composed by the President, the Vice-President and any other judges the President deems it appropriate to appoint, according to the needs of the Court. The Permanent Commission shall assist the President in the exercise of his functions.

2. The Court may appoint other commissions for specific matters. In urgent cases, they may be appointed by the President if the Court is not in session.

3. The commissions shall be governed by the provisions of these Rules, as applicable.

Chapter II
THE SECRETARIAT

Article 7. Election of the Secretary

1. The Court shall elect its Secretary, who must possess the legal qualifications required for the position, a good command of the working languages of the Court, and

the experience necessary for discharging his functions.

2. The Secretary shall be elected for a term of five years and may be re-elected. He may be removed at any time if the Court so decides. A majority of no fewer than four judges, voting by secret ballot in the presence of a quorum, is required for the appointing or removal of the Secretary.

Article 8. Deputy Secretary

1. The Deputy Secretary shall be appointed on the proposal of the Secretary, in the manner prescribed in the Statute. He shall assist the Secretary in the performance of his functions and replace him during his temporary absences.

2. If the Secretary and the Deputy Secretary are both unable to perform their functions, the President may appoint an Interim Secretary.

Article 9. Oath

1. The Secretary and the Deputy Secretary shall take an oath or make a solemn declaration before the President undertaking to discharge their duties faithfully, and to respect the confidential nature of the facts that come to their attention while exercising their functions.

2. The staff of the Secretariat, including any persons called upon to perform interim or temporary duties, shall, upon assuming their functions, take an oath or make a solemn declaration before the President undertaking to discharge their duties faithfully and to respect the confidential nature of the facts that come to their attention while exercising their functions. If the President is not present at the seat of the Court, the Secretary shall administer the oath.

3. All oaths shall be recorded in a document to be signed by the person being sworn in and by the person administering the oath.

Article 10. Functions of the Secretary

The functions of the Secretary shall be to:

a. communicate the judgments, advisory opinions, orders and other rulings of the Court;

b. keep the minutes of the meetings of the Court;

c. attend the meetings of the Court held at its seat or elsewhere;

d. deal with the correspondence of the Court;

e. direct the administration of the Court, pursuant to the instructions of the President;

f. prepare the drafts of the working schedules, rules and regulations, and budgets of the Court;

g. plan, direct and coordinate the work of the staff of the Court;

h. carry out the tasks assigned to him by the Court or by the President;

i. perform any other duties provided for in the Statute or in these Rules.

Chapter III
FUNCTIONING OF THE COURT

Article 11. Regular Sessions

During the year, the Court shall hold the sessions needed for the exercise of its functions on the dates decided upon by the Court at the previous session. In exceptional circumstances, the President may change the dates of these sessions after prior consultation with the Court.

Article 12. Special Sessions

Special sessions may be convoked by the President on his own initiative or at the request of a majority of the judges.

Article 13. Quorum

The quorum for the deliberations of the Court shall consist of five judges.

Article 14. Hearings, Deliberations and Decisions

1. Hearings shall be public and shall be held at the seat of the Court. When exceptional circumstances so warrant, the Court may decide to hold a hearing in private or at a different location. The Court shall decide who may attend such hearings. Even in these cases, however, minutes shall be kept in the manner prescribed in Article 42 of these Rules.

2. The Court shall deliberate in private, and its deliberations shall remain secret. Only the judges shall take part in the deliberations, although the Secretary and the Deputy Secretary or their substitutes may attend, as well as such other Secretariat staff as may be required. No other persons may be admitted, except by special decision of the Court and after taking an oath or making a solemn declaration.

3. Any question that calls for a vote shall be formulated in precise terms in one of the working languages. At the request of any of the judges, the Secretariat shall translate the text thereof into the other working languages and distribute it prior to the vote.

4. The minutes of the deliberations of the Court shall be limited to a statement of the subject of the discussion and the decisions taken. Separate opinions, dissenting and concurring, and declarations made for the record shall also be noted.

Article 15. Decisions and Voting

1. The President shall present, point by point, the matters to be voted upon. Each judge shall vote either in the affirmative or the negative; there shall be no abstentions.

2. The votes shall be cast in inverse order to the order of precedence established in Article 13 of the Statute.

3. The decisions of the Court shall be adopted by a majority of the judges present at the time of the voting.

4. In the event of a tie, the President shall have a casting vote.

Article 16. Continuation in Office by the Judges

1. Judges whose terms have expired shall continue to exercise their functions in cases that they have begun to hear and that are still pending. However, in the event of death, resignation or disqualification, the judge in question shall be replaced by the judge who was elected to take his place, if applicable, or by the judge who has precedence among the new judges elected upon expiration of the term of the judge to be replaced.

2. All matters relating to reparations and indemnities, as well as supervision of the implementation of the judgments of the Court, shall be heard by the judges comprising it at that stage of the proceedings, unless a public hearing has already been held. In that event, they shall be heard by the judges who had attended that hearing.

3. All matters relating to provisional measures shall be heard by the Court composed of Titular Judges.

Article 17. Interim Judges

Interim Judges shall have the same rights and functions as Titular Judges, except for such limitations that have been expressly established.

Article 18. Judges *Ad Hoc*

1. In a case arising under Article 55(2) and 55(3) of the Convention and Article 10(2) and 10(3) of the Statute, the President, acting through the Secretariat, shall inform the States referred to in those provisions of their right to appoint a Judge *ad hoc* within 30 days of notification of the application.

2. When it appears that two or more States have a common interest, the President shall inform them that they may jointly appoint one Judge *ad hoc*, pursuant to Article 10 of the Statute. If those States have not communicated their agreement to the Court within 30 days of the last notification of the application, each State may propose its candidate within 15 days. Thereafter, and if more than one candidate has been nominated, the President shall choose a common Judge *ad hoc* by lot, and shall communicate the result to the interested parties.

3. Should the interested States fail to exercise their right within the time limits established in the preceding paragraphs, they shall be deemed to have waived that right.

4. The Secretary shall communicate the appointment of Judges *ad hoc* to the other parties to the case.

5. The Judge *ad hoc* shall take an oath at the first meeting devoted to the consideration of the case for which he has been appointed.

6. Judges *ad hoc* shall receive honoraria on the same terms as Titular Judges.

Article 19. Impediments, excuses and disqualification

1. Impediments, excuses and disqualification of Judges shall be governed by the provisions of Article 19 of the Statute.

2. Motions for impediments and excuses must be filed prior to the first hearing of the case. However, if the grounds therefore were not known at the time, such motions may be submitted to the Court at the first possible opportunity, so that it can rule on the matter immediately.

3. When, for any reason whatsoever, a judge is not present at one of the hearings or at other stages of the proceedings, the Court may decide to disqualify him from continuing to hear the case, taking all the circumstances it deems relevant into account.

TITLE II
PROCEDURE

Chapter I
GENERAL RULES

Article 20. Official Languages

1. The official languages of the Court shall be those of the OAS, which are Spanish, English, Portuguese and French.

2. The working languages shall be those agreed upon by the Court each year. However, in a specific case, the language of one of the parties may be adopted as a working language, provided it is one of the official languages.

3. The working languages for each case shall be determined at the beginning of the proceedings, unless they are the same as those already being employed by the Court.

4. The Court may authorize any person appearing before it to use his own language if he does not have sufficient knowledge of the working languages. In such circumstances, however, the Court shall make the necessary arrangements to ensure that an interpreter is present to translate that testimony into the working languages. The interpreter must take an oath or make a solemn declaration, undertaking to discharge his duties faithfully and to respect the confidential nature of the facts that come to his attention in the exercise of his functions.

5. The Court shall, in all cases, determine which text is authentic.

Article 21. Representation of the States

1. The States Parties to a case shall be represented by an Agent, who may, in turn, be assisted by any persons of his choice.

2. If a State replaces its Agent, it shall so notify the Court, and the replacement shall only take effect once the notification has been received at the seat of the Court.

3. A Deputy Agent may be designated who will assist the Agent in the exercise of his functions and replace him during his temporary absences.

4. When appointing its Agent, the State in question shall indicate the address at which all relevant communications shall be deemed to have been officially received.

Article 22. Representation of the Commission

The Commission shall be represented by the Delegates it has designated for the purpose. The Delegates may be assisted by any persons of their choice.

Article 23. Participation of the Alleged Victims

1. When the application has been admitted, the alleged victims, their next of kin or their duly accredited representatives may submit their requests, arguments and evidence, autonomously, throughout the proceeding.

2. When, there are several alleged victims, next of kin or duly accredited representatives, they shall designate a common intervenor who shall be the only person authorized to present requests, arguments and evidence during the proceedings, including the public hearings.

3. In case of disagreement, the Court shall make the appropriate ruling.

Article 24. Cooperation of the States

1. The States Parties to a case have the obligation to cooperate so as to ensure that all notices, communications or summonses addressed to persons subject to their jurisdiction are duly executed. They shall also facilitate compliance with summonses by persons who either reside or are present within their territory.

2. The same rule shall apply to any proceeding that the Court decides to conduct or order in the territory of a State Party to a case.

3. When the performance of any of the measures referred to in the preceding paragraphs requires the cooperation of any other State, the President shall request the corresponding government to provide the requisite assistance.

Article 25. Provisional Measures

1. At any stage of the proceedings involving cases of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable damage to persons, the Court may, at the request of a party or on its own motion, order such provisional measures as it deems pertinent, pursuant to Article 63(2) of the Convention.

2. With respect to matters not yet submitted to it, the Court may act at the request of the Commission.

3. The request may be made to the President, to any judge of the Court, or to the Secretariat, by any means of communication. In every case, the recipient of the request shall immediately bring it to the President's attention.

4. If the Court is not sitting, the President, in consultation with the Permanent Commission and, if possible, with the other judges, shall call upon the government concerned to adopt such urgent measures as may be necessary to ensure the effectiveness of any provisional measures that may be ordered by the Court at its next session.

5. The Court, or its President if the Court is not sitting, may convoke the parties to a public hearing on provisional measures.

6. In its Annual Report to the General Assembly, the Court shall include a statement concerning the provisional measures ordered during the period covered by the report. If those measures have not been duly implemented, the Court shall

make such recommendations as it deems appropriate.

Article 26. Filing of Briefs

1. The application, the reply thereto, and any other briefs addressed to the Court, may be presented in person, by courier, facsimile, telex, mail or any other method generally used. If they are dispatched by electronic means, the original documents must be submitted within 15 days.

2. The President may, in consultation with the Permanent Commission, reject any communication from the parties which he considers patently inadmissible, and shall order that it be returned to the interested party, without further action.

Article 27. Default Procedure

1. When a party fails to appear in or continue with a case, the Court shall, on its own motion, take such measures as may be necessary to complete the consideration of the case.

2. When a party enters a case at a later stage of the proceedings, it shall take up the proceedings at that stage.

Article 28. Joinder of Cases and Proceedings

1. The Court may, at any stage of the proceedings, order the joinder of interrelated cases, when there is identity of parties, subject-matter and ruling law.

2. The Court may also order that the written or oral proceedings of several cases, including the introduction of witnesses, be carried out jointly.

3. After consulting the Agents and the Delegates, the President may direct that two or more cases be conducted simultaneously.

Article 29. Decisions

1. The judgments and orders for discontinuance of a case shall be rendered exclusively by the Court.

2. All other orders shall be rendered by the Court if it is sitting, and by the President if it is not, unless otherwise provided. Decisions of the President that are not purely procedural may be appealed before the Court.

3. Judgments and orders of the Court may not be contested in any way.

Article 30. Publication of Judgments and Other Decisions

1. The Court shall order the publication of:

   a. its judgments and other decisions, including separate opinions, dissenting or concurring, whenever they fulfill the requirements set forth in Article 55(2) of these Rules;
   b. documents from the dossier, except those considered irrelevant or unsuitable for publication;

   c. records of the hearings;

   d. any other document that the Court considers suitable for publication.

2. The judgments shall be published in the working languages used in each case. All other documents shall be published in their original language.

3. Documents relating to cases already adjudicated, and deposited with the Secretariat of the Court, shall be made accessible to the public, unless the Court decides otherwise.

Article 31. Application of Article 63(1) of the Convention

Application of this provision may be invoked at any stage of the proceedings.

Chapter II
WRITTEN PROCEEDINGS

Article 32. Institution of the Proceedings

For a case to be referred to the Court under Article 61(1) of the Convention, the application shall be filed in the Secretariat of the Court in the working languages. Whereas the filing of an application in only one working language shall not suspend the proceeding, the translations into the other language or languages must be submitted within 30 days.

Article 33. Filing of the Application

The brief containing the application shall indicate:

1. the claims (including those relating to reparations and costs); the parties to the case; a statement of the facts; the orders on the opening of the proceeding and the admissibility of the petition by the Commission; the supporting evidence, indicating the facts on which it will bear; the particulars of the witnesses and expert witnesses and the subject of their statements; the legal arguments, and the pertinent conclusions. In addition, the Commission shall include the name and address of the original petitioner, and also the name and address of the alleged victims, their next of kin or their duly accredited representatives, when this is possible.

2. The names of the Agents or the Delegates.

If the application is filed by the Commission, it shall be accompanied by the report referred to in Article 50 of the Convention.

Article 34. Preliminary Review of the Application

When, during a preliminary review of the application, the President finds that the basic requirements have not been met, he shall request the applicant to correct any deficiencies within 20 days.

Article 35. Notification of the Application

1. The Secretary of the Court shall notify of the application to:

   a. The President and the judges of the Court;

   b. the respondent State;

   c. the Commission, when it is not the applicant;

   d. the original claimant, if known;

   e. the alleged victim, his next of kin, or his duly accredited representatives, if applicable.

2. The Secretary shall inform the other States Parties, the Permanent Council of the OAS through its President, and the Secretary General of the OAS, of the filing of the application.

3. When notifying, the Secretary shall request the respondent States to designate their Agent, and the Commission to appoint its Delegates, within one month. Until the Delegates are duly appointed, the Commission shall be deemed to be properly represented by its President for all purposes of the case.

4. When the application has been notified to the alleged victim, his next of kin or his duly accredited representatives, they shall have a period of 30 days to present autonomously to the Court their requests, arguments and evidence.

Article 36. Preliminary Objections

1. Preliminary objections may only be filed in the brief answering the application.

2. The document setting out the preliminary objections shall set out the facts on which the objection is based, the legal arguments,

and the conclusions and supporting documents, as well as any evidence which the party filing the objection may wish to produce.

3. The presentation of preliminary objections shall not cause the suspension of the proceedings on the merits, nor the respective time periods or terms.

4. Any parties to the case wishing to submit written briefs on the preliminary objections may do so within 30 days of receipt of the communication.

5. When the Court considers it indispensable, it may convene a special hearing on the preliminary objections, after which it shall rule on the objections.

6. The Court may decide on the preliminary objections and the merits of the case in a single judgment, under the principle of procedural economy.

Article 37. Answer to the application

1. The respondent shall answer the application in writing within two months of the notification. The requirements indicated in Article 33 of these Rules shall apply. The Secretary shall communicate the said answer to the persons referred to in Article 35(1) above.

2. In its answer, the respondent must state whether it accepts the facts and claims or whether it contradicts them, and the Court may consider accepted those facts that have not been expressly denied and the claims that have not been expressly contested.

Article 38. Other Steps in the Written Proceedings

Once the application has been answered, and before the opening of the oral proceedings, the parties may seek the permission of the President to enter additional written pleadings. In such a case, the President, if he sees fit, shall establish the time limits for presentation of the relevant documents.

Chapter III
ORAL PROCEEDINGS

Article 39. Opening

The President shall announce the date for the opening of the oral proceedings and shall call such hearings as may be necessary.

Article 40. Conduct of the Hearings

1. The President shall direct the hearings. He shall prescribe the order in which the persons eligible to take part shall be heard, and determine the measures required for the smooth conduct of the hearings.

2. The provisions of Article 23 of these Rules of Procedure shall be observed, with regard to who may speak for the victims or the alleged victims, their next of kin or their duly accredited representatives.

Article 41. Questions Put During the Hearings

1. The judges may ask all persons appearing before the Court any questions they deem proper.

2. The witnesses, expert witnesses and any other persons the Court decides to hear may, subject to the control of the President, be examined by the persons referred to in Articles 21, 22 and 23 of these Rules.

3. The President is empowered to rule on the relevance of the questions posed and to excuse the person to whom the questions are addressed from replying, unless the Court decides otherwise. Leading questions shall not be permitted.

Article 42. Minutes of the Hearings

1. Minutes shall be taken at each hearing and shall contain the following:

   a. the names of the judges present;

b. the names of those persons referred to in Articles 21, 22 and 23 of these Rules, who are present at the hearing;

c. the names and personal information of the witnesses, expert witnesses and other persons appearing at the hearing;

d. statements made expressly for the record by the States Parties, by the Commission, by the victims or alleged victims, by their next of kin or their duly accredited representatives;

e. the statements of the witnesses, expert witnesses and other persons appearing at the hearing, as well as the questions posed to them and the replies thereto;

f. the text of the questions posed by the judges and the replies thereto;

g. the text of any decisions rendered by the Court during the hearing.

2. The Agents, Delegates, victims or alleged victims, their next of kin or their duly accredited representatives, and also the witnesses, expert witnesses and other persons appearing at the hearing, shall receive a copy of the relevant parts of the transcript of the hearing to enable them, subject to the control of the Secretary, to correct any errors in transcription. The Secretary shall set the time limits for this purpose, in accordance with the instructions of the President.

3. The minutes shall be signed by the President and the Secretary, and the latter shall attest to their accuracy.

4. Copies of the minutes shall be transmitted to the Agents, the Delegates, the victims and the alleged victims, their next of kin or their duly accredited representatives.

Chapter IV
EVIDENCE

Article 43. Admission

1. Items of evidence tendered by the parties shall be admissible only if previous notification thereof is contained in the application and in the reply thereto and, when appropriate, in the document setting out the preliminary objections and in the answer thereto.

2. Evidence tendered to the Commission shall form part of the file, provided that it has been received in a procedure with the presence of both parties, unless the Court considers it essential that such evidence should be repeated.

3. Should any of the parties allege *force majeure*, serious impediment or the emergence of supervening events as grounds for producing an item of evidence, the Court may, in that particular instance, admit such evidence at a time other than those indicated above, provided that the opposing parties are guaranteed the right of defense.

4. In the case of the alleged victim, his next of kin or his duly accredited representatives, the admission of evidence shall also be governed by the provisions of Articles 23, 35(4) and 36(5) of the Rules of Procedure.

Article 44. Procedure for Taking Evidence

The Court may, at any stage of the proceedings:

1. Obtain, on is own motion, any evidence it considers helpful. In particular, it may hear as a witness, expert witness, or in any other capacity, any person whose evidence, statement or opinion it deems to be relevant.

2. Request the parties to provide any evidence within their reach or any explanation or statement that, in its opinion, may be useful.

3. Request any entity, office, organ or authority of its choice to obtain information, express an opinion, or deliver a report or pronouncement on any given point. The documents may not be published without the authorization of the Court.

4. Commission one or more of its members to conduct measures in order to gather evidence.

Article 45. Cost of Evidence

The party requesting the production of an item of evidence shall cover its cost.

Article 46. Convocation of Witnesses and Expert Witnesses

1. The Court shall determine when the parties are to call their witnesses and expert witnesses whom the Court considers it necessary to hear. They shall be summoned in the manner deemed most suitable by the Court.

2. The summons shall indicate:

   a. the name of the witness or expert witness;

   b. the facts on which the examination will bear or the object of the expert opinion.

Article 47. Oath or Solemn Declaration by Witnesses and Expert Witnesses

1. After his identity has been established and before giving evidence, every witness shall take an oath or make a solemn declaration in which he shall state that he will speak the truth, the whole truth and nothing but the truth.

2. After his identity has been established and before performing his task, every expert witness shall take an oath or make a solemn declaration in which he shall state that he will discharge his duties honorably and conscientiously.

3. The oath shall be taken, or the declaration made, before the Court or the President or any of the judges so delegated by the Court.

Article 48. Objections to Witnesses

1. Any party may object to a witness before he testifies.

2. If the Court considers it necessary, it may nevertheless hear, for purposes of information, a person who is not qualified to be heard as a witness.

3. The Court shall assess the value of the testimony and of the objections made by the parties.

Article 49. Objections to Expert Witnesses

1. The grounds for disqualification applicable to judges under Article 19(1) of the Statute shall also apply to expert witnesses.

2. Objections shall be presented within 15 days of notification of the appointment of the expert witness.

3. If the expert witness who has been challenged contests the ground invoked against him, the Court shall rule on the matter. However, when the Court is not in session, the President may, after consultation with the Permanent Commission, order the evidence to be presented. The Court shall be informed thereof and shall rule on the value of the evidence.

4. Should it become necessary to appoint a new expert witness, the Court shall rule on the matter. Nevertheless, if the evidence needs to be heard as a matter of urgency, the President, after consultation with the Permanent Commission, shall make the appointment and inform the Court accordingly. The Court shall rule on the value of the evidence.

Article 50. Protection of Witnesses and Expert Witnesses

States may neither institute proceedings against witnesses or expert witnesses nor bring illicit pressure to bear on them or on their families on account of declarations or opinions they have delivered before the Court.

Article 51. Failure to Appear or False Evidence

The Court shall inform the States when those persons summoned to appear or declare, fail to appear or refuse to give evidence without good reason, or when, in the opinion of the Court, they have violated their oath or solemn declaration, so that the appropriate action may be taken under the relevant domestic legislation.

Chapter V
EARLY TERMINATION OF THE PROCEEDINGS

Article 52. Discontinuance of a Case

1. When the party that has brought the case notifies the Court of its intention not to proceed with it, the Court shall, after hearing the opinions of the other parties thereto, decide whether to discontinue the hearing and, consequently, to strike the case from its list.

2. If the respondent informs the Court of its acquiescence to the claims of the party that has brought the case, the Court, after hearing the opinions of the other parties to the case whether such acquiescence and its juridical effects are acceptable. In that event, the Court shall determine the appropriate reparations and indemnities.

Article 53. Friendly Settlement

When the parties to a case before the Court inform it of the existence of a friendly settlement, compromise, or any other occurrence likely to lead to a settlement of the dispute, the Court may strike the case from its list.

Article 54. Continuation of a Case

The Court, may notwithstanding the existence of the conditions indicated in the preceding paragraphs, and bearing in mind its responsibility to protect human rights, decide to continue the consideration of a case.

Chapter VI
JUDGMENTS

Article 55. Contents of the Judgment

1. The judgment shall contain:

   a. the names of the President, the judges who rendered it, the Secretary and Deputy Secretary.

   b. the identity of the parties and their representatives;

   c. a description of the proceedings;

   d. the facts of the case;

   e. the conclusions of the parties;

   f. the legal arguments;

   g. the ruling on the case;

   h. the decision, if any, on reparations and costs;

   i. the result of the voting;

   j. a statement indicating which text is authentic.

2. Any judge who has taken part in the consideration of a case is entitled to append a separate opinion, concurring or dissenting, to the judgment. These opinions shall be submitted within a time limit to be fixed by the President, so that the other judges may take cognizance thereof prior to notification of the judgment. The said opinions shall only refer to the issues covered in the judgment.

Article 56. Judgment on Reparations

1. When no specific ruling on reparations has been made in the judgment on the merits, the Court shall set the time and determine the procedure for the deferred decision thereon.

2. If the Court is informed that the parties to the case have reached an agreement in regard to the execution of the judgment on the merits, it shall verify the fairness of the agreement and rule accordingly.

Article 57. Delivery and Communication of the Judgment

1. When a case is ready for judgment, the Court shall deliberate in private and adopt the judgment, which shall be notified to the parties by the Secretariat.

2. The texts, legal arguments and votes shall all remain secret until the parties have been notified of the judgment.

3. Judgments shall be signed by all the judges who participated in the voting and by the Secretary. However, a judgment signed by the majority of the judges and the Secretary shall also be valid.

4. Separate opinions, dissenting or concurring, shall be signed by the judges submitting them and by the Secretary.

5. The judgments shall conclude with an order, signed by the President and the Secretary and sealed by the latter, providing for the communication and execution of the judgment.

6. The originals of the judgments shall be deposited in the archives of the Court. The Secretary shall dispatch certified copies to the States Parties, the parties to the case, the Permanent Council through its President, the Secretary General of the OAS, and any other interested person who requests them.

Article 58. Request for Interpretation

1. The request for interpretation, referred to in Article 67 of the Convention, may be made in connection with judgments on the merits or on reparations and shall be filed with the Secretariat. It shall state with precision the issues relating to the meaning or scope of the judgment of which the interpretation is requested.

2. The Secretary shall transmit the request for interpretation to the parties to the case and shall invite them to submit any written comments they deem relevant, within the time limit established by the President.

3. When considering a request for interpretation, the Court shall be composed, whenever possible, of the same judges who delivered the judgment of which the interpretation is being sought. However, in the event of death, resignation, impediment, excuse or disqualification, the judge in question shall be replaced pursuant to Article 16 of these Rules.

4. A request for interpretation shall not suspend the effect of the judgment.

5. The Court shall determine the procedure to be followed and shall render its decision in the form of a judgment.

TITLE III
ADVISORY OPINIONS

Article 59. Interpretation of the Convention

1. Requests for an advisory opinion under Article 64(1) of the Convention shall state with precision the specific questions on which the opinion of the Court is being sought.

2. Requests for an advisory opinion submitted by a Member State or by the Commission shall, in addition, identify the provisions to be interpreted, the considerations giving rise

to the request, and the names and addresses of the Agent or the Delegates.

3. If the advisory opinion is sought by an OAS organ other than the Commission, the request shall also specify, further to the information listed in the preceding paragraph, how it relates to the sphere of competence of the organ in question.

Article 60. Interpretation of Other Treaties

1. If the interpretation requested refers to other treaties concerning the protection of human rights in the American states, as provided for in Article 64(1) of the Convention, the request shall indicate the name of, and parties to, the treaty, the specific questions on which the opinion of the Court is being sought, and the considerations giving rise to the request.

2. If the request is submitted by an OAS organ, it shall indicate how the subject of the request falls within the sphere of competence of the organ in question.

Article 61. Interpretation of Domestic Laws

1. A request for an advisory opinion presented pursuant to Article 64(2) of the Convention shall indicate the following:

   a. the provisions of domestic law and of the Convention or of other treaties concerning the protection of human rights to which the request relates;

   b. the specific questions on which the opinion of the Court is being sought;

   c. the name and address of the applicant's Agent.

2. Copies of the domestic laws referred to in the request shall accompany the application.

Article 62. Procedure

1. On receipt of a request for an advisory opinion, the Secretary shall transmit copies thereof to all the Member States, the Commission, the Permanent Council of the OAS through its President, the Secretary General of the OAS and the OAS organs within whose spheres of competence the subject of the revision of request falls, as appropriate.

2. The President shall establish the time limits for the filing of written comments by the interested parties.

3. The President may invite or authorize any interested party to submit a written opinion on the issues covered by the request. If the request is governed by Article 64(2) of the Convention, he may do so after prior consultation with the Agent.

4. At the conclusion of the written proceedings, the Court shall decide whether there should be oral proceedings and shall fix the date for such a hearing, unless it delegates the latter task to the President. Prior consultation with the Agent is required in cases governed by Article 64(2) of the Convention.

Article 63. Application by Analogy

The Court shall apply the provisions of Title II of these Rules to advisory proceedings, to the extent that it deems them to be compatible.

Article 64. Delivery and Content of Advisory Opinions

1. The delivery of advisory opinions shall be governed by Article 57 of these Rules.

2. Advisory opinions shall contain:

   a. the name of the President, the judges who rendered the opinion, the Secretary and Deputy Secretary;

   b. the issues presented to the Court;

   c. a description of the proceedings;

d. the legal arguments;

e. the opinion of the Court;

f. a statement indicating which text is authentic.

3. Any judge who has taken part in the delivery of an advisory opinion is entitled to append a separate opinion, dissenting or concurring, to the opinion of the Court. These opinions shall be submitted within a time limit to be fixed by the President, so that the other judges can take cognizance thereof before the advisory opinion is rendered. They shall be published in accordance with Article 30(1)(a) of these Rules.

4. Advisory opinions may be delivered in public.

TITLE IV
FINAL AND TRANSITORY PROVISIONS

Article 65. Amendments to the Rules of Procedure

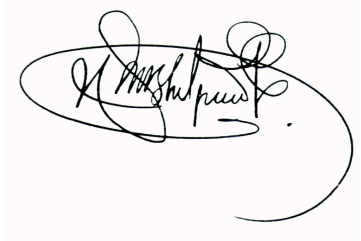
These Rules of Procedure may be amended by the decision of an absolute majority of the Titular Judges of the Court. Upon their entry into force, they shall abrogate the previous Rules of Procedure.

Article 66. Entry into Force

These Rules of Procedure, the Spanish and English versions of which are equally authentic, shall enter into force on 1 June 2001. Done at the seat of the Inter-American Court of Human Rights in San José, Costa Rica on this twenty-forth day of November, 2000.

Antônio A. Cançado Trindade

President



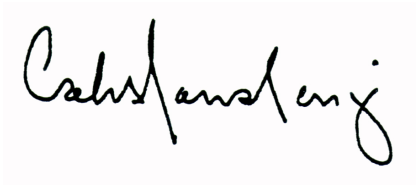
Máximo Pacheco-Gómez
Vice-President

Hernán Salgado-Pesantes

Oliver Jackman

Alirio Abreu-Burelli

Sergio García-Ramírez



Carlos Vicente de Roux-Rengifo

Manuel E. Ventura-Robles
Secretary

EL NUEVO REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2000): LA EMANCIPACIÓN DEL SER HUMANO COMO SUJETO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS[156]

de

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge); Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Titular de la Universidad de Brasilia; Miembro de los Consejos Directivos del IIDH y del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo); Miembro Asociado del *Institut de Droit International*

Sumário: I. Introducción. II. La Evolución del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1. Los Dos Primeros Reglamentos de la Corte (1980 y 1991). 2. El Tercer Reglamento de la Corte (1996). III. El Gran Salto Cualitativo: El Cuarto Reglamento de la Corte (2000). IV. El Fortalecimiento de la Capacidad Procesal Internacional de los Individuos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. V. El Próximo Paso: El Protocolo de Reformas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. VI. El Paso Siguiente: Del *Locus Standi* al *Jus Standi* de los Individuos Demandantes ante la Corte. VII. *Post Scriptum*.

[156]. El presente estudio integra, en su primera versión, los *Informes* presentados por el Autor a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en el Salón "Libertador Simón Bolívar" de la sede de la OEA en Washington D.C., los días 09 de marzo de 2001, y 05 de abril de 2001, respectivamente.

I. Introducción.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha siempre ocupado, a la par del ejercicio de las funciones que le atribuye la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del perfeccionamiento de los procedimientos que conforman el mecanismo de protección de la Convención Americana. Es lo que demuestra claramente la evolución de su propio Reglamento y de su trabajo como fruto de la utilización de la facultad reglamentaria que le otorga el artículo 60 de la Convención y el artículo 25(1) de su Estatuto. Hasta 1999, la Corte había dictado, en efecto, tres Reglamentos, los cuales, a su vez, habían sido reformados parcialmente. En el año 2000 la Corte dictó su cuarto Reglamento, que entrará en vigor el 01 de junio de 2001, en este inicio del siglo XXI. El nuevo Reglamento de la Corte, *inter alia*, realiza el viejo ideal de la plena participación (*locus standi*) de los individuos peticionarios en *todas* las etapas del procedimiento ante la Corte, al cual me referiré más adelante (cf. *infra*).

En el presente comentario, examinaré la evolución del Reglamento de la Corte en perspectiva histórica, los cambios significativos introducidos por el Reglamento de 2000, particularmente en cuanto al fortalecimiento de la capacidad procesal internacional de los individuos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En seguida, expondré resumidamente los próximos pasos que, a mi juicio, deben ser dados con miras al perfeccionamiento del mecanismo de protección y los procedimientos bajo la Convención Americana. Y, por último, me referiré brevemente al estado actual de los debates al respecto, en el seno de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

II. La Evolución del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. Los Dos Primeros Reglamentos de la Corte (1980 y 1991).

De inicio, me parece de todo oportuno y necesario, tal como lo observé en mi *Informe* del año pasado a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) de la Organización de los Estados Americanos (OEA)[157], recapitular brevemente la evolución, a lo largo de los 21 años de existencia del Tribunal, de su Reglamento, para mejor apreciar los cambios en él recientemente introducidos por la Corte con su actual composición. La Corte Interamericana aprobó su *primer Reglamento* en el mes de julio de 1980, inspirándose en el Reglamento entonces vigente de la Corte Europea de Derechos Humanos, el cual, a su vez, tomó como modelo el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Pero muy temprano en su experiencia la Corte Europea se dió cuenta de que tendría que reformar su Reglamento para ajustarlo a la naturaleza distinta de los casos contenciosos de derechos humanos[158]. En cuanto a la Corte

---

[157]. OEA, *Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos en el Marco del Diálogo sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (16 de marzo de 2000), OEA documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1627/00, de 17.03.2000, pp. 17-21 (también disponible en portugués, inglés y francés).

[158]. Así, de conformidad con su propia opinión, que había expresado ya en 1974, la Corte Europea, en las reformas de su Reglamento que entraron en vigor el 01 de enero de 1983, aseguró la representación legal directa de los individuos demandantes en el procedimiento ante élla, dando mayor eficacia al derecho de petición individual. Las modificaciones introducidas en el nuevo Reglamento afirmaron el principio básico de la igualdad de tratamiento de todos ante la jurisdicción internacional, aseguraron un mayor equilibrio entre los intereses contrapuestos, manteniéndose fieles a la naturaleza especial del procedimiento establecido en la Convención Europea. Además, pusieron un fin a la ambiguedad del rol de la antigua Comisión Europea de

Interamericana, su primer *interna corporis* estuvo en vigor por más de una década, expirando su vigencia el 31 de julio de 1991.

En razón de la influencia del Reglamento de la CIJ, el procedimiento, sobre todo para los casos contenciosos, era particularmente lento[159]. Una vez presentado el caso ante la Corte Interamericana, el Presidente citaba a una reunión a los representantes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y del Estado demandado, para recabar sus respectivas opiniones sobre el orden y los plazos para la presentación de la memoria, contramemoria, réplica y dúplica. En cuanto a las excepciones preliminares, éstas debían ser presentadas antes de que expirara el plazo fijado para la finalización de la primera actuación del procedimiento escrito, es decir, la presentación de la contramemoria. Bajo este marco legal, se tramitaron los tres primeros casos contenciosos, y, en cuanto al ejercicio de la función consultiva, las 12 primeras opiniones consultivas.

Derechos Humanos (que fue concebida más bien como defensora del interés público, tal como se desprende de los alegatos de su ex-Presidente, Sir Humphrey Waldock, ante la Corte Europea, en el caso *Lawless versus Irlanda*, 1960). P. Mahoney, "Developments in the Procedure of the European Court of Human Rights: the Revised Rules of Court", 3 *Yearbook of European Law* (1983) pp. 127-167.

[159]. Recuérde-se que el Reglamento de la CIJ, con rígidas etapas procesales, fue originalmente concebido para el contencioso *entre Estados*, jurídicamente iguales (enteramente distinto del contencioso internacional de los derechos humanos); A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987), cap. XV, pp. 383-394. Y, sobre el Reglamento de la CIJ, cf. S. Rosenne, *Procedure in the International Court – A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, The Hague, Nijhoff, 1983, pp. 1-305; G. Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour Internationale de Justice – InterpËétation et pratique*, Paris, Pedone, 1973, pp. 1-535.

Ante la necesidad de agilizar los procedimientos, la Corte aprobó el *segundo Reglamento* en el año de 1991, el cual entró en vigor el 01 de agosto de ese mismo año. A diferencia del Reglamento anterior, el nuevo Reglamento del Tribunal establecía que el Presidente llevaría a cabo, inicialmente, un examen preliminar de la demanda presentada y, si advertía que los requisitos fundamentales para la prosecución del proceso no habían sido cumplidos, solicitaba al demandante que subsanara los defectos constatados dentro de un plazo no mayor de 20 días. De acuerdo con este nuevo Reglamento, el Estado demandado tenía el derecho de responder por escrito la demanda dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la misma. En cuanto a las excepciones preliminares, se fijó en 30 días el plazo para la interposición de éstas, a partir de la notificación de la demanda, estableciéndose, sucesivamente, un plazo igual para la presentación de las observaciones a dichas excepciones.

Vale resaltar que, a partir de este segundo Reglamento, las partes debían cumplir con la presentación de escritos de acuerdo a los plazos fijados en el Reglamento, no más dependiendo este hecho del parecer de las partes (como sucedía con la normativa anterior), lo que llevó en algunos casos a demorar la presentación de los escritos hasta por un año. Teniendo presentes los principios de la economía procesal y del equilibrio entre las partes, el Reglamento de 1991 dispuso que el Presidente consultaría con los representantes de la CIDH y del Estado demandado, si estimaban necesario otros actos del procedimiento escrito. Fue el inicio de un proceso de racionalización y simplificación del procedimiento ante la Corte, el cual mucho se perfeccionó con la adopción del tercer Reglamento del Tribunal, en 1996 (cf. *infra*).

En cuanto al trámite de las medidas provisionales, el primer Reglamento de la Corte establecía que, ante la presentación de una solicitud de adopción de dichas medidas, si la Corte no estaba reunida, el Presidente debía convocarla sin retardo; o bien, si estaba pendiente esta reunión, el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente de la Corte, o con todos los jueces de ser posible, requería a las partes, si fuese necesario, que actuaran de manera tal que posibilitaran que cualquier decisión que la Corte viniera a tomar en relación con la solicitud de medidas provisionales, tuviera los efectos pertinentes. Dados la carencia de recursos humanos y materiales, y el carácter no-permanente (hasta la fecha) de la Corte, ésta se vió en la necesidad de revisar el procedimiento

para lograr, de manera inmediata y efectiva, la salvaguardia de los derechos a la vida e integridad personal consagrados en la Convención Americana.

Es así como, el 25 de enero de 1993, se introdujo una reforma relativa a las medidas provisionales que aún se mantiene vigente. Dicha modificación dispuso que si la Corte no estuviere reunida, el Presidente tiene la potestad de requerir al Estado involucrado en el caso que tome las medidas urgentes necesarias para evitar daños irreparables a las personas beneficiarias de las medidas. Una resolución del Presidente en este sentido sería puesta en consideración del pleno de la Corte en el período de sesiones inmediato siguiente, para su ratificación. En el marco del Reglamento aprobado en 1991, y de sus reformas posteriores, se conocieron las etapas del procedimiento de 18 casos contenciosos distintos, además de dos otras opiniones consultivas.

2. El Tercer Reglamento de la Corte (1996).

Cinco años después de la aprobación del segundo Reglamento, fui designado por la Corte para preparar un anteproyecto de reforma del Reglamento, tomando como base la discusión que al respecto se había dado en sucesivas sesiones del Tribunal. Se siguieron numerosos debates en el seno de la Corte, al final de los cuales el *tercer Reglamento* de su historia fue adoptado el 16 de septiembre de 1996, habiendo entrado en vigor el 01 de enero de 1997. El nuevo Reglamento de 1996 presentó algunas innovaciones.

En cuanto a la realización de actos del procedimiento, este *tercer Reglamento* de la Corte, en la misma línea del Reglamento anterior, dispuso que las partes podían solicitar al Presidente la realización de otros actos del procedimiento escrito, solicitud cuya pertinencia sería valorada por el Presidente, quien, si la otorgase, fijaría los plazos correspondientes. En consideración a las reiteradas solicitudes de prórroga para la presentación de la contestación de la demanda y las excepciones preliminares en los casos en trámite ante la Corte, en el tercer Reglamento se dispuso extender los plazos a cuatro y dos meses, respectivamente, ambos
contados a partir de la notificación de la demanda.

Comparado con los dos Reglamentos anteriores, se puede constatar que el tercer Reglamento de la Corte precisó tanto la terminología como la propia estructura del procedimiento ante el Tribunal. Gracias a los esfuerzos conjuntos de todos los Jueces, por primera vez la Corte pasó a contar con un *interna corporis* con una terminología y una secuencia de actos procesales propios de un verdadero Código de Proceso internacional. Por primera vez, el nuevo [tercer] Reglamento de la Corte estableció los momentos procesales para que las partes presentaran la prueba correspondiente a las distintas etapas del procedimiento, dejando a salvo la posibilidad de presentación extemporánea de prueba en casos de fuerza mayor, impedimento grave o hechos supervinientes.

Por otro lado, este Reglamento amplió la facultad del Tribunal para solicitar a las partes, o procurar *motu propio*, cualquier medio probatorio en cualquier estado del procedimiento, para mejor resolver los casos bajo su consideración. En cuanto a la terminación anticipada del proceso, el Reglamento de 1996 incluye, además de las figuras de la solución amistosa y el sobreseimiento, el allanamiento ante la Corte, la cual, una vez oído el parecer de la parte demandante, el de la Comisión y de los representantes de la víctima o sus familiares, establece su procedencia y fija los efectos jurídicos que a dicho acto correspondan (a partir de la cesación de la controversia en cuanto a los hechos).

El salto cualitativo principal del tercer Reglamento de la Corte fue dado por su artículo 23, mediante el cual se otorgó a los representantes de las víctimas o de sus familiares la facultad de presentar, en forma autónoma, sus propios argumentos y pruebas en la etapa de reparaciones. Cabe recordar los antecedentes, poco conocidos, extraídos de la práctica reciente de la Corte, de esta significativa decisión. En el procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana, los representantes legales de las víctimas habían sido, en los últimos años, integrados a la delegación de la Comisión Interamericana con la designación eufemística de "asistentes" de la misma[160].

En lugar de resolver el problema, esta *praxis* creó, sin embargo, ambigüedades que han persistido hasta la fecha[161]. Al discutir el proyecto del

[160]. Esta solución "pragmática" contó con el aval, con la mejor de las intenciones, de una reunión conjunta de la Corte y la CIDH, realizada en Miami en enero de 1994.

[161]. Lo mismo ocurría en el sistema europeo de protección hasta 1982, cuando la ficción

Reglamento de 1996, se consideró que había llegado el tiempo de intentar superar tales ambigüedades, dado que los roles de la Comisión (como guardián de la Convención asistiendo a la Corte) y de los individuos (como verdadera parte demandante) son claramente distintos. La propia práctica pasó a demostrar que evolución en el sentido de la consagración final de estos roles distintos debía darse *pari passu* con la gradual *jurisdiccionalización* del mecanismo de protección bajo la Convención Americana.

No hay como negar que la protección jurisdiccional es efectivamente la forma más evolucionada de salvaguardia de los derechos humanos, y la que mejor atiende a los imperativos del derecho y de la justicia. El Reglamento anterior de la Corte (de 1991) preveía, en términos oblicuos, una tímida participación de las víctimas o sus representantes en el procedimiento ante la Corte, sobre todo en la etapa de reparaciones y cuando invitados por ésta[162]. Un paso significativo, que no puede pasar desapercibido, fue dado en el caso *El Amparo* (reparaciones, 1996), relativo a Venezuela, verdadero "divisor de aguas" en esta materia: en la audiencia pública celebrada por la Corte Interamericana el 27 de enero de 1996, uno de sus magistrados, al manifestar expresamente su entendimiento de que al menos en aquella etapa del proceso no podía haber duda de que los representantes de las víctimas eran "*la verdadera parte demandante ante la Corte*", en un determinado momento del interrogatorio pasó a dirigir preguntas a ellos, los representantes de las víctimas (y no a los delegados de la Comisión o a los agentes del Gobierno), quienes presentaron sus respuestas[163].

Poco después de esta memorable audiencia en el caso *El Amparo*, los representantes de las víctimas presentaron dos escritos a la Corte (de fechas 13.05.1996 y 29.05.1996). Paralelamente, en relación con el cumplimiento de sentencia de interpretación de sentencia previa de indemnización compensatoria en los casos anteriores *Godínez Cruz* y *Velásquez Rodríguez*, los representantes de las víctimas presentaron igualmente dos escritos a la Corte (de fechas 29.03.1996 y 02.05.1996). La Corte sólo determinó poner término al proceso de estos dos casos después de constatado el cumplimiento, por parte de Honduras, de las sentencias de reparaciones y de interpretación de ésta última, y después de haber tomado nota de los puntos de vista no sólo de la CIDH y del Estado demandado, sino también de los peticionarios y los representantes legales de las familias de las víctimas[164].

El campo estaba abierto al cambio, en este particular, de las disposiciones pertinentes del Reglamento de la Corte, sobre todo a partir de los desarrollos en el procedimiento en el caso *El Amparo*. El próximo paso, decisivo, fué dado en el nuevo Reglamento de la Corte, adoptado el 16.09.1996 y vigente a partir del 01.01.1997, cuyo artículo 23 dispuso que "en la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma". Además de esta disposición, de fundamental importancia, también merecen destaque los artículos 35(1), 36(3) y 37(1) del Reglamento de 1996, sobre la comunicación (por el Secretario de la Corte) de la demanda, la contestación de la demanda, y las excepciones preliminares, respectivamente, al

---

de los "asistentes" de la Comisión Europea fué finalmente superada por las reformas del Reglamento de la Corte Europea que entraron en vigor el 01.01.1983; cf. P. Mahoney y S. Prebensen, "The European Court of Human Rights", *The European System for the Protection of Human Rights* (eds. R.St.J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold), Dordrecht, Nijhoff, 1993, p. 630.

[162]. Cf. los artículos 44(2) y 22(2), – y también los artículos 34(1) y 43(1) y (2), – del Reglamento de 1991. Anteriormente, en los casos *Godínez Cruz* y *Velásquez Rodríguez* (reparaciones, 1989), relativos a Honduras, la Corte recibió escritos de los familiares y abogados de las víctimas, y tomó nota de los mismos (Sentencias de 21.07.1989).

[163]. Cf. la intervención del Juez A.A. Cançado Trindade, y las respuestas del Sr. Walter Márquez y de la Sra. Ligia Bolívar, como representantes de las víctimas, *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 (mecanografiado, circulación interna).

[164]. Cf. las dos resoluciones de la Corte, de 10.09.1996, sobre los referidos casos, *in*: Corte I.A.D.H., *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – 1996*, pp. 207-213.

denunciante original y a la [presunta] víctima o sus familiares.

Quedó evidente que ya no había cómo pretender ignorar o menoscabar la posición de verdadera parte demandante de los individuos peticionarios. Pero fue la adopción sobre todo del artículo 23 (*supra*) del Reglamento de 1996 que constituyó un paso significativo en el sentido de abrir el camino para desarrollos subsiguientes en la misma dirección, o sea, de modo a asegurar que en el futuro previsible los individuos en fin tuvieran *locus standi* en el procedimiento ante la Corte no sólo en la etapa de reparaciones sino en todas las etapas del procedimiento atinente a los casos a élla enviados por la Comisión (cf. *infra*).

En la etapa inicial de los *travaux préparatoires* del tercer Reglamento (de 1996), me permití recomendar al entonces Presidente de la Corte que se otorgara dicha facultad a las presuntas víctimas o sus familiares, o sus representantes legales, en *todas* las etapas del procedimiento ante la Corte (*locus standi in judicio*)[165]. Consultados los demás magistrados, la

[165]. En carta que me permití dirigir al entonces Presidente de la Corte Interamericana (Juez Héctor Fix-Zamudio), el 07 de septiembre de 1996, en el marco de los *travaux préparatoires* del tercer Reglamento de la Corte, señalé, *inter alia*, lo siguiente: – "(...) Sin pretender anticiparme a nuestros futuros debates, permítome resumir los argumentos que, a mi modo de ver, militan, en tesis, en favor del reconocimiento, con la debida prudencia, del *locus standi* de las víctimas en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos ya enviados a ésta por la Comisión Interamericana. En primer lugar, a los derechos protegidos corresponde la capacidad procesal de vindicarlos o ejercerlos. La protección de derechos debe ser dotada del *locus standi* procesal de las víctimas, sin el cual estará el procedimiento desprovisto en parte del elemento del contradictorio, esencial en búsqueda de la verdad y la justicia. Es de la propia esencia del contencioso internacional de derechos humanos el contradictorio entre las víctimas de violaciones y los Estados demandados. El *locus standi in judicio* de las vítctimas contribuye para mejor instruir el proceso. En segundo lugar, la igualdad procesal de las partes (*equality of arms/égalité des armes*) es esencial a todo sistema jurisdiccional de protección de los derechos humanos; sin el *locus standi* de las víctimas dicha igualdad estará mitigada. Además, el derecho de libre expresión de las propias víctimas es elemento integrante del propio debido proceso legal. En tercer lugar, el *locus standi* de las víctimas contribuye a la "jurisdiccionalización" del mecanismo de protección, poniendo fin a la ambiguedad del rol de la Comisión, la cual no es rigurosamente "parte" en el proceso, sino más bien guardián de la aplicación correcta de la Convención. En cuarto lugar, en casos de comprobadas violaciones de derechos humanos, son las propias víctimas quienes reciben las reparaciones e indemnizaciones. Estando las víctimas presentes al inicio y al final del proceso, no hay sentido en negarles presencia durante el mismo. En quinto lugar, *last but not least*, estando, a mi modo de ver, superadas las razones históricas que llevaron a la denegación del *locus standi in judicio* de las víctimas, el reconocimiento de este último conforma la personalidad y capacidad jurídicas internacionales de la persona humana, para hacer valer sus derechos. Los avances en esta dirección, en la actual etapa de evolución del sistema interamericano de protección, son responsabilidad *conjunta* de la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos. La Comisión tendrá que estar preparada para expresar siempre sus puntos de vista ante la Corte, aunque no sean coincidentes con los de los representantes de las víctimas; y la Corte tendrá que estar preparada para recibir y evaluar los argumentos de los delegados de la Comisión y de los representantes de las víctimas, aunque sean divergentes.(...)".
Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), *Carta del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade al Presidente Héctor Fix-Zamudio*, del 07.09.1996, pp. 4-5 (original depositado en los archivos de la Corte). Para otras propuestas, cf. CtIDH, *Carta del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade al*

mayoría de la Corte optó por proceder por etapas, otorgando aquella facultad en la etapa de reparaciones (cuando ya se había determinado la existencia de víctimas de violaciones de derechos humanos). Ésto, sin perjuicio de que, en el futuro, se extendiera la facultad a los individuos peticionarios en todas las etapas del procedimiento, como yo había propuesto, consagrando la personalidad y capacidad jurídicas plenas de los individuos como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La nueva norma vino a darle legitimidad activa, en la etapa de reparaciones, a los representantes de las víctimas o de sus familiares[166], quienes anteriormente presentaban sus alegaciones a través de la CIDH, la cual las hacía suyas. Siguiendo lo dispuesto en los artículos 23, 35, 37 y 57(6) del Reglamento de 1996, el Tribunal pasó a comunicar a los denunciantes originales, a las víctimas o a sus representantes y familiares, los principales actos del procedimiento escrito del caso sometido a la Corte y las sentencias atinentes a las distintas etapas del proceso. Fue este el primer paso concreto para lograr el acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y asegurar su más amplia participación en todas las etapas del procedimiento.

Cabe, en fin, mencionar que los dos primeros Reglamentos de la Corte, anteriores al de 1996 (cf. *supra*), establecían que el Tribunal debía convocar a una audiencia pública para dar lectura y notificar sus sentencias a las partes. Este procedimiento se eliminó en el tercer Reglamento, a fin de agilizar la labor del Tribunal (no permanente), evitando los gastos que representaba la comparecencia de los representantes de las partes ante la Corte para la lectura de las sentencias, y de maximizar el aprovechamiento de la limitada permanencia de los Jueces en la sede del Tribunal durante los períodos de sesiones. En el marco del Reglamento de 1996, se conocieron, hasta marzo de 2000, 17 casos contenciosos, en distintas etapas del procedimiento, y se emitieron las dos más recientes (15a. y 16a.) opiniones consultivas.

III. El Gran Salto Cualitativo: El Cuarto Reglamento de la Corte (2000).

El cambio de siglo ha testimoniado un salto cualitativo fundamental en la evolución del propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el marco de la operación del mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la adopción del nuevo Reglamento de la Corte Interamericana, – el cuarto de su historia, – el 24 de noviembre de 2000, y que entrará en vigor el 01 de junio de 2001. Para contextualizar los significativos cambios introducidos en este nuevo Reglamento, cabe recordar que la Asamblea General de la OEA del año 2000 (realizada en Windsor, Canadá) adoptó una resolución[167] acogiendo las recomendaciones del Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre Derechos Humanos de Representantes de los Cancilleres de los países de la región (que se reunió en San José de Costa Rica, en febrero de 2000)[168].

Dicha resolución de la Asamblea General de la OEA, *inter alia*, encomendó a la Corte Interamericana, tomando en consideración los *Informes* que presenté, en representación de la Corte, a los órganos de la OEA los días 16 de marzo, 13 de abril, y 06 de junio de 2000[169], a que considerara la

---

Presidente Héctor Fix-Zamudio, del 06.12.1995, p. 2 (original depositado en los archivos de la Corte).

- Estos mismos argumentos los sostuve en *todas* las reuniones anuales conjuntas entre la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, en el período de 1995 hasta 1999 y en 2001 (como consta de las transcripciones de las mismas), así como en la reunión conjunta de las directivas de ambos órganos en 2000.

166. Según el artículo 23 del Reglamento de 1996, "en la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus proprios argumentos y pruebas en forma autónoma".

167. OEA/A.G., resolución AG/RES.1701 (XXX-0/00), de 2000.

168. Tuve la ocasión de participar de los debates tanto de la Reunión del referido Grupo de Trabajo *ad hoc*, como de la Asamblea General de la OEA en Canadá, en representación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de constatar el tono positivo de los mismos, con miras a perfeccionar y a fortalecer los procedimientos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

169. Reproducidos *in*: OEA, *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos*

posibilidad de: a) "permitir la participación directa de la víctima" en el procedimiento ante la Corte (una vez sometido el caso a su competencia), "teniendo en cuenta la necesidad tanto de preservar el equilibrio procesal, como de redefinir el papel de la CIDH en dichos procedimientos"; y b) evitar la "duplicación de procedimientos" (una vez sometido el caso a su competencia), en particular "la producción de la prueba, teniendo en cuenta las diferencias de naturaleza" entre la Corte y la CIDH.

Nunca es demás resaltar que esta resolución no se produjo en el vácuo, sino más bien en el contexto de un amplio y prolongado proceso de reflexión sobre los rumbos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. La Corte Interamericana tomó la iniciativa de convocar cuatro Reuniones de Expertos del más alto nivel, realizadas en la sede del Tribunal los días 20 de septiembre de 1999, 24 de noviembre de 1999, 05-06 de febrero de 2000 y 08-09 de febrero de 2000. Como *rapporteur* designado por la Corte de este proceso de reflexión, presidí estas Reuniones, y coordiné el Seminario internacional denominado *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, cuyo primer tomo de actas ha sido recientemente publicado[170], y oficialmente lanzado en la sede de la OEA con ocasión de mi presentación a su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos el día 09 de marzo de 2001.

La adopción, por la Corte, de su *cuarto Reglamento*, el del año 2000, debe, – me permito insistir en este punto, – ser contextualizada, por cuanto se efectuó en el marco de un amplio proceso de reflexión, del cual participaron activamente los órganos de supervisión del sistema de protección, la propia OEA, sus Estados Miembros, así como las entidades de la sociedad civil. La Corte tomó la iniciativa no sólo de adoptar su nuevo Reglamento, sino también de formular propuestas concretas para perfeccionar y fortalecer el mecanismo de protección bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las alteraciones reglamentarias incidieron en la racionalización de los actos procesales, en materia probatoria y medidas provisionales de protección; pero la modificación de mayor transcendencia consistió en el otorgamiento de participación directa de las presuntas víctimas, sus familiares, o sus representantes, en *todas* las etapas del procedimento ante la Corte (cf. *infra*).

En su Reglamento de 2000, la Corte introdujo una serie de disposiciones, sobre todo en relación con las excepciones preliminares, la contestación de la demanda y las reparaciones, con miras a asegurar una mayor celeridad y agilidad en el proceso ante ella. La Corte tuvo presente el viejo adagio "*justice delayed is justice denied*"; además, al lograr un proceso más expedito, sin perjuicio de la seguridad jurídica, se evitarían costos innecesarios, en beneficio de todos los actores involucrados en los casos contenciosos ante la Corte.

En este espíritu, en lo que a las excepciones preliminares se refiere, mientras que el Reglamento de 1996 disponía que debían ellas ser opuestas dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la demanda, el Reglamento de 2000 determina que dichas excepciones sólo podrán ser interpuestas en el escrito de contestación de la demanda (artículo 36). Además, a pesar de que en la etapa de excepciones preliminares aplícase el principio *reus in excipiendo fit actor*, el Reglamento de 2000 establece que la Corte podrá convocar una audiencia especial sobre excepciones preliminares cuando lo considere indispensable, i.e., podrá, dependiendo de las circunstancias, prescindir de la audiencia (tal como se desprende del artículo 36(5)). Y si bien la práctica de la Corte hasta la fecha ha sido la de emitir primeramente una sentencia sobre excepciones preliminares, y, si desestimadas éstas, posteriormente una sentencia sobre el fondo, el Reglamento de 2000 dispone, a la luz del principio de la economía procesal, que la Corte podrá resolver en una sola sentencia tanto las excepciones preliminares así como el fondo del caso (artículo 36).

A su vez, la contestación de la demanda, que bajo el Reglamento de 1996 se debía realizar dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación de la demanda, bajo el Reglamento de 2000 debe presentarse dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la demanda (artículo 37(1)). Esta, como otras reducciones de plazos, permite tramitar el proceso con mayor celeridad, en beneficio de las partes involucradas en el mismo. Asimismo, el Reglamento de 2000 establece que, en la contestación de la

---

Humanos – 2000, doc. OEA/Ser.L/V/III.50-doc.4, San José de Costa Rica, 2001, pp. 657-790.

[170]. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI – Memoria del Seminario*, San José de Costa Rica, CtIADH, 2001, pp. 1-726.

demanda, el Estado demandado deberá declarar si acepta los hechos denunciados y las pretensiones del demandante, o si los contradice; de ese modo, la Corte podrá considerar como aceptados los hechos no expresamente negados y las pretensiones no expresamente controvertidas (artículo 37(2)).

En materia probatoria, teniendo presente una recomendación de la Asamblea General de la OEA (cf. *supra*), la Corte introdujo en su Reglamento de 2000 una disposición según la cual las pruebas rendidas ante la CIDH deben ser incorporadas al expediente del caso ante la Corte, siempre y cuando hayan ellas sido recibidas en procedimientos contradictorios, salvo que la Corte considere indispensable repetirlas. Con esta innovación la Corte pretende evitar la repetición de actos procesales, con miras a aligerar el proceso y economizar sus costos. Al respecto, hay que tener siempre presente que las presuntas víctimas, sus familiares o representantes, están en capacidad de aportar, durante todo el proceso, sus solicitudes, argumentos y pruebas de forma autónoma (artículo 43).

Según el nuevo y cuarto Reglamento de la Corte, podrá ésta disponer la acumulación de casos conexos entre sí, en cualquier estado de la causa, siempre que exista identidad de partes, objeto y base normativa entre los casos a acumular (artículo 28). Esta providencia también se enmarca en el propósito de racionalización del procedimiento ante la Corte. El Reglamento de 2000 dispone, además, que la presentación de las demandas, así como las solicitudes de opiniones consultativas, deberán ser transmitidas, además de al Presidente y los demás Jueces de la Corte, también al Consejo Permanente de la OEA, a través de su Presidente; y, en cuanto a las demandas, deberán igualmente ser remitidas al Estado demandado, a la CIDH, al denunciante original y la presunta víctima, sus familiares o representantes debidamente acreditados (ariculos 35(2) y 62(1)).

En cuanto a las medidas provisionales de protección, si bien la práctica de la Corte ha sido, hasta la fecha, la de celebrar – cuando estime necesario – audiencias públicas sobre dichas medidas, esta posibilidad no estaba presente en el Reglamento de 1996. A su vez, el nuevo Reglamento de 2000 incorpora una disposición que establece que la Corte, o su Presidente si ésta no estuviere reunida, podrá convocar las partes, si lo estima necesario, a una audiencia pública sobre las referidas medidas provisionales (artículo 25).

En materia de reparaciones, el Reglamento de 2000 determina que, entre las pretensiones expresadas en el escrito de la propia demanda, debe incluirse las referentes a las reparaciones y costas (artículo 33(1)). A su vez, las sentencias emitidas por la Corte deben contener, *inter alia*, el pronunciamiento sobre reparaciones y costas (artículo 55(1)(h)). De ese modo, una vez más se busca reducir la duración del proceso ante el Tribunal, a la luz del principio de la celeridad y economía procesales, y en beneficio de todos los interesados.

Tal y como recomendado por la Asamblea General de la OEA (cf. *supra*), la Corte introdujo en su nuevo Reglamento de 2000 una serie de medidas destinadas a otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la participación directa (*locus standi in judicio*) en todas las etapas ante el Tribunal. En perspectiva histórica, es esta la modificación más trascendental del cuarto Reglamento de la Corte, además de un verdadero marco en la evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en particular, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general. El artículo 23 del nuevo Reglamento de 2000, sobre la "Participación de las Presuntas Víctimas", dispone que:

- "1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso.

2. De existir pluralidad de presuntas víctimas, familiares o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluídas las audiencias públicas.

3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente."

Como ya señalé, el anterior Reglamento de 1996 había dado el primer paso en esa dirección, al otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes la facultad de presentar sus propios

argumentos y pruebas en forma autónoma, específicamente en la etapa de reparaciones. Si las presuntas víctimas se encuentran al *inicio* del proceso (al ser supuestamente lesionadas en sus derechos), así como al *final* del mismo (como eventuales beneficiarios de las reparaciones), por que razón negar su presencia *durante* el proceso, como verdadera parte demandante? El Reglamento de 2000 vino a remediar esta incongruencia que perduró por más de dos décadas (desde la entrada en vigor de la Convención Americana) en el sistema interamericano de protección.

En efecto, con el Reglamento de 2000 de la Corte Interamericana, las presuntas víctimas, sus familiares o representantes podrán presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante *todo* el proceso ante el Tribunal (artículo 23)[171]. Así, una vez que la Corte notifica la demanda a la presunta víctima, sus familiares o sus representantes legales, les otorga a éstos un plazo de 30 días para la presentación, en forma autónoma, de los escritos conteniendo sus solicitudes, argumentos y pruebas (artículo 35(4)). Asimismo, durante las audiencias públicas, podrán ellos hacer uso de la palabra para la presentación de sus argumentos y pruebas, debido a su condición de verdadera parte en el proceso (artículo 40(2))[172]. Con este relevante avance, queda en fin aclarado que las verdaderas partes en un caso contencioso ante la Corte son los individuos demandantes y el Estado demandado, y, sólo procesalmente, la CIDH (artículo 2(23)).

Con el otorgamiento del *locus standi in judicio* a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes legales, en todas las etapas del proceso ante la Corte, pasan ellos a disfrutar de todas las facultades y obligaciones, en materia procesal, que, hasta el Reglamento de 1996, eran privativos únicamente de la CIDH y del Estado demandado (excepto en la etapa de reparaciones). Esto implica que, en el procedimiento ante la Corte[173], podrán existir, o coexistir, tres posturas distintas: la de la presunta víctima (o sus familiares o representantes legales)[174], como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; la de la CIDH, como órgano de supervisión de la Convención y auxiliar de la Corte; y la del Estado demandado.

Esta histórica reforma introducida en el Reglamento de la Corte sitúa a los distintos actores en perspectiva correcta; contribuye a una mejor instrucción del proceso; asegura el principio del contradictorio, esencial en la búsqueda de la verdad y la prevalencia de la justicia bajo la Convención Americana; reconoce ser de la esencia del contencioso internacional de los derechos humanos la

---

[171]. El artículo 23(1), al otorgar a las presuntas víctimas, o sus familiares o representantes, la facultad de presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante *todo* el proceso ante la Corte, *después de admitida la demanda*, preserva, de ese modo, con prudencia, las facultades de la Comisión.

[172]. En cuanto a la demanda de interpretación, será comunicada por el Secretario de la Corte a las partes en el caso – incluídas naturalmente las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, – para que presenten los alegatos escritos que estimen pertinentes, dentro de un plazo fijado por el Presidente de la Corte (artículo 58(2)).

[173]. Para el procedimiento en los casos *pendientes* ante la Corte, *antes* de la entrada en vigor del nuevo Reglamento en el próximo 01 de junio de 2001, la Corte Interamericana adoptó una *Resolución sobre Disposiciones Transitorias* (el 13 de marzo de 2001), mediante la cual decidió que: 1) los casos que se encuentren en curso al momento de la entrada en vigor del nuevo Reglamento (de 2000) continuarán tramitándose de acuerdo con las normas del anterior Reglamento (de 1996), hasta tanto culmine la etapa procesal en la que se hallan; 2) las presuntas víctimas participarán en la etapa que se inicie con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo Reglamento (de 2000), de conformidad con el artículo 23 del mismo.

[174]. Los alegatos, en forma autónoma, de las presuntas víctimas (o sus representantes o familiares), deben naturalmente formularse ateniéndose a los términos de la demanda (es decir, a los derechos que se alega en la demanda haber sido violados), porque, – como los procesalistas no cansan de siempre repetir (invocando las enseñanzas sobre todo de los maestros italianos), – lo que no está en el expediente del caso no está en el mundo...

contraposición directa entre los individuos demandantes y los Estados demandados; reconoce el derecho de libre expresión de las propias presuntas víctimas, el cual es un imperativo de equidad y transparencia del proceso; y, *last but not least*, garantiza la igualdad procesal de las partes (*equality of arms/égalité des armes*) en todo el procedimiento ante la Corte[175].

IV. El Fortalecimiento de la Capacidad Procesal Internacional de los Individuos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El fortalecimiento de la capacidad procesal de los individuos en los procedimientos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos se está logrando gradualmente de distintas formas, en el ejercicio de las funciones tanto contenciosa como consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la par de las medidas provisionales de protección. En cuanto a los *casos contenciosos*, los desarrollos en este sentido pueden ser apreciados a través de un estudio, como visto anteriormente, tanto de la evolución del propio *Reglamento* de la Corte Interamericana (cf. *supra*), como también de la *interpretación* de determinadas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como del Estatuto de la Corte. A la representación directa de las víctimas o sus representantes en el procedimiento contencioso ante la Corte, así como a la evolución del Reglamento de la Corte en general, ya me referí anteriormente (cf. *supra*).

En lo que concierne a las disposiciones convencionales relevantes, podría destacar las siguientes: a) los artículos 44 y 48(1)(f) de la Convención Americana se prestan claramente a la interpretación en favor de los individuos peticionarios como parte demandante; b) el artículo 63(1) de la Convención se refiere a "parte lesionada", la cual sólo puede significar los individuos (y jamás la Comisión); c) el artículo 57 de la Convención señala que la Comisión "comparecerá en todos los casos ante la Corte", pero no especifica en qué condición, y no dice que la Comisión es parte; d) el propio artículo 61 de la Convención, al determinar que sólo los Estados Partes y la Comisión pueden someter un caso a la decisión de

---

[175]. En defensa de esta posición (que ha logrado superar resistencias, sobre todo de los nostálgicos del pasado, inclusive dentro del propio sistema interamericano de protección), cf. mis escritos: A.A. Cançado Trindade, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas", *Derecho Internacional y Derechos Humanos/Droit international et droits de l'homme* (Libro Conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, San José de Costa Rica, abril/mayo de 1995), La Haye/San José, IIDH/Académie de Droit International de La Haye, 1996, pp. 47-95; A.A. Cançado Trindade, "The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century", 30 *Columbia Human Rights Law Review* – New York (1998) n. 1, pp. 1-27; A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", *in Karel Vasak Amicorum Liber – Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *in El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI – Memoria del Seminario* (Noviembre de 1999), tomo I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68.

la Corte, no habla de "partes"[176]; e) el artículo 28 del Estatuto de la Corte señala que la Comisión "será tenida como parte ante la Corte" (o sea, parte en un sentido puramente procesal), pero no determina que efectivamente "es parte".

En cuanto a las *Medidas Provisionales de Protección* (bajo el artículo 63(2) de la Convención), desarrollos recientes han fortalecido la posición de los individuos en búsqueda de protección. En el caso del *Tribunal Constitucional* (2000), la magistrada Delia Revoredo Marsano de Mur, destituída del Tribunal Constitucional del Perú[177] sometió directamente a la Corte Interamericana, el 03 de abril de 2000, una solicitud de medidas provisionales de protección. Tratándose de un caso pendiente ante la Corte Interamericana, y no estando esta última en sesión en aquel entonces, el Presidente de la Corte, por primera vez en la historia de la Corte, adoptó medidas urgentes, *ex officio*, en Resolución del 07 de abril de 2000, dadas la extrema gravedad y urgencia, y para evitar daños irreparables a la peticionaria.

Posteriormente, la misma situación se planteó en el caso *Loayza Tamayo versus Perú* (2000), ya decidido por la Corte en cuanto al fondo y a las reparaciones: en un escrito de 30 de noviembre de 2000, la Sra. Michelangela Scalabrino presentó directamente a la Corte una solicitud de medidas provisionales, en nombre de la víctima, Sra. María Elena Loayza Tamayo, – solicitud ésta endosada por la hermana de la víctima, Sra. Carolina Loayza Tamayo. Estando el caso en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia (en cuanto a las reparaciones), y no estando la Corte en sesión, su Presidente, por segunda vez, adoptó medidas urgentes, *ex officio*, en Resolución del 13 de diciembre de 2000, dadas la extrema gravedad y urgencia, y para evitar daños irreparables a la víctima.

En ambos casos (*Tribunal Constitucional* y *Loayza Tamayo*), la Corte en pleno ratificó, al entrar en sesión, las referidas medidas urgentes adoptadas por su Presidente (Resoluciones de la Corte sobre Medidas Provisionales de Protección, del 14 de agosto de 2000, y del 03 de febrero de 2001, respectivamente). Estos dos episodios recientes, que no pueden pasar desapercibidos, demuestran no sólo la viabilidad, sino también la importancia, del *acceso directo* del individuo, sin intermediarios, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún más en una situación de extrema gravedad y urgencia.

En cuanto a las *Opiniones Consultivas*, no hay que pasar desapercibida la participación, en el procedimiento ante la Corte, de individuos, sea como personas físicas o como representantes de organizaciones no-gubernamentales (ONGs). Si bien en la mayoría de los procedimientos consultivos hasta la fecha no se contó con dicha participación[178], en algunos de ellos los individuos marcaron presencia. Así, en los procedimientos atinentes a la cuarta (1984) y la quinta (1985) Opiniones Consultivas algunos individuos presentaron sus puntos de vista en las respectivas audiencias públicas, en representación de instituciones (públicas y de prensa, respectivamente); en el procedimiento relativo a la décima-tercera Opinión Consultiva, participaron cuatro representantes de tres ONGs; en el referente a la décima-cuarta Opinión Consultiva, intervinieron dos miembros de dos ONGs; en el concerniente a la décima-quinta Opinión Consultiva, participaran dos representantes de dos ONGs.

Pero fue la histórica Opinión Consultiva n. 16, de transcendental importancia en perspectiva histórica, la que contó con un procedimiento consultivo extraordinariamente rico, en el cual, a la par de los ocho Estados intervenientes[179], hicieron uso de la palabra en las audiencias públicas siete individuos representantes de cuatro ONGs (nacionales e internacionales) de derechos humanos, dos individuos de una ONG actuante en pro de la abolición de la pena de muerte, dos representantes de una entidad (nacional) de abogados, cuatro profesores universitarios en calidad individual, y tres individuos en representación de un condenado a la pena de muerte. Estos datos, poco conocidos, también revelan

176. En el futuro, cuando esté consagrado – como espero – el *jus standi* de los individuos ante la Corte, este artículo de la Convención habrá sido enmendado.

177. Y más recientemente reintegrada al mismo.

178. O sea, los procedimientos atinentes a la primera (1982), la segunda (1982), la tercera (1983), la sexta (1986), la séptima (1986), la octava (1986), la novena (1987), la décima (1989), la décima-primera (1990), y la décima-segunda (1991) Opiniones Consultivas.

179. México, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, República Dominicana, y Estados Unidos.

el acceso del ser humano a la jurisdicción internacional en el sistema interamericano de protección, en el marco de los procedimientos consultivos bajo la Convención Americana; demuestran, además, el carácter de *ordre public* de dichos procedimientos.

V. El Próximo Paso: El Protocolo de Reformas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El nuevo Reglamento de la Corte, aprobado el 24.11.2000 y que entrará en vigor el 01.06.2001, no sólo toma en consideración las recomendaciones formuladas por la Asamblea General de la OEA (cf. *supra*), como introduce modificaciones, anteriormente señaladas, en beneficio de todos los actores en el procedimiento ante el Tribunal, con miras a la realización del objeto y fin de la Convención Americana, plasmada en la protección eficaz de los derechos humanos. Reconoce, significativamente, al individuo demandante, de modo inequívoco, y por primera vez en la historia de la Corte y del sistema interamericano de protección, como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con plena capacidad jurídico-procesal internacional.

Por su cuarto y nuevo Reglamento (2000) la Corte asume en definitiva la posición de vanguardia en la protección internacional de los derechos humanos en nuestro hemisferio (y en el marco de la universalidad de los derechos humanos), al erigir el ser humano, de modo inquestionable, como verdadera parte demandante en todas las etapas de los procedimientos contenciosos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Las implicaciones de este cambio, juridicamente revolucionario, son considerables, no sólo en los planos conceptual, procesal, y – por que no decirlo? – también filosófico, sino inclusive en el plano material: la Corte necesitará considerables recursos humanos y materiales adicionales para hacer frente a esta nueva conquista[180].

Este gran salto cualitativo, dado por el nuevo Reglamento de la Corte Interamericana representa, pues, un paso de los más significativos en la evolución del sistema regional de protección, en el sentido de su *jurisdiccionalización*. Ocurre, además, en un momento histórico en que gana cada vez mayor espacio el ideal de la realización de la justicia a nivel internacional[181]. El proceso de perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es dinámico, y no estático, y de carácter permanente. Debe ser llevado a cabo de forma continuada, pues las instituciones que resisten a la evolución de los tiempos tienden a estancarse.

Las instituciones (incluídas las de promoción y protección de los derechos humanos), – además de expresarse, en última instancia, por las personas físicas que actuan en su nombre, – operan *en el tiempo*, y tienen, pues, que renovarse, para atender a la nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano[182]. Siendo así, el nuevo Reglamento de la Corte (sumado al de la Comisión) es parte de un *proceso* de perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema de protección. El próximo paso de esta evolución debe, en mi entender, como vengo

[180]. Cf. sección VII, *Post Scriptum*, *infra*.

[181]. Con el notable fortalecimiento de la Corte Europea de Derechos Humanos, la decisión de crear la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la creación por las Naciones Unidas de los Tribunales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y Ruanda, la adopción del Estatuto de Roma de 1998 del Tribunal Penal Internacional, entre otras iniciativas recientes. Sobre los antecedentes del ideal de la realización de la justicia a nivel internacional, cf. A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *in El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI – Memoria del Seminario* (Noviembre de 1999), tomo I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68.

[182]. Cf., al respecto, recientemente, A.A. Cançado Trindade y Jaime Ruiz de Santiago, *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 19-119.

sosteniendo hace mucho tiempo, consistir en un Protocolo de Reformas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precedido por amplias consultas a los Estados Partes, a las entidades de la sociedad civil y a los beneficiarios del sistema en general.

El futuro Protocolo, fruto necesariamente de consensos, debe inicialmente *incorporar los avances reglamentarios* recientemente logrados (tanto por la Corte – cf. *supra* – como por la Comisión). Hay que tener siempre presente que un Reglamento puede a cualquier momento sufrir alteraciones (inclusive retrógradas); ya un Protocolo, una vez que entre en vigor, constituye la vía más segura de obtener compromisos reales por parte de los Estados, sin posibilidad de retrocesos, en cuanto a un mecanismo más eficaz de protección de los derechos humanos.

Dicho Protocolo debe, a mi modo de ver, y siempre con base en consensos, ir más allá. La parte sustantiva de la Convención – atinente a los derechos protegidos – debe ser debidamente preservada, sin alteraciones, pues la jurisprudencia de la Corte y la práctica de la Comisión al respecto, constituyen un patrimonio jurídico de todos los Estados Partes en la Convención y todos los pueblos de nuestra región. Además, de todos modos, el artículo 77(1) de la Convención Americana abre la posibilidad de que se amplie siempre el elenco de los derechos convencionalmente protegidos. Pero la parte relativa al mecanismo de protección y los procedimientos bajo la Convención Americana ciertamente requiere reformas, y no hay que temerlas.

Las más urgentes, además de asegurar la plena participación de las presuntas víctimas (*locus standi*) en todos los procedimientos – debidamente racionalizados – bajo la Convención Americana (cf. *supra*) son, en mi entender, *de lege ferenda*, las que paso a relatar a continuación. El *artículo 50(2)* de la Convención, según el cual el Informe de la Comisión bajo aquel artículo "será transmitido a los Estados interesados, quienes no estarán facultados para publicarlo", ha generado demasiada controversia desde el inicio de la aplicación de la Convención Americana. Además, su compatibilidad con el principio de la igualdad de las partes (*equality of arms/égalité des armes*) requiere demostración. El imperativo de la equidad procesal exige, a mi modo de ver, su emienda, con la siguiente posible redacción:

- "El informe [bajo el artículo 50 de la Convención]
será transmitido a los Estados interesados y a los individuos
peticionarios, quienes no estarán facultados para darle
publicidad".

La misma referencia adicional, también a "los individuos peticionarios", se debe insertar en el *artículo 51(1)* de la Convención, después de la referencia a "los Estados interesados".

La segunda frase del *artículo 59* de la Convención, que faculta al Secretario General de la OEA nombrar funcionarios de la Corte en consulta con el Secretario de la misma, ya no se sostiene, teniendo presente el Acuerdo de Autonomia de la Corte, como órgano de más alta jerarquía, de carácter judicial, de la Convención Americana. Dicha frase debe pasar a tener la siguiente redacción:

- "(...) Sus funcionarios [i.e., de la Corte] serán
nombrados por la Corte"[183].

[183]. Del mismo modo, el artículo 14(4) del Estatuto (de 1979) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el cual "el personal de la Secretaría será nombrado por el Secretario General de la OEA, en consulta con el Secretario de la Corte", debe ser enmendado, y remplazado por la siguiente disposición, *tout court*: "El personal de la Secretaría será nombrado por la Corte". – En lo que concierne a la autonomía de la Corte como tribunal internacional de derechos humanos, el artículo 18 del Estatuto de la Corte, sobre incompatibilidades, también requiere atención. El artículo 18(1)(a) del Estatuto, ao disponer sobre la incompatibilidad, con el ejercicio del cargo de Juez de la Corte, de los cargos y actividades de "miembros o altos funcionarios del Poder Ejecutivo", exceptúa "los cargos que no impliquen subordinación jerárquica ordinaria, así como los de agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros". Este último agregado es un casuísmo inadmisible, una aberración jurídica, pues entra en conflicto directo e irremediable con los cánones más elementares del Derecho

Además, al final de la primera frase del artículo 59 de la Convención, se debe agregar lo siguiente:

- "(...), y con el Acuerdo entre la Secretaria General de la OEA y la Corte, sobre el Funcionamiento Administrativo de la Secretaría de la Corte, en vigor a partir del 01 de enero de 1998".

La cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte, plasmada en el *artículo 62* de la Convención Americana, es un anacronismo histórico, tal como señalado en mi estudio recientemente publicado en el tomo I de las Actas del Seminario de noviembre de 1999 organizado por la Corte[184]. Con base en las extensas consideraciones ahí desarrolladas, propongo que el artículo 62 consagre el *automatismo* de la jurisdicción obligatoria de la Corte para todos los Estados Partes en la Convención, remplazando todos sus párrafos actuales por los siguientes términos, *tout court*:

- "Todo Estado Parte en la Convención reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, integralmente y sin restricción alguna, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención".

Para asegurar el *monitoreo continuo* del fiel cumplimiento de todas las obligaciones convencionales de protección, y en particular de los fallos de la Corte, se debe, a mi juicio, acrecentar, al final del *artículo 65* de la Convención, la siguiente frase:

- "La Asamblea General los remitirá al Consejo Permanente, para estudiar la materia y rendir un informe, para que la Asamblea General delibere al respecto"[185].

De ese modo, se suple un laguna en cuanto a un mecanismo, a operar en *base permanente* (y no solamente una vez por año ante la Asamblea General de la OEA), para supervisar la fiel ejecución, por los Estados Partes demandados, de las sentencias de la Corte.

En la misma línea de pensamiento, con el mismo fin de asegurar el fiel cumplimiento de las sentencias de la Corte, en el plano del derecho interno de los Estados Partes, se debe agregar, al final del *artículo 68* de la Convención, un tercer párrafo, en los siguientes términos:

- "En caso de que dicho procedimiento interno todavía no exista, los Estados Partes se comprometen a establecerlo, en conformidad con las obligaciones

---

Diplomático. Así, la referencia a "agentes diplomáticos que no sean Jefes de Misión ante la OEA o ante cualquiera de sus Estados miembros" debe ser eliminada. Un Jefe de Misión Diplomática es un agente del Estado, un alto funcionario subordinado jerárquica y permanentemente a la autoridad máxima del Poder Ejecutivo, independientemente del lugar en que ejerza sus funciones, sea Tailandia o China, Uganda o Áustria, Egipto o Finlandia, o cualquier otro país del mundo, o cualquier organización internacional de composición intergobernamental.

[184]. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", *in El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI – Memoria del Seminario* (Noviembre de 1999), tomo I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68.

[185]. El artículo 30 del Estatuto de la Corte Interamericana debe, *a fortiori*, ser enmendado, de modo a compatibilizarlo con la nueva redacción, aquí propuesta, del artículo 65 de la Convención Americana.

generales estipuladas en los artículos 1(1) y 2 de esta Convención".

El *artículo 75*, al disponer sobre reservas a disposiciones de la Convención Americana, remite al sistema de reservas consagrado en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969). A mi modo de ver, los desarrollos en los últimos años, tanto en la doctrina como en la práctica de los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos, – tal como lo señalo en un extenso estudio reciente[186], – han demostrado la inadecuación del sistema de reservas consagrado en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y de 1986) en relación con la aplicación de los tratados de derechos humanos.

Siendo así, con base en la amplia experiencia acumulada a lo largo de los años en la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en aras de la seguridad jurídica y del necesario establecimiento de un *ordre public* internacional en materia de derechos humanos, propongo que el artículo 75 de la Convención Americana pase a tener la siguiente redacción, *tout court*:

- "Esta Convención no admite reservas".

El *artículo 77* debe, a mi juicio, ser enmendado, en el sentido de que no sólo cualquier Estado Parte y la Comisión, sino también la Corte, puedan presentar Proyectos de Protocolos Adicionales a la Convención Americana, – como naturalmente le corresponde al órgano de supervisión de mayor jerarquía de dicha Convención, – con miras a la ampliación del elenco de los derechos convencionalmente protegidos y al fortalecimiento del mecanismo de protección establecido por la Convención. En fin, también el Estatuto de la Corte Interamericana (de 1979) requiere una serie de enmiendas[187].

VI. El Paso Siguiente: Del *Locus Standi* al *Jus Standi* de los Individuos Demandantes ante la Corte.

Como ya me permití observar, la primera providencia del Protocolo de Reformas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe, en mi entender, incorporar los recientes cambios introducidos en los nuevos Reglamentos de la Corte y la Comisión, de modo a asegurar el real compromiso de los Estados con los avances en cuanto al *locus standi in judicio* de los individuos demandantes en todo el procedimiento bajo la Convención Americana y en cuanto a la racionalización y perfeccionamiento de dicho procedimiento (cf. *supra*).

Quizás en un futuro más distante (que espero no sea demasiado distante), se deba dar otro paso adelante, en el sentido de la evolución del *locus standi* al *jus standi* de los individuos ante la Corte, – tal como he sostenido en mis Votos en las Sentencias de la Corte, sobre Excepciones Preliminares, en los casos *Castillo Páez* (30.01.1996), *Loayza Tamayo* (31.01.1996), y *Castillo Petruzzi* (04.09.1998), así como en mi Voto en la Opinión Consultiva (n. 16) de la Corte sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (01.10.1999). Si se acepta esta propuesta, – como creo se debe aceptarla, – el *artículo 61(1)* de la Convención pasaría a tener la siguiente redacción:

- "Los Estados Partes, la Comisión y las presuntas
víctimas tienen derecho a someter un caso a la decisión de
la Corte".

VII. *Post Scriptum*.

Son estas, en síntesis, las reflexiones que me

---

186. A.A. Cançado Trindade, "The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century", *in Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. III (1999), Castellón/España, Aranzadi Ed., 2000, pp. 145-221.

187. Tales como las señaladas en las notas (28) y (30), *supra*. – Además, Los artículos 24(3) y 28 del Estatuto requieren alteraciones: en el artículo 24(3), las palabras "se comunicarán en sesiones públicas y" deben ser eliminadas; y en el artículo 28, las palabras "y será tenida como parte" deben igualmente ser suprimidas.

permito presentar acerca del nuevo Reglamento de la Corte Interamericana (2000) y las perspectivas por él abiertas, o sea, los próximos pasos que requiere. Las escribo bajo la presión despiadada del tiempo, para atender a la solicitud de la Dirección Ejecutiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) de, mediante ellas, dar una contribución sobre el tema – aunque resumida – al presente número especial de la *Revista del IIDH*. Dichas reflexiones, me permito insistir, no son exaustivas, debiendo al respecto referirme a mi *Informe*, – como *rapporteur* de la Corte Interamericana, – más amplio y detallado, sobre la materia[188]. No podría concluir estos comentarios sin agregar unas breves ponderaciones finales.

La Corte Interamericana, en este inicio del siglo XXI, ha alcanzado su maturidad institucional. Para los nostálgicos del pasado, me permito señalar tan sólo un dato: el *Informe Anual* de la Corte, referente al año 1991, tiene 127 páginas; trascurrida una década, el *Informe Anual* de la Corte, relativo al año 2000, tiene 818 páginas; y más relevante que el volúmen de labor, es la calidad del trabajo que el Tribunal hoy día desarrolla. Lo hace en condiciones adversas, con un mínimo de recursos humanos y materiales, y gracias a la dedicación de todos sus Magistrados, y el apoyo permanente de su Secretaría (particularmente su Secretario, Secretario Adjunto, y los abogados y asistentes integrantes de su area legal).

Nunca una generación de Jueces ha sido tan exigida como la actual, como lo demuestran cabalmente los *Informes Anuales* de la Corte en los últimos años. Sin embargo, para atender a las crecientes necesidades de protección, la Corte necesita, – particularmente a partir de la entrada en vigor del nuevo Reglamento (de 2000), – considerables recursos adicionales, humanos y materiales (especificamente, como señalado en un estudio que transmití hace meses a la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios de la OEA, un presupuesto por lo menos cinco veces mayor que el actual). Dichos recursos son imprescindibles para el éxito del perfeccionamiento de la *mise-en-oeuvre* del mecanismo de protección bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En mi presentación oral ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, el día 09 de marzo de 2001[189], renové a los Representantes de los Estados miembros de la OEA mi llamado, formulado en ocasiones anteriores ante los órganos de nuestra Organización regional, a que satisfagan – si todavía no lo han hecho – los prerequisitos esenciales de todo progreso real en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Dichos prerequisitos básicos son, a mi modo de ver, los tres siguientes: a) la ratificación – sin reservas – de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por todos los Estados miembros de la OEA; b) la aceptación, integral y sin restricciones, por todos los Estados miembros de la OEA, de la jurisdicción obligatoria – automática – de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; c) la incorporación de la normativa sustantiva (atinente a los derechos protegidos) de la Convención Americana al derecho interno de los Estados Partes.

En mi referida exposición reciente en la sede de la OEA, me permití formular la siguiente advertencia:

- "Tengo la firme convicción, – tal como la he expresado en distintas ocasiones, – de que el real compromiso de un país con los derechos humanos internacionalmente reconocidos se mide por su iniciativa y determinación de tornarse Parte en los tratados de derechos humanos, asumiendo aÑí las obligaciones convencionales de protección en éstos consagradas. En el presente dominio de protección, los mismos criterios, principios y normas deben valer para todos los Estados, jurídicamente iguales, así como operar en beneficio de todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad o cualesquiera otras circunstancias.

---

[188]. A.A. Cançado Trindade, *Informe del Relator de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Proceso de Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, CtIADH, 15.06.2000 (versión preliminar, circulación interna).

[189]. A la cual se siguió mi segunda presentación oral ante la misma Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la OEA, el día 05 de abril de 2001 (cuando yo había ya escrito el presente comentario, en su casi totalidad).

Los Estados que se han autoexcluído del regímen jurídico de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen una deuda histórica con el sistema interamericano de protección, que hay que rescatar. Mientras todos los Estados miembros de la OEA no ratifiquen la Convención Americana, no acepten integralmente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, y no incorporen las normas sustantivas de la Convención Americana en su derecho interno, muy poco se avanzará en el fortalecimiento real del sistema interamericano de protección. Es poco lo que pueden hacer los órganos internacionales de protección, si las normas convencionales de salvaguardia de los derechos humanos no alcanzan las bases de las sociedades nacionales. Es por ésto que me permito hoy reformular mi llamado, respetuoso pero franco, que espero repercuta debidamente en la conciencia jurídica de totalidad de los Estados miembros de la OEA"[190].

En los debates que se siguieron a mi exposición, en los cuales intervinieron 12 Delegaciones, en apoyo a la labor de la Corte, me permití, *inter alia*, aclarar que la anteriormente mencionada incorporación de la normativa sustantiva de la Convención Americana al derecho interno de los Estados Partes en nada es afectada por el principio de la subsidiariedad de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. Ambos coexisten en armonía, porcuanto aquella incorporación efectúa en el plano sustantivo (o sea, de los derechos protegidos), mientras que el principio de la subsidiariedad se aplica específicamente a los mecanismos y procedimientos de protección internacional, o sea, en el plano procesal.

Enfatizé la importancia de la jurisdiccionalización de los procedimientos bajo la Convención Americana, por constituir la vía judicial la forma más perfeccionada de protección de los derechos de la persona humana. Del mismo modo, enfatizé además la necesidad de asegurar el acceso por los individuos a la justicia, también en el plano internacional, – para lo cual ha contribuído decisivamente la adopción, por la Corte Interamericana, de su nuevo Reglamento de 2000. Renové la confianza que deposita la Corte en los Estados Partes como garantes de la Convención Americana: el ejercicio, por dichos Estados, de la *garantía colectiva*, – subyacente a la Convención Americana y a todos los tratados de derechos humanos, – es imprescindible para la fiel ejecución de las sentencias y decisiones de la Corte, así como para la observancia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana. También destaqué la cresciente importancia de las Medidas Provisionales de Protección, a revelar la dimensión preventiva de la labor de la Corte en pro de la salvaguardia de los derechos humanos.

En fin, me permití señalar a las Delegaciones presentes que, en mi entender, la búsqueda de la universalidad de la aceptación integral de los tratados de derechos humanos (ya lograda en el continente europeo), no se limita a una simple estrategia o táctica negociatoria en el marco del sistema interamericano de protección, por cuanto se ha tornado un clamor verdaderamente universal, expresado, v.g., hace ocho años, en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio de 1993), y plasmado en su principal documento final, la Declaración y Programa de Acción de Viena[191]. Dicha universalidad de aceptación representa, en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la esencia de la lucha por la preeminencia del Derecho para la realización de la Justicia.

En efecto, ningún Estado, por más poderoso que sea, puede considerarse por encima del Derecho Internacional en general, y del Derecho Internacional

---

[190]. OEA/CAJP, *Informe del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos*, Washington D.C., OEA, 09 de marzo de 2001, pp. 10-11 (circulación interna). – Y cf., anteriormente, A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", *in El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (eds. J.E. Méndez y F. Cox), San José de Costa Rica, IIDH, 1998, pp. 573-603.

[191]. Para un relato, de alguién que participó en los trabajos del Comité de Redacción de la Conferencia Mundial de Viena, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 119-268.

de los Derechos Humanos en particular. Los Estados que así se consideren, negándose a ratificar los tratados de derechos humanos, carecen de legitimidad y credibilidad para pronunciarse sobre cuestiones atinentes a la interpretación y aplicación de dichos tratados. La búsqueda de la plena salvaguardia y prevalencia de los derechos inherentes al ser humano corresponde al nuevo *ethos* de nuestros tiempos, – una manifestación, en nuestra parte del mundo, de la *conciencia jurídica universal*, en este inicio del siglo XXI.

Washington D.C.,
06 de abril de 2001.

A.A.C.T.

_____

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.

Renato Zerbini Ribeiro Leão
Representante do ACNUR no Brasil; Professor Associado na Universidade de Brasília; Advogado em Brasília.

Roberto Cuellar
Diretor Executivo do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Ex-Diretor de Investigação e Desenvolvimento do Instituto Interamericano de Diretos 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.