



ISSN 1677-1419

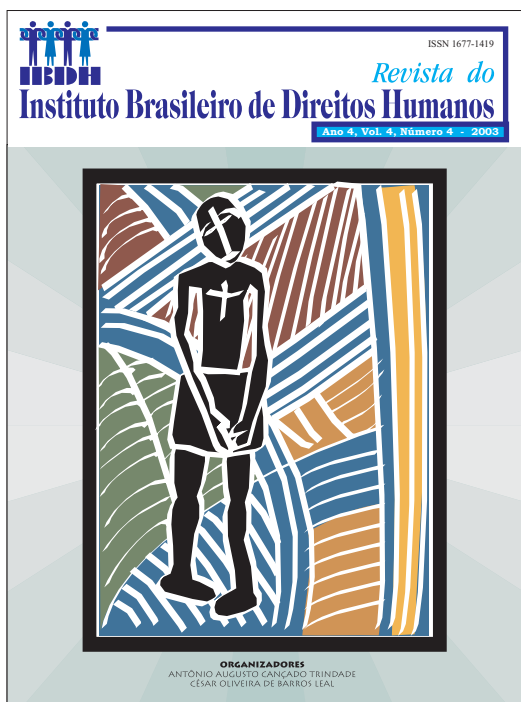
Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 4, Vol. 4, Número 4 - 2003



ORGANIZADORES

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE
CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL



Sumário

Ano 4, Vol. 4, Número 4 - 2003

● Conselho Consultivo	05
● Apresentação	09
I - Les Mesures Provisoires de Protection dans la Jurisprudence de la Cour Interamericaine des Droits de L'Homme Antônio Augusto Cançado Trindade	13
II - Legitimação do Sistema Penitenciário no Contexto de uma Política de Observância dos Direitos Fundamentais César Oliveira de Barros Leal	27
III - O Direito Internacional Humanitário como Sistema de Proteção Internacional da Pessoa Humana Christophe Swinarski	33
IV. Politique Criminelle et Droits Humains: Aggravation et Alternatives Pénales Djason B. Della Cunha	49
V - Restorative Justice as a Human Right Hal Pepinsky	61
VI - El Fortalecimiento de la Jurisdicción Nacional como Desafío de la Jurisdicción Internacional sobre Derechos Humanos. Las Enseñanzas del Ámbito Interamericano Luis Fco. Cervantes G.	67
VII - Hacia la Desconstrucción de los Derechos Humanos: Un Análisis desde la Comprensión Posmoderna de la Justicia Luis González Placencia	97
VIII - Los Derechos Económicos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Resultados y Perspectivas Michelangelo Scalabrino	113
IX - Considerações acerca da Tipificação dos Crimes Internacionais Previstos no Estatuto de Roma Otávio Augusto Drummond Cançado Trindade	167
X - Constituição, Cidadania e Estado Democrático de Direito Wilba Lúcia Maia Bernardes	179
ANEXOS.....	191
XI - Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos; Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).....	193
XII - II Congresso Internacional de Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração da Justiça: Uma Visão do Presente e do Futuro à Luz dos Direitos Humanos (Fortaleza, 24 a 27 de Abril de 2003) Discurso Pronunciado na Solenidade de Abertura.....	219
XIII - II Congresso Internacional de Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração da Justiça: Uma Visão do Presente e do Futuro à Luz dos Direitos Humanos (Fortaleza, 24 a 27 de Abril de 2003) Carta de Fortaleza.....	223
● Conselho Editorial.....	229



Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 4, Vol. 4, Número 4 - 2003

Organizadores:

Antônio Augusto Cançado Trindade
César Oliveira de Barros Leal

Conselho Editorial

Antônio Augusto Cançado Trindade
César Oliveira de Barros Leal
Paulo Bonavides
Washington Peluso Albino de Souza
Antônio Álvares da Silva
Antônio Celso Alves Pereira
Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Arnaldo Oliveira
Carlos Weis
Emmanuel Teófilo Furtado
Gonzalo Elizondo Breedy
Hélio Bicudo
Hermes Vilchez Guerrero
Jaime Ordóñez
Manuel E. Ventura-Robles
Margarida Genevois
Maria Glaucéria Mota Brasil
Néstor José Méndez González
Renato Zerbini Ribeiro Leão
Roberto Cuéllar
Sílvia Maria da Silva Loureiro
Willis Santiago Guerra Filho

**Projeto Gráfico/Capa, Criação e Arte/
Editoração Eletrônica**

Nilo Alves Júnior

Diagramação

Franciana Pequeno

Revisão

César Oliveira de Barros Leal

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

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

Distribuição:

Instituto Brasileiro de Direitos
Humanos

Rua José Carneiro da Silveira, 15 -
ap. 301. Papicu
CEP: 60190.760
Fortaleza - Ceará - Brasil
Telefax: +55 85 234.32.92

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

Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.
V. 4, N. 4 (2003). Fortaleza, Ceará.
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2003.
Anual.

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

CDU



Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 4, Vol. 4, Número 4 - 2003

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 Titular 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; Membro da Sociedade Americana de Criminologia e da Academia Brasileira de Direito Criminal; vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Vitimologia; Membro da Academia Cearense de Letras e da Academia de Ciências Sociais do Ceará.

Paulo Bonavides (1º vice-Presidente)

Doutor em Direito; Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Professor Visitante nas Universidades de 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 ex-vice-Presidente do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo); Diretor do Centro de Direito Ambiental da Universidade de Estrasburgo; Diretor de Pesquisas do “Centre National de la Recherche” (França); Conferencista em Universidades de vários países.

Antonio Sánchez Galindo

Ex-Diretor do Centro Penitenciário do Estado do México; ex-Diretor Geral de Prevenção e Readaptação Social do Estado do México; ex-Professor de Direito Penal da UNAM; Membro da Academia Mexicana de Ciências Penais e da Sociedade Mexicana de Criminologia; Diretor Técnico do Conselho de Menores da Secretaria de Segurança Pública do México.

Celso Albuquerque Mello

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

Christophe Swinarski

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

Dalmo de Abreu Dallari

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

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 Interamericana de Direitos Humanos; Membro da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias das Nações Unidas; Membro do Conselho Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

Jaime Ruiz de Santiago

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

Jayme Benvenuto Lima Júnior

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Consultor Jurídico do GAJOP (Recife).

Karel Vasak

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

Nilmário Miranda

Secretário Nacional de Direitos Humanos; ex-Presidente da Comissão Nacional de Direitos Humanos.

Nilzardo Carneiro Leão

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

Ruth Villanueva Castilleja

Mestre em Educação Familiar; Doutora em Administração da Justiça; ex-Diretora de Direitos Humanos da Procuradoria Geral da República do México; ex-Presidente do Conselho de Menores da Secretaria de Segurança Pública do México.

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

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

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

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

Os textos, em várias línguas, que compõem este quarto número da *Revista do IBDH* enfeixam uma variedade de tópicos atinentes à temática dos direitos humanos. As contribuições enfocam pontos de extrema relevância como: As Medidas Provisórias de Proteção na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Legitimação do Sistema Penitenciário no Contexto de uma Política de Observância dos Direitos Fundamentais; o Direito Internacional Humanitário como Sistema de Proteção Internacional da Pessoa Humana; Política Criminal e Direitos Humanos; Justiça Restaurativa; o Fortalecimento da Jurisdição Nacional como Desafio da Jurisdição Internacional sobre Direitos Humanos; a Desconstrução dos Direitos Humanos; a Transnacionalização das Fronteiras Jurídicas de Proteção dos Direitos Humanos; os Direitos Econômicos no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos; Considerações acerca da Tipificação dos Crimes Internacionais Previstos no Estatuto de Roma; e Constituição, Cidadania e Estado Democrático de Direito. Em anexo: a Apresentação do Presidente da CIDH ante a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos do Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos; o Discurso pronunciado pelo Presidente do IBDH no II Congresso Internacional de Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração da Justiça: Uma Visão do Presente e do Futuro à Luz dos Direitos Humanos, organizado pelo IBDH, em Fortaleza, Ceará, no período de 24 a 27 de abril de 2003; a Carta de Fortaleza, apresentada no final do referido Congresso.

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

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

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

Antônio Augusto Cançado Trindade
César Oliveira de Barros Leal

LES MESURES PROVISOIRES DE PROTECTION DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE¹

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 Derechos Humanos; ex-Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Membro dos Conselhos Diretores do Instituto Interamericano de Derechos Humanos e do Instituto Internacional de Derechos Humanos; Membro Titular do “Institut de Droit International”; Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

Je suis particulièrement heureux de pouvoir examiner, dans le cadre de cette Table-Ronde sur “*Mesures Conservatoires et Droits Fondamentaux*” organisée par l’Institut International des Droits de l’Homme et l’Université de Paris-II (Panthéon-Assas) à Strasbourg (11.07.2002), les mesures provisoires de protection ordonnées par la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme. En effet, ces mesures ont singulièrement gagné en importance dans la jurisprudence récente de la Cour Interaméricaine, – comme nous l’indiquent les trois tomes de la *Série E (Medidas Provisionales de Protección)* publiés jusqu’à présent par la Cour Interaméricaine, – mettant ainsi en exergue la dimension préventive de la protection internationale des droits de l’homme. De plus, elles représentent aujourd’hui une véritable *garantie juridictionnelle* de caractère préventif, et constituent l’un des aspects les plus gratifiants de l’action de sauvegarde internationale des droits fondamentaux de la personne humaine. Comme toute institution juridique, ces mesures sont susceptibles d’être perfectionnées, en particulier vues sous l’angle d’une conception essentiellement évolutive du Droit.

Tout d’abord, il faut toujours prendre en compte quelques précisions conceptuelles au sujet de la transposition historique des mesures provisoires, des systèmes juridiques nationaux à l’ordre juridique international, ainsi qu’à la transposition de ces mesures dans le cadre du Droit International Public – au Droit International des Droits de l’Homme, droit doté d’une spécificité qui lui est propre². Au plan de

l’ordre juridique interne, la procédure conservatoire s’est développée en vue de sauvegarder l’efficacité de la fonction juridictionnelle. L’action conservatoire est devenue une action ayant pour objet la garantie, non plus directement du droit subjectif *per se*, mais plutôt de l’activité juridictionnelle même.

C’est surtout la doctrine processualiste italienne de la première moitié du XX^{ème} siècle³ qui a contribué de façon décisive en faveur de l’autonomie de l’action conservatoire.⁴ Pourtant, cette construction doctrinale n’a pu se libérer d’un certain formalisme juridique, laissant parfois l’impression de considérer le procès comme une fin en soi, et non pas comme un moyen pour la réalisation de la Justice.

Les mesures conservatoires parviennent à l’ordre juridique international (dans la pratique arbitrale et judiciaire internationales),⁵ malgré la structure différente de celui-ci, si on le compare au droit interne. La transposition des mesures provisoires ou conservatoires de l’ordre juridique interne à l’international toujours face à la probabilité ou à l’imminence d’un “dommage irréparable”, et la préoccupation ou la nécessité d’assurer la “réalisation future d’une situation juridique” ont eu pour effet d’étendre le domaine de la juridiction internationale, avec la réduction conséquente du célèbre domaine réservé de l’Etat.⁶

Cette transposition innovatrice a dû surmonter certains obstacles⁷, mais, au fil des ans, l’érosion du concept de “domaine réservé de l’État (ou “compétence nationale exclusive”) est

devenue évidente, la même pratique judiciaire internationale ayant contribué à cette érosion.⁸ L'article 41 du Statut de la Cour Internationale de Justice (CIJ) – et de son antécédent, la Cour Permanente de Justice Internationale (CPJI) consacre effectivement le pouvoir de la Cour de La Haye d'indiquer des mesures provisoires ou conservatoires. Le verbe utilisé a provoqué un débat doctrinal considérable sur leur caractère obligatoire, ce qui n'a pas empêché le développement d'une vaste jurisprudence (de la CPJI et de la CIJ) en la matière.⁹

Pourtant, en omettant, pendant plus de cinq décennies, de préciser les effets juridiques de l'indication de ses propres mesures conservatoires, la CIJ a contribué à l'absence de définition en la matière, génératrice d'incertitudes dans la théorie et la pratique dans ce domaine, rendant possible aux États concernés, de ne pas respecter les mesures conservatoires ordonnées durant les dernières années.¹⁰ Il aura été nécessaire d'attendre plus d'un demi-siècle pour que, dans son arrêt récent du 27.06.2001, la CIJ parvienne finalement à la conclusion que les mesures provisoires indiquées par elle sont obligatoires!¹¹

Malgré les incertitudes en la matière, la jurisprudence internationale a cependant cherché à clarifier, tout au long des années, la *nature juridique* des mesures provisoires, à caractère essentiellement préventif, indiquées ou ordonnées sans préjuger du fond de la requête. Ces mesures sont à l'heure actuelle indiquées ou ordonnées par les tribunaux internationaux contemporains,¹² en plus des tribunaux nationaux.¹³ L'usage généralisé au plan aussi bien national qu'international qu'on en a fait a mené un courant doctrinal à considérer de telles mesures comme équivalentes à un véritable *principe général du droit*, commun à virtuellement tous les systèmes juridiques nationaux, et ratifié ou confirmé par la pratique des tribunaux nationaux, arbitraux, et internationaux.¹⁴

L'objet des mesures conservatoires ou provisoires dans le contentieux international (dans le cadre du Droit International Public) est bien connu: préserver les droits revendiqués par l'une des parties, et, ce faisant, l'intégrité de la décision quant au fond de l'affaire, empêchant ainsi que celle-ci ne soit dépourvue d'objet et d'efficacité, et que le résultat final du procès n'en soit frustré. En d'autres mots, les mesures

conservatoires cherchent à éviter qu'un acte pris par l'une des parties *pendente lite* ne porte atteinte aux droits de l'autre, affectant ainsi l'arrêt quant au fond. Les parties doivent donc s'abstenir de tout acte qui puisse étendre ou aggraver le différend et produire un effet préjudiciable pour l'exécution du futur arrêt quant au fond de l'affaire.¹⁵ Ce *rationale* des mesures conservatoires dans la procédure judiciaire et arbitrale internationale plonge ses racines dans celui des mesures conservatoires du droit de la procédure interne.

En effet, en matière de procédure, les mesures conservatoires ou provisoires, au plan aussi bien interne qu'international, respectivement, ont pour objet commun de rechercher le maintien de l'équilibre entre les parties, dans la mesure du possible. La susmentionnée transposition des dites mesures de l'ordre interne à l'international – spécifiquement, au contentieux *inter-étatique*, – ne semble pas avoir provoqué, en ce point précis, un changement fondamental concernant l'*objet* de telles mesures. Ce changement n'a vu le jour qu'à l'occasion de la transposition plus récente des mesures provisoires ou conservatoires de l'ordre juridique international – le contentieux traditionnel entre États – au Droit International des Droits de l'Homme, droit doté d'une spécificité qui lui est propre.

C'est, effectivement, dans le domaine d'application de ce dernier, que les mesures provisoires se libèrent du formalisme juridique de l'école traditionnelle de la science du Droit. Dans le Droit International des Droits de l'Homme, les mesures provisoires vont plus loin en matière de protection, revêtant une portée sans précédents,¹⁶ et déterminant – en raison de leur caractère obligatoire l'efficacité du propre droit de recours individuel au plan international.¹⁷ En réalité, dans le présent domaine d'application, en plus de leur caractère essentiellement préventif, de telles mesures *protègent effectivement les droits fondamentaux*, au sens où elles cherchent à éviter des dommages irréparables à la personne humaine comme sujet du Droit International des Droits de l'Homme. Dans le cadre de ce dernier, qui est essentiellement un *droit de protection* de l'être humain, les mesures provisoires atteignent effectivement leur plénitude, revêtant un caractère, plus que conservatoire (*cautelar*), véritablement *de protection (tutelar)*.

C'est ce qui se dégage de l'article 63(2) de la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme, qui stipule: – "Dans les cas d'extrême gravité requérant la plus grande célérité dans l'action, et lorsqu'il s'avère nécessaire d'éviter des dommages irréparables à des personnes, la Cour pourra, à l'occasion d'une espèce dont elle est saisie, ordonner les mesures provisoires qu'elle juge pertinente. S'il s'agit d'une affaire dont elle n'a pas encore été saisie, elle pourra prendre de telles mesures sur requête de la Commission. L'article 25(1) du nouveau Règlement (de l'an 2000) de la Cour¹⁸ reprend les éléments consacrés à l'article 63(2) de la Convention Américaine, c'est-à-dire, l'extrême gravité et l'urgence, et la prévention de dommages irréparables à des personnes, donnant ainsi la faculté à la Cour Interaméricaine, en de telles circonstances, d'ordonner des mesures provisoires, d'office ou à la demande d'une partie, à tout moment de la procédure.

S'il s'agit d'affaires dont la Cour n'a pas encore été saisie, la Cour peut agir à la demande de la Commission (article 25(2)), en relation avec des affaires soumises à la Commission. Et l'article 25(4) du Règlement reconnaît au Président de la Cour, si celle-ci ne se trouve pas réunie, la faculté d'ordonner des *mesures urgentes* afin d'assurer l'efficacité des mesures provisoires que peut prendre ultérieurement la Cour lors d'une période de session.¹⁹ Pour sa part, la Commission, en vertu de l'article 25(1) de son nouveau Règlement (datant aussi de l'an 2000),²⁰ se réserve la faculté de prendre des mesures conservatoires (*cautelares*). L'article 74 de son Règlement actuellement en vigueur vise les demandes de la Commission à la Cour pour que celle-ci adopte les *mesures provisoires* qu'elle considère pertinentes.

Les mesures provisoires de la Cour Interaméricaine sont donc dotées d'une solide base *conventionnelle*, – l'article 63(2) de la Convention Américaine, situé sous la section 2 du chapitre VIII du Pacte de San José, intitulé "Compétences et Fonctions" de la Cour, – et *il ne peut y avoir l'ombre de doute quant à leur caractère obligatoire*.²¹ Vu depuis une perspective historique, il faut reconnaître la sagesse des rédacteurs du Pacte de San José d'avoir établi une base juridique claire pour l'établissement de telles mesures dans la propre Convention Américaine, et la justesse de l'interprétation et l'application de ces dispositions

par la Cour Interaméricaine, durant ces dernières années, pendant lesquelles s'est accentué le recours fréquent à ces mesures afin de faire face aux demandes de protection des droits de la personne humaine dans notre région du monde.

Effectivement, les mesures provisoires ordonnées par la Cour Interaméricaine ont été dictées en fonction des nécessités de protection, aussi longtemps qu'étaient réunies les conditions de base requises, à savoir, l'extrême gravité et l'urgence, et la prévention de dommages irréparables aux personnes (*supra*). Ces conditions les transforment en une véritable *garantie juridictionnelle de caractère préventif*. Ainsi entendue, cette interprétation donne à ces mesures leur véritable *rationale* dans la protection internationale des droits de l'homme.

De toute façon, la Cour est, en toute circonstance, *maître de sa compétence*; comme tout organe possédant des compétences juridictionnelles, elle conserve un *pouvoir inhérent* afin de déterminer la portée exacte de sa propre compétence (*Kompetenz-Kompetenz / compétence de la compétence*), – qu'il s'agisse de sa fonction consultative, ou de sa fonction contentieuse, ou en relation avec les mesures provisoires de protection.²² Les mesures provisoires de protection ordonnées par la Cour Interaméricaine de Droits de l'Homme ont, en raison de leur base conventionnelle, un caractère indubitablement obligatoire.²³

Dans le contentieux inter-étatique, le pouvoir d'un tribunal comme la CIJ d'indiquer des mesures conservatoires de protection dans un cas en instance de décision a pour objet de *préserver les droits respectifs des parties*, évitant un dommage irréparable aux droits en litige dans une procès judiciaire.²⁴ La recherche de l'équilibre entre les intérêts des parties au litige (États demandeur et défendeur), reflet de l'importance traditionnellement attribuée au principe de réciprocité en Droit international général, est sous-jacent à ce raisonnement. De toute façon, dans le procès international, les parties au différend ont le devoir de respecter les mesures conservatoires ordonnées ou indiquées par le tribunal international²⁵ en question, lesquelles émanent d'un pouvoir ou d'une faculté inhérente à ce tribunal.

Par contre, dans le contentieux international des droits de l'homme, le pouvoir d'un tribunal comme la Cour Interaméricaine de

Droits de l'Homme d'ordonner des mesures provisoires de protection, a pour objet, comme signalé plus haut, de *sauvegarder les droits de l'homme* consacrés dans la Convention Américaine, dans des affaires d'extrême gravité et urgence et en vue d'éviter des dommages irréparables causés aux personnes. Aussi trouve-t-on, sous-jacentes à l'application de mesures provisoires de protection ordonnés par la Cour Interaméricaine, des considérations supérieures d'*ordre public* international, concrétisées par la protection de la personne humaine. En plus de leur dimension essentiellement préventive, de telles mesures révèlent aussi, en premier lieu, la spécificité du Droit International des Droits de l'Homme, et, en second lieu, l'impact de ce dernier sur de telles mesures dans le domaine du Droit International Public.

La grande majorité des demandes de mesures provisoires ont reçu une suite de la part de la Cour Interaméricaine, et les mesures respectives ont été ordonnées par celle-ci, qu'il s'agisse d'affaires en instance devant la juridiction tout comme d'affaires qui ne lui avaient pas encore été soumises, à la demande de la Commission.²⁶ En de très rares occasions, la Cour a décidé de ne pas procéder à adopter les mesures sollicitées.²⁷ Avant d'ordonner des mesures provisoires de protection, la Cour, tout d'abord, vérifie toujours que les États concernés ont reconnu (en vertu de l'article 62(2) de la Convention) la juridiction obligatoire de la Cour en matière contentieuse.

Les mesures provisoires de protection ont été ordonnées dans la pratique dans la plupart des affaires mais pas dans toutes (cf. *infra*) – dans des cas impliquant une menace imminente pour la vie ou l'intégrité personnelle de l'individu. Dans plusieurs demandes formulées par la Commission relatives à des affaires non soumises à la Cour, cette dernière a estimé applicable la présomption selon laquelle de telles mesures de protection étaient nécessaires. La Cour, dans la pratique, n'a pas exigé à la Commission une démonstration substantielle (*substantial evidence*) prouvant la réalité des faits, mais a plutôt procédé en se fondant sur une présomption raisonnable (*prima facie evidence*) concernant la véracité des faits.²⁸

Dans la quasi totalité des affaires, les mesures de protection ont été ordonnées par la Cour à la demande de la Commission. Mais dans une occasion (arrêt du 15.01.1988, affaires

Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi et Solís Corrales, et *Godínez Cruz*, relatives au Honduras) la Cour les a ordonnées *motu proprio*. Dans deux autres cas (ordonnance²⁹ du 07.04.2000, affaire du *Tribunal Constitutionnel*, et ordonnance du 13.12.2000, affaire *Loayza Tamayo*, relatifs au Pérou), le Président de la Cour a dicté des *mesures urgentes* également *ex officio* (en raison du fait que la Cour n'était pas en session), s'agissant d'affaires d'une extrême gravité et urgence, et en vue d'éviter des dommages irréparables aux personnes; dans ces deux dernières affaires (la première, alors en instance devant la Cour, et la seconde, déjà jugée quant au fond et quant à la fixation des réparations³⁰), les demandes de mesures ont été soumises *directement* par les demandeurs à la juridiction internationale.

Les mesures urgentes précitées, adoptées pour la première fois dans l'histoire de la Cour *ex officio* par son Président, furent ratifiées par le Tribunal en session plénière, aussitôt que l'organe juridictionnel fut réuni en session.³¹ Ces épisodes récents dans ces deux affaires (*Tribunal Constitutionnel* et *Loayza Tamayo*), qui ne peuvent passer inaperçus, démontrent non seulement la viabilité, mais aussi l'importance, de l'*accès direct* de l'individu, sans intermédiaires, à la Cour Interaméricaine de Droits de l'Homme,³² qui plus est, s'agissant d'une situation d'extrême gravité et d'urgence.³³

Dans la grande majorité des affaires, les mesures provisoires ordonnées par la Cour Interaméricaine, ou les mesures urgentes dictées par son Président, ont protégé effectivement les droits fondamentaux, essentiellement le droit à la vie et le droit à l'intégrité personnelle (physique, psychique et morale). Mais, – comme j'ai pris la liberté de le signaler dans mon Préface au tome II de la *Série E* sur les Mesures Provisoires de la Cour Interaméricaine, – il ne semble pas exister, du point de vue juridique et épistémologique, d'obstacle quelconque (aussi longtemps que les conditions d'extrême gravité et d'urgence et de la prévention d'un dommage irréparable aux personnes, consacrées à l'article 63(2) de Convention Américaine, soient réunies), pour les étendre à d'autres droits de l'homme,³⁴ ceux-ci étant tous indissociables et indivisibles.

En effet, c'est précisément ce qui s'est passé durant la période juillet 2000/juin 2001, pendant laquelle, – comme j'ai souligné dans mon Préface au tome III de la *Série E* sur les

Mesures Provisoires de la Cour Interaméricaine, – e Tribunal a adopté de nouvelles ordonnances relatives à ces mesures dans treize affaires.³⁵ Parmi ces décisions, celles adoptées dans les affaires des *Haitiens et Dominicains d'Origine Haïtienne dans la République Dominicaine*, de la *Communauté de Paix de San José de Apartadó* (concernant la Colombie), et du *Journal 'La Nación'* (relative au Costa Rica), annoncent un nouveau développement en la matière, et ce des plus significatifs dans toute l'histoire de la Cour.

Dans la première de ces trois affaires, celle des *Haitiens et Dominicains d'Origine Haïtienne dans la République Dominicaine*, la Cour a adopté des mesures provisoires de protection (ordonnance du 18.08.2000), qui ont eu pour objet, *inter alia*, de protéger la vie et l'intégrité personnelle de cinq individus, d'éviter la déportation ou l'expulsion de deux d'entre eux, de permettre le retour immédiat à la République Dominicaine de deux autres, et de faciliter la réunification familiale de deux d'entre eux avec leurs enfants, en plus d'enquêter les faits. À travers de cette mesure provisoire, de signification historique, qui constitue un embryon d'un *habeas corpus* international, la Cour a, pour la première fois, étendu ainsi la protection à d'autres droits – en s'ajoutant aux droits fondamentaux à la vie et à l'intégrité personnelle – consacrés dans la Convention Américaine.³⁶

Postérieurement, dans le cas de la *Communauté de Paix de San José de Apartadó*, la Cour, en session plénière, a ratifié (ordonnance du 09.10.2000) les mesures urgentes dictées par son Président en faveur des membres d'une "Communauté de Paix" en Colombie; la Cour a étendu la protection (ordonnance du 24.11.2000) à l'ensemble des membres de la Communauté (innommés mais identifiable)³⁷, et a demandé à l'État, *inter alia*, d'assurer les conditions nécessaires pour que les personnes appartenant à la dite Communauté "qui se sont vues forcées à se déplacer à d'autres zones du pays, retournent chez elles."³⁸ Et dans l'affaire plus récente du *Journal 'La Nación'*, concernant le Costa Rica et relatif à la liberté d'expression, les juges de la Cour ont, de la même façon, ratifié les mesures urgentes ordonnées par son Président (ordonnance du 06.04.2001), suspendant l'exécution d'un arrêt rendu par un tribunal national (ordonnance sur les mesures provisoires, du 21.05.2001).

Antérieurement, dans l'affaire *James et Autres*, concernant Trinidad et Tobago et relatif aux garanties judiciaires, la Cour a maintenu sa suspension de l'exécution des arrêts rendus par des tribunaux nationaux (résolutions du 16.08.2000 et du 24.11.2000). À cet égard, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a également eu l'occasion de dicter une mesure provisoire de protection de cette nature (le 30.11.1999), dans l'affaire *Ocalan versus Turquie*, en l'absence même d'une norme conventionnelle³⁹ en la matière (s'appuyant davantage sur une disposition réglementaire de l'article 36).⁴⁰ Il est à ce sujet surprenant que les rédacteurs du Protocole n. 11 à la Convention Européenne des Droits de l'Homme (en vigueur à partir du 01.11.1998) aient perdu l'occasion historique d'ériger la disposition de l'article 36 du Règlement de la Cour⁴¹ en une disposition de la même Convention Européenne (amendée par ledit Protocole).⁴²

Les mesures provisoires de protection ordonnées par la Cour Interaméricaine de Droits de l'Homme dans les affaires citées ci-dessus des *Haitiens et Dominicains d'Origine Haïtienne dans la République Dominicaine*, et de la *Communauté de Paix de San José de Apartadó*, revêtent une importance particulière: dans ces deux affaires les mesures adoptées étendent singulièrement le cercle des personnes protégées. En effet, dans un rapport (de mars 2000) à l'Organisation des États Américains (OEA), je me suis permis de signaler que plus de 200 personnes (pétitionnaires ou témoins) avaient été protégés, jusqu'alors, par des mesures ordonnées par la Cour Interaméricaine, ou son Président, représentant une grande avancée dans le droit procédural des droits de l'homme.⁴³

Un année plus tard, le nombre de personnes protégées par de telles mesures provisoires a considérablement augmenté, arrivant à près de 1500 personnes, dénotant ainsi l'extraordinaire potentiel de ces mesures comme mesures de *sauvegarde* de caractère préventif. Dans trois autres rapports à l'OEA, que j'ai présenté aux mois de mars et d'avril, respectivement, de l'an 2001, et au mois d'avril de l'an 2002, j'ai exposé les modifications introduites par le nouveau Règlement de la Cour (adopté le 24 novembre de l'an 2000, et entré en vigueur à partir du 1er juin de l'an 2001) dans la procédure devant le Tribunal,⁴⁴ j'ai repris ces explications aux Délégations des États membres

de l'OEA aux cours les débats qui ont eu lieu sur ce point au sein de l'OEA, avant l'approbation de mes rapports sur les travaux de la Cour.⁴⁵

Très récemment, avec l'aggravation de la situation des droits de l'homme en Colombie, et à l'occasion des nouvelles mesures provisoires de protection ordonnées par la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme adoptées le 18 juin 2002, dans l'affaire de la *Communauté de Paix de San José de Apartadó*, la Cour a, encore une fois, étendu ses mesures provisoires. En outre, la Cour, dans les nouvelles mesures adoptées, a renforcé très significativement le lien entre ces mesures et les obligations *erga omnes* de protection des États Parties à la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme.

En vertu de ses obligations, comme la Cour l'a souligné dans la résolution récente du 18.06.2002, l'État est tenu à protéger – et ce *vis-à-vis* aussi des tiers, notamment des groupes clandestins et des paramilitaires, – la vie et l'intégrité personnelle de tous les membres de la dite Communauté de Paix, incluant celles des personnes qui prêtent leur service à cette même Communauté.⁴⁶ Cette décision de la Cour indique ainsi, à mon avis, la voie à suivre, et reconnaît l'impérieuse nécessité de développer les obligations *erga omnes* de protection dans le cadre de la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme.⁴⁷

Dans ses résolutions rendues relatives à des mesures provisoires de protection, la Cour Interaméricaine, tout en adoptant ces mesures, a également demandé à l'État en question qu'il l'informe de façon périodique sur le suivi de telles mesures, et à la Commission qu'elle présente à la Cour ses observations sur ce point dans ses rapports sur la situation des droits de l'homme dans les États concernés.⁴⁸ Ceci a permis à la propre Cour d'exercer, en plus de la protection de caractère préventif (*supra*), un *suivi continu* concernant la mise en application, par les États concernés, des mesures provisoires de protection dictées par ce Tribunal international.

Dans mon Préface au tome II de la *Série E* sur les Mesures Provisoires de la Cour Interaméricaine, je me suis permis de signaler l'expérience de la Cour en la matière, pour ce qui est de la période antérieure de plus de 13 ans, entre 1987 et la mi-2000. J'ai observé que, alors que pendant la première décennie dans ce domaine (1987-1996), la Cour avait ordonné des

mesures provisoires dans 18 affaires,⁴⁹ seulement durant l'année 1997 la Cour en avait ordonné l'adoption dans 11 nouvelles affaires;⁵⁰ pendant l'année 1998, la Cour ordonna des mesures provisoires de protection dans 09 affaires,⁵¹ et, durant l'année 1999, dans 08 affaires.⁵²

J'ai pu ajouter, dans mon Préface au tome III de la même *Série E* des publications officielles de la Cour Interaméricaine,⁵³ qu'on peut donc constater que la Cour a eu, de plus en plus fréquemment, recours aux ordonnances de mesures provisoires. Ce phénomène dénote ainsi un symptôme clair et net des nécessités croissantes de protection de l'être humain, aussi que de la diffusion et de la conscientisation, chaque fois plus importants, de ce mécanisme de protection, de dimension essentiellement préventive.

Certaines des affaires décidées par la Cour Interaméricaine au sujet des mesures provisoires de protection ont requis diverses actions prises par la Cour (mesures provisoires réitérées ou étendues) ou de son Président (mesures urgentes).⁵⁴ Tout comme il est d'affaires (rares) où la Cour a décidé de ne pas dicter les mesures sollicitées⁵⁵ et d'affaires dans lesquelles la Cour les a considérées comme non avenues ou les a levées,⁵⁶ il est aussi d'affaires (nombreuses) dans lesquelles les mesures ont été maintenues ou prolongées pour une certaine période de temps.⁵⁷

Les mesures provisoires ordonnées par la Cour (et les mesures urgentes dictées par son Président) sont, par définition, de caractère temporaire;⁵⁸ pourtant, si les conditions persistent dans le temps – les éléments d'extrême gravité et urgence et la nécessité d'“éviter des dommages irréparables aux personnes”, consacrées par l'article 63(2) de la Convention Américaine, – la Cour n'a pas d'autre choix que de les maintenir⁵⁹ (et, dans certaines affaires, d'étendre leur champ d'application), mettant ainsi en avant la primauté des impératifs de la protection de la personne humaine. Il n'est donc pas surprenant que, dans une région du monde comme la nôtre, où les conditions de vulnérabilité des droits fondamentaux de la personne humaine se prolongent de manière pathologique dans le temps (malgré, dans certaines affaires, les efforts des pouvoirs publics), les mesures provisoires de protection aient tendance à se maintenir dans le temps, afin de faire face aux menaces chroniques à ces droits fondamentaux.

Pour conclure, je me permets d'ajouter que l'usage plus fréquent des mesures provisoires par la Cour, y compris les mesures urgentes dictées par son Président, est encourageant, au sens qu'il met l'accent sur la dimension préventive de la protection internationale des droits de l'homme, et qu'il invite au renforcement de cette institution procédurale d'importance cruciale pour la protection des droits fondamentaux de la personne humaine. Dans le développement continu de telles mesures, un rôle de la plus haute importance est naturellement réservé à la jurisprudence en la matière.

De là la grande utilité de sa systématisation et diffusion, ainsi que son

examen dans les cercles juridiques et académiques, comme cette Table-Ronde organisée par l'Institut International des Droits de l'Homme et l'Université de Paris-II à Strasbourg. Comme je l'ai signalé plus haut, les mesures provisoires de protection constituent aujourd'hui, sans aucun doute, un des aspects les plus gratifiants de l'action en faveur de la *sauvegarde* internationale des droits fondamentaux de l'être humain.

Strasbourg,
11 juillet 2002.

NOTES

1. Ph. D. (Cambridge) en Droit International; Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme; Professeur Titulaire à l'Université de Brasilia et à l'Institut Rio-Branco, Brésil; Membre Titulaire de l'Institut de Droit International.
2. En effet, les mesures conservatoires de la procédure en droit interne ont largement inspiré les mesures provisoires qui se sont développées ultérieurement dans le domaine de la procédure en droit international.
3. En particulier, cf. les oeuvres bien connues de Giuseppe Chiovenda (*Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, Napoli, 1936), Piero Calamandrei (*Introduzione allo Studio Sistematico dei Provvedimenti Cautelare*, Padova, 1936), et Francesco Carnelutti (*Diritto e Processo*, Napoli, 1958).
4. Comme un *tertium genus*, à côté des actions de *cognitio* et d'*executio* (*acciones de conocimiento y de ejecución*).
5. Paul Guggenheim, "Les Mesures Conservatoires dans la Procédure Arbitrale et Judiciaire", 40 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1932), pp. 649-761.
6. Paul Guggenheim, *Les Mesures Provisoires de Procédure Internationale et leur Influence sur le Développement du Droit des Gens*. Paris: Libr. Rec. Sirey, 1931, pp. 174, 186, 188 y 14-15, et cf. pp. 6-7 y 61-62. Et cf. P. Guggenheim, "Les Mesures Conservatoires...", *op. cit. supra* n. (5), pp. 758-759.
7. Tel qu'illustré, par exemple, par la réaction iranienne aux mesures conservatoires indiquées par la Cour Internationale de Justice dans l'affaire de la *Anglo-Iranian Oil Company* (Royaume Uni *versus* Iran), le 05 juillet 1951; cf. commentaire à ce sujet in M.S. Rajan, *United Nations and Domestic Jurisdiction*. Bombay/Calcutta/Madras: Orient Longmans, 1958, pp. 399 et 442 n. 2.
8. 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* – Londres (1976), pp. 715-765, spéc. pp. 744-751.
9. Cf. Jerzy Sztucki, *Interim Measures in the Hague Court – An Attempt at a Scrutiny*. Deventer: Kluwer, 1983, pp. 35-60 et 270-280; Jerome B. Elkind, *Interim Protection – A Functional Approach*. The Hague: Nijhoff, 1981, pp. 88-152; et, pour les aspects juridictionnels, cf. Bernard H. Oxman, "Jurisdiction and the Power to Indicate Provisional Measures", *The International Court of Justice at a Crossroads* (Ed. L.F. Damrosch). Dobbs Ferry/N.Y.: ASIL/Transnational Publs., 1987, pp. 323-354.
10. Par exemple, les mesures conservatoires indiquées (le 08.04.1993) dans le cas de l'*Application de la Convention contre le Génocide* (Bosnie-Herzégovine *versus* Yougoslavie [Serbie et Monténégro]) ont cessé d'être maintenues par l'Etat défendeur et n'on guère amélioré la situation dans la région. K. Oellers-Frahm, "Anmerkungen zur einstweiligen Anordnung des Internationalen Gerichtshofs im Fall Bosnien-Herzegowina gegen Jugoslawien" (*Serbien und Montenegro*) vom 8 April 1993", 53 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1993) pp. 638-656. "Il me semble surprenant que l'on aie essayé d'expliquer ou de justifier le non-respect des mesures conservatoires par la Yougoslavie, laquelle, si elle les avait appliquées, aurait été inconsistent with its claim of lack of responsibility for the acts complained of"; S. Oda, "Provisional Measures – The Practice of the International Court of Justice", *Fifty Years of the International Court of Justice – Essays in Honour of R. Jennings* (Eds. V. Lowe et M. Fitzmaurice). Cambridge: University Press/Grotius Publs., 1996, pp. 555-556. À mon avis, il s'agit là d'une vision inadéquate et statocentrique de la matière, autorisée par l'*interna corporis* de la CIJ. D'autres exemples récents d'indication de mesures conservatoires dictées par la CIJ sont celles indiquées dans les affaires

- Breard* (Paraguay versus États Unis, le 09.04.1998) et *LaGrand* (Allemagne versus États Unis, le 03.03.1999), affaires dans lesquelles ces mesures n'ont pas été appliquées par l'État défendeur, affectant tant la réputation de ce dernier comme l'autorité de la même CIJ. Ch. Tomuschat, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", 281 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1999), pp. 415-416.
11. Cf. International Court of Justice, *Le Grand Case*, *Press Release* 2001/16-bis, del 27.06.2001, pp. 1, 4-6 y 9-10. À noter, *in passim*, que la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme a été le premier tribunal international qui a affirmé l'existence d'un droit individuel à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties judiciaires; cf. Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, Opinion Consultative n. 16 (OC-16/99), du 01.10.1999, Série A, n. 16, pp. 3-123, paragraphes 1-141. Cette Opinion Consultative historique reflète l'impact du Droit International des Droits de l'Homme dans l'évolution du Droit International Public, notamment si on prend en considération que la Cour Interaméricaine a été le premier tribunal international à avertir que le non-respect de l'article 36(1)(b) de la Convention de Vienne sur les Relations Consulaires de 1963 portait atteinte non seulement à l'État, mais aussi aux êtres humains en question (comme vient également de l'admettre, postérieurement, la CIJ, dans l'affaire *LaGrand* susmentionnée).
 12. Cf. Rudolf Bernhardt (Ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts*. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 1994, pp. 1-152.
 13. Cf. E. García de Enterría, *La Batalla por las Medidas Cautelares*, 2ème. éd. Madrid: Civitas, 1995, pp. 25-385.
 14. Au sens de l'article 38(1)(c) du Statut de la Cour Internationale de Justice; cf. Lawrence Collins, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", 234 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1992), pp. 23, 214 et 234.
 15. Cf. L. Collins, *op. cit. supra* n. (14), pp. 23-24, 191, 214-215, 217 et 232.
 16. De telles mesures ne s'ajustent donc pas à l'abstraction "propre de la doctrine classique – d'un 'monde juridique' prétendument autosuffisant, détaché des problèmes du quotidien des êtres humains, de la réalité sociale. Tout au contraire, elles revèlent que le Droit n'opère pas *in vacuo*.
 17. R.St.J. MacDonald, "Interim Measures in International Law, with Special Reference to the European System for the Protection of Human Rights", 52 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1993), pp. 703-740.
 18. Adopté le 24 novembre 2000, entré en vigueur le 1er juin 2001.
 19. Pour une analyse historique et législative de cette disposition, du premier au quatrième (et dernier) Règlement de la Cour, 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", in *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, vol. II. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 21, 120 et 354.
 20. Entré en vigueur le 1er mai 2001.
 21. Leur application s'impose en raison de la procédure juridictionnelle dont elles résultent; A. Aguiar, "Apuntes sobre las Medidas Cautelares en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos", in *La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: Cour I.A.D.H., 1994, pp. 36-37; H. Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales* (2ème. éd. rev.). San José de Costa Rica: IIDH, 1999, pp. 416 et 377.
 22. Cf. Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, affaire *James et autres versus*

- Trinidad et Tobago*, Résolution sur Mesures Provisoires de Protection du 25 mai 1999, Opinion Individuelle du Juge A.A. Cançado Trindade, paragraphes 1-18, esp. pp. 6-7.
23. De telles mesures, ordonnées par la Cour Interaméricaine, à caractère clairement obligatoire, ne se prêtent à aucun type de discussion, à la différence de celles qui ont entouré les mesures provisoires indiquées ou octroyées par d'autres tribunaux internationaux; sur ces discussions ou incertitudes, cf. J.M. Pasqualucci, "Medidas Provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una Comparación con la Corte Internacional de Justicia y la Corte Europea de Derechos Humanos", 19 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1994), pp. 95-97; M.H. Mendelson, "Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction", 46 *British Year Book of International Law* (1972-1973), pp. 259-322.
 24. Ainsi l'a signalé la CIJ, par exemple, dans le cas de la *Jurisdiction en Matière de Pêcheries* (Royaume Uni versus Islande, ICJ Reports [1972] p. 16, par. 21, et p. 34, par. 22.1972), dans le cas des *Otages (Personnel Diplomatique et Consulaire des Etats-Unis) à Téhéran* (États-Unis versus Iran, ICJ Reports [1979], p. 19, par. 36), et, plus récemment, dans le cas *Nicaragua versus États-Unis* (ICJ Reports (1984) pp. 179 et 182, par. 24 y 32), et dans l'affaire de l'*Application de la Convention contre le Génocide* (Bosnie-Herzégovine versus Yougoslavie [Serbie et Monténégro], ICJ Reports [1993], p. 19, par. 34, et p. 342, par. 35). À ceux-ci s'ajoutent d'autres affaires dans lesquelles la CIJ s'est prononcée en la matière, "indiquant" ou non les mesures provisoires sollicitées; cf., par exemple, les affaires du *Différent Frontalier* (Burkina Faso versus République du Mali, 1986); de la *Plateforme Continentale de la Mer Egée* (Grèce versus Turquie, 1976); des *Essais Nucléaires* (Nouvelle Zélande et Australie versus France, 1973); du *Jugement des Prisonniers de Guerre Pakistanaïs* (Pakistan versus Inde, 1973); entre autres. Pour un commentaire, cf. J.B. Elkind, *op. cit. supra* n. (9), pp. 98-141; L. Collins, *op. cit. supra* n. (14), pp. 215-233; J. Sztucki, *op. cit. supra* n. (9), pp. 35-60 et 270-280.
 25. De façon à ne pas commettre de "contempt of court"; cf. E. Hambro, "The Binding Character of the Provisional Measures of Protection Indicated by the International Court of Justice", in *Rechtsfragen der Internationalen Organisation – Festschrift für Hans Wehberg* (Eds. W. Schätzel et H.-J. Schlochauer). Frankfurt a/M, 1956, pp. 152-171.
 26. Cf., *inter alia*, quant à ces derniers, les mesures ordonnées par la Cour dans les affaires, par exemple, de *Bustíos-Rojas* (Pérou, 1990), *Chunimá* (Guatemala, 1991), *Reggiardo Tolosa* (Argentine, 1993), *Colotenango* (Guatemala, 1994-2000), *Digna Ochoa et Plácido et Autres* (Mexique, 1999), *Haitiens et Dominicains d'Origine Haïtienne dans la République Dominicaine* (République Dominicaine, 2000), *Communauté de Paix de San José de Apartadó* (Colombie, 2000), *Journal 'La Nación'* (Costa Rica, 2001).
 27. Cf., pas exemple, les affaires des *Prisons Péruviennes* (1992), et de *Chipoco* (1992, également relative au Pérou).
 28. Il s'agit là d'un critère qui s'appuie sur le principe de la *summaria cognitio*, en raison de l'urgence des affaires en question, – principe qui a été appliqué en relation avec des mesures, aussi bien conservatoires dans la procédure en droit interne, que provisoires dans la procédure en droit international.
 29. J'utilise ci-après le terme "ordonnance" pour les *résolutions* adoptées par la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme portant sur les mesures provisoires de protection.
 30. Et étant, donc, l'affaire à l'étape du suivi quant au respect de l'arrêt (en ce qui concerne les réparations).
 31. Cf. les résolutions de la Cour Interaméricaine sur les Mesures Provisoires de Protection, du 14 août 2000 (affaire du *Tribunal Constitutionnel*), et du 03 février 2001 (affaire *Loayza Tamayo*).
 32. Pour un étude récent des divers aspects de l'*accès direct* des individus aux juridictions internationales de protection (Cours

- Européenne et Interaméricaine) des droits de l'homme, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; et cf. 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.
33. 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", 30/31 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2001) pp. 45-71, spéc. pp. 60-61.
34. Il est nécessaire d'indiquer ici que, dans le système européen de protection des droits de l'homme, par exemple, les mesures provisoires de protection ont vu le jour, dans leur grande majorité, dans des affaires de probabilité ou de risque d'extradition ou d'expulsion (permettant au requérant de rester dans le pays où il se trouve jusqu'à ce que la Cour Européenne décide du fond des affaires), dans des circonstances qui auraient pu, s'il avait été procédé à l'extradition ou à l'expulsion, soumettre l'individu, dans le pays récepteur, à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants (selon les termes de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme). Cf. C.A. Norgaard et H. Krüger, "Interim and Conservatory Measures under the European System of Protection of Human Rights", *Progress in the Spirit of Human Rights – Festschrift für Felix Ermacora* (eds. M. Nowak, D. Steurer et H. Tretter). Kehl am Rhein: N.P. Engel, 1988, pp. 109-117; P. van Dijk et G.J.H. van Hoof et alii, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 3ème. éd. The Hague: SIM/Kluwer, 1998, pp. 103-107 et 215; G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*. Paris/Aix-en-Provence: Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1989, pp. 36-37 et 307.
35. À savoir, les affaires *Álvarez, Blake, Cesti Hurtado, Clemente Teherán, Colotenango, Communauté de Paix de San José de Apartadó, Haïtiens et Dominicains d'Origine Haïtienne dans la République Dominicaine, Ivcher Bronstein, James et Autres, Loayza Tamayo, Paniagua Morales, Journal 'La Nación', et Tribunal Constitutionnel*.
36. Cf. Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, affaire des *Haïtiens et Dominicains d'Origine Haïtienne dans la République Dominicaine*, résolution du 18 août 2000, Opinion Individuelle du Juge A.A. Cançado Trindade, paragraphes 1-25.
37. Selon un critère inauguré par la Cour Interaméricaine dans l'affaire *Digna Ochoa Plácido et Autres*, résolution sur Mesures Provisoires de Protection du 17 novembre 1999 (point résolutif n. 2).
38. Point résolutif n. 6.
39. Équivalente à celle de l'article 63(2) de la Convention Américaine sur les Droits de l'Homme.
40. La mesure provisoire dictée par la Cour Européenne ayant été l'objet d'attaques, jusqu'à présent, par l'Etat concerné.
41. L'article 36 du Règlement A de la Cour Européenne correspondait à l'article 38 de son Règlement B (antérieur au Protocole n. 11 à la Convention Européenne).
42. Ce qui pourrait avoir mis fin, en définitive, aux incertitudes en la matière, suscitées par la décision de la Cour Européenne dans le cas *Cruz Varas et alii versus Suède* (du 20.03.1991); A. Spielmann et D. Spielmann, "La Cour unique et permanente et les mesures provisoires (La nécessité d'une réforme)", in *Protection des Droits de l'Homme: la Perspective Européenne – Mélanges à la Mémoire de Rolv Ryssdal* (Eds. P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold et L. Wildhaber). Köln/Berlin: C. Heymanns Verlag, 2000, pp. 1347-1358. Et cf. aussi, à ce sujet, A. Drzemczewski, "A Major Overhaul of the European Human Rights Convention Control Mechanism: Protocol n. 11", 6 *Collected Courses of the Academy of European Law* (1995) pp. 190, et cf. p. 170. À noter que les facultés relatives au suivi (faculté que l'on devrait pouvoir étendre aux

mesures provisoires de protection ordonnées) du Comité des Ministres ont été, pourtant, maintenues dans le cadre du nouveau système du Protocole n. 11; cf., e.g., M. Scalabrino, *Il Controllo sull'Applicazione della CEDU alla Vigilia dell'Entrata in Vigore dell'XI Protocollo*. Urbino/Italia: Università degli di Urbino, 1998, pp. 68-70.

43. Cf. 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*, document OEA/Ser.G-CP/CAJP-1627/00, du 16.03.2000, pp. 13-14.
44. Cf. 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 Estados Americanos* (09 mars 2001), OEA document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1770/01, du 16.03.2001, pp. 06-08; OEA, *Informe y Propuestas del Presidente y Relator 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 Estados Americanos en el Marco del Diálogo sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección* (05 avril 2001), OEA document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1781/01, du 10.04.2001, pp. 13-19; OEA, *Presentación 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 Estados Americanos en el Marco del Diálogo sobre el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (19 avril 2002), OEA document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1933/02, du 25.04.2002, pp. 5-16 (rapports disponibles en français, espagnol, portugais et anglais).
45. En maintes occasions à l'Organisation régionale, et dans les cercles juridiques latino-américains, j'ai constamment mis l'accent sur l'importance croissante des mesures provisoires de protection ordonnées par la Cour Interaméricaine.
46. Nouvelle ampliation des mesures provisoires de protection dans cet affaire. Cf. Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, affaire de la *Communauté de Paix de San José de Apartadó*, concernant la Colombie, résolution des Mesures Provisoires de Protection du 18 juin 2002, paragraphes 8-11.
47. Cf. Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, affaire de la *Communauté de Paix de San José de Apartadó*, concernant la Colombie, résolution des Mesures Provisoires de Protection du 18 juin 2002, Opinion Individuelle du Juge A.A. Cançado Trindade, paragraphes 1-20.
48. Cf., sur ce point précis, D.J. Padilla, "Provisional Measures under the American Convention on Human Rights", *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, vol. II. San José de Costa Rica: Cour I.A.D.H./U.E., 1998, p. 1193.
49. À savoir, *Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbi et Solís Corrales, Bustíos Rojas, Chunimá, Chipoco, Prisons Péruviennes, Reggiardo Tolosa, Colotenango* [de façon réitérative], *Caballero Delgado et Santana, Carpio Nicolle* [de façon répétée], *Blake, Alemán Lacayo, Vogt, Suárez Rosero, Serech et Saquic, Loayza Tamayo, et Giraldo Cardona*.
50. À savoir (certains de façon répétée), *Caballero Delgado et Santana, Giraldo Cardona, Alemán Lacayo, Colotenango, Blake, Álvarez et Autres, Cesti Hurtado,*

- Carpio Nicolle, Serech et Saquic, Vogt, et Loayza Tamayo.*
51. À savoir, *Cesti Hurtado, Álvarez et Autres, Paniagua Morales et Autres et Vásquez et Autres, Clemente Teherán et Autres, James et Autres, Giraldo Cardona, Carpio Nicolle, Bámaca Velásquez, et Colotenango.*
 52. À savoir, *Clemente Teherán et Autres, James et Autres, Caballero Delgado et Santana, Colotenango, Cesti Hurtado, Carpio Nicolle, Giraldo Cardona, Digna Ochoa et Plácido et Autres*; de plus, durant la première session ordinaire de la Cour de l'an 2000, celle-ci a, une nouvelle fois, adopté une autre ordonnance portant sur des mesures provisoires de protection (affaire *Colotenango*).
 53. Sur le plan méthodologique, je me permets souligner que le premier tome de la *Série E* sur les Mesures Provisoires de la Cour, a suivi un ordre strictement chronologique (couvrant la période qui va de novembre 1987 à juillet 1996). Avec l'augmentation sensible des demandes en indication de mesures provisoires durant les 04 années suivantes, le deuxième tome de la *Série E* sur les Mesures Provisoires de la Cour (qui couvre la période de juillet 1996 jusqu'à juin de l'an 2000) a suivi un ordre chronologique mais ordonné par affaire, en séquence alphabétique. Ce même critère est suivi dans le troisième tome de la *Série E* sur les Mesures Provisoires de la Cour (qui couvre la période allant de juillet de l'an 2000 à juin de l'an 2001). Le choix de ce critère, suivi dans les tomes II et III de la *Série E*, est fondé sur le développement considérable de la jurisprudence récente de la Cour à ce sujet (durant les 06 dernières années), et il a l'avantage de présenter sous une forme plus didactique les décisions de la Cour Interaméricain, ou de son Président, en la matière, facilitant ainsi sa consultation.
 54. Comme, par exemple, – pour ne citer que les plus nombreuses, – les affaires *James et Autres* (treize actions), *Álvarez y Otros* (seize), *Colotenango* (onze), *Carpio Nicolle* (neuf), *Giraldo Cardona* (sept), entre autres.
 55. E.g., *Chipoco*, et *Prisons Péruviennes*.
 56. E.g., *Alemán Lacayo, Vogt, Serech et Saquic, Paniagua Morales et Autres et Vásquez et Autres, Suárez Rosero, Loayza Tamayo, Cesti Hurtado, Ivcher Bronstein, Tribunal Constitutionnel.*
 57. E.g., *Colotenango*, 1994-2001; *Carpio Nicolle*, 1995-2000; *Caballero Delgado et Santana*, 1994-1999; *Álvarez et Autres*, 1997-2001; *Blake*, 1995-2000; *Giraldo Cardona*, dès 1996; entre autres.
 58. Ceci est si vrai que certaines d'entre elles ont été, postérieurement, levées par la Cour; cf., *inter alia*, les mesures dans les affaires *Alemán Lacayo* (Nicaragua, 1996, levées en 1997), *Vogt* (Guatemala, 1996, levées en 1997), *Serech et Saquic* (Guatemala, 1996, levées en 1997), *Cesti Hurtado* (Pérou, 1997, levées en 2000).
 59. E.g., depuis plus de sept ans déjà, dans les affaires *Colotenango* et *Caballero Delgado et Santana*; plus de six ans dans les affaires *Blake* et *Carpio Nicolle*; et plus de cinq ans dans l'affaire *Giraldo Cardona*.

LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NO CONTEXTO DE UMA POLÍTICA DE OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*

.....
CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL

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; Membro da Sociedade Americana de Criminologia e da Academia Brasileira de Direito Criminal; vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Vitimologia; Membro da Academia Cearense de Letras e da Academia de Ciências Sociais do Ceará.

Na condição de membro do CNPCP, órgão da execução penal, subordinado ao Ministério da Justiça, entre cujas atribuições se inclui a de propor diretrizes de política criminal e penitenciária, assim como a de exarar pareceres em processos que tramitam no Congresso Nacional em sede de direito penal, direito processual penal e execução da pena, preocupa-me sobremaneira a visão prevalecente dos fins que o Estado deve perseguir por intermédio da sanção penal, algo que diz respeito à sua própria legitimidade, maiormente nestes novos tempos em que a segurança pública – dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercido para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, a teor do art. 144 da Constituição Federal – deixou de ser um tema periférico e ganhou foros de prioridade, no discurso oficial dos governantes de plantão.

Convocado em março de 2002 para oferecer subsídios à Associação Cearense do Ministério Público, com vistas à redação de documento que seria encaminhado à Comissão de Segurança do Senado Federal, indaguei dos ilustres promotores que me entrevistaram acerca de sua postura dogmática com relação à pena e a seus respectivos fins, um pressuposto básico de qualquer projeto de política criminal que se pretenda implantar, em nome da segurança pública. Assim o fiz por perceber, entre alguns representantes do ministério público, uma inequívoca e renitente propensão pelo endurecimento da pena, a mesma propensão que se detecta em centenas de projetos de lei em

trâmite na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

A verdade é que o conceito de segurança está entranhadamente vinculado a políticas de conteúdo repressório, que se procura legitimar a todo custo, segundo Helga Cremer Schäfer, numa estratégia fundada na “exasperação da insegurança, da criminalidade e do medo.”¹ Tal como asseverou a Dra. Ana Lucia Sabadell: “A política de segurança hoje pode ser entendida como uma política simbólica que, através de conceitos como ‘erradicação da violência’, ‘medo da criminalidade’ e ‘luta contra o crime’, tenta produzir dentro da sociedade insegurança e legitimar a repressão por parte do Estado.”²

É de conhecimento amplo e notório a origem da promulgação de normas como a controvertida Lei n. 8.072/90 (Crimes Hediondos), a Lei n. 9.034/95 (Crime Organizado) e as Leis n. 9.695/98 e n. 9.677/98 (Falsificação de Produtos Terapêuticos e Medicinais), geradas nas entranhas de um medo que se espalha e se acentua após a ocorrência de crimes bárbaros, de larga divulgação. Associado ao inconformismo e à revolta, dito medo enseja a reflexão coletiva e a ações de cunho preventivo, mas, por outro lado, fomenta um direito penal simbólico, retórico, desprovido de legitimidade, acolhedor de propostas demagógicas, antilibertárias (como, por exemplo, a pena de morte, a prisão perpétua, a ampliação da lei dos crimes hediondos e a redução da idade da responsabilidade penal), que criam uma expectativa fraudulosa de tranquilidade e de segurança jurídica.

Pois bem: nesses tempos de paranóia, de histeria massiva – em que prosperam escancaradamente os movimentos de lei e ordem, carentes de legitimação, encorajados por uma parcela da mídia sequiosa de sensacionalismo, (faço este parêntese para perquirir sobre os limites da liberdade de imprensa *versus* direitos humanos, um item manifestamente polêmico, mas que se deve enfrentar de forma desapassionada e objetiva) –, prega-se, a altas vozes, o aumento das penas, alardeando-se a ilusão de que, desse modo, seja possível inibir o crime, como se o delinqüente fora um atento observador da lei, um cidadão auto-reflexivo, pronto para internalizar, ante a possibilidade de uma punição mais severa, a mensagem de que não deve incidir em condutas ilegítimas, delituosas. A esse propósito, é curial atentar para as extravagâncias do modelo americano, defendido por muitos à *outrance* (responsável, porém, por uma das mais altas taxas de encarceramento do mundo e que gerou, entre outros absurdos, *The Three Strikes Law*, a Lei dos Três Golpes, consoante a qual aquele que comete um terceiro crime, ainda que leve, será punido com uma sanção que varia de 25 anos à prisão perpétua).

Fiz uso, acima, do termo “possibilidade” e não “certeza” posto que esta é, inquestionavelmente, a realidade brasileira, onde são cada vez mais nutridas as cifras tanto negras quanto douradas da criminalidade, mais numerosas as ordens de prisão sem cumprir, mais assíduas as fugas em massa de unidades penais iníquas e sobrepopoadas (com destaque para as delegacias de polícia, onde se apinham de forma subumana – como dejetos da sociedade –, milhares de presos, provisórios e condenados) e mais visível o desmoroamento do vigente modelo penitenciário, sobretudo dos regimes semi-aberto e aberto, circunscritos em regra, máxime pela insuficiência ou inexistência de estabelecimentos adequados, à mera assinatura periódica de um livro de ponto e que, por isso mesmo, perdem seu significado punitivo e exalam o odor fétido da impunidade.

Convertida em “metástase social” é a execução da pena onde a seletividade do sistema se expõe sem pejo em toda a sua exuberância, visto que – salvo casos excepcionais – tão-só os marginalizados, os miseráveis, os que não podem arcar com as despesas de uma advocacia particular ou simplesmente pagar uma fiança, ingressam e permanecem no cárcere, no qual não

se recolhem “quase nunca os agentes da criminalidade não convencional”, como proclama o insigne professor Miguel Reale Júnior,³ eis que a justiça, no mais das vezes, é “uma fera faminta e discriminatória que morde o fraco, porém o poderoso nem sequer o arranha”, no testemunho do ex-presidiário José Raúl Bedoya, em “Inferno entre Grades”,⁴ a mesma conclusão a que chegou Jeffrey Reiman, em sua análise sobre a realidade presidial norte-americana, sob o instigante título “The Rich Get Richer and the Poor Get Prison”.

Na prisão – apesar do disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em tratados e convenções internacionais de que nosso país é signatário, nas Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil (inspiradas nas Regras Mínimas da ONU – adotadas em Genebra, no ano de 1955, no I Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinqüente – e fixadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, através da Resolução n. 14, de 11 de novembro de 1994, na qual consta que é assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal), na Constituição Federal de 1988 (em cujo art. 5º se lê que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas; a todos é assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; e não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis) e na Lei de Execução Penal, a LEP (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, em que são alistados no art. 41 os direitos dos presos, embora não de forma exaustiva – porquanto a lei prevê muitos outros, que se subordinam a determinados requisitos –, com a ressalva do art. 13 de que ficam garantidos aqueles direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, o que, segundo a Exposição de Motivos, é uma proclamação formal de garantia, que ilumina todo o procedimento da execução) – pratica-se, sob o olhar indiferente e cúmplice do Estado, toda sorte de ações enodoadas pelo menoscabo aos direitos humanos, na medida em que o presidiário, muito mais do que a própria liberdade, perde, ao arrepio dos princípios essenciais do Estado Democrático de Direito, sua intimidade, sua privacidade, sua auto-estima, sua identidade social, sua segurança,

sua dignidade (esta última erigida pelo art. 1º da Carta Magna em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil), num *locus* ultrapassado e deplorável, em que se amalgamam a violência, a coabitação forçada, o etiquetamento e a despersonalização.

Já se disse alhures que o Estado se assenhoreia da vida do recluso e faz do cárcere um execrável depósito de seres humanos. Não obstante a meta da prevenção especial (ou individual) e a dicção do art. 1º da LEP, de conformidade com o qual a execução da pena “tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”, no sentido de impedi-lo de praticar novos delitos, medra o convencimento de que a meta de ressocialização é um mito inatingível intramuros, até porque, como relembra o saudoso Alessandro Baratta, “no se puede segregar personas y pretender al mismo tiempo reintegrarlas”,⁵ ou, nas palavras de Roxin, “a nadie se le puede enseñar encerrado a vivir en libertad”⁶. Essa convicção é também compartilhada por Javier Alejandro Buján e Victor Hugo Ferrando, os quais qualificam o tratamento penitenciário – uma gritante mistificação, pois incompatível com o encarceramento – como uma “herramienta legal legitimada para callar, aislar y denigrar a los que violan las pautas impuestas.”⁷ Já afirmava Manoel Pedro Pimentel, em “O Crime e a Pena na Atualidade, que “é crescente hoje o número de especialistas que tendem a denegar à pena de prisão qualquer sentido utilitarista, sustentando que a única finalidade que se lhe pode cominar é a de punir.”⁸

Estamos convencidos, com efeito, de quanto vem a ser falso referir a prisão tradicional como agência terapêutica, de quanto é falaz insistir na tecla da ressocialização. Oportunas, nesse sentido, as ponderações de Miguel Reale Júnior: “Re-socializar perante o quê? Re-socializar perante que conjunto normativo? Re-socializar perante que ideologia? Que normas? Que conjunto de valores? O conjunto de valores próprios de uma comunidade? O conjunto de valores defendido por um determinado pensamento político? O conjunto de valores propugnado por uma religião? Ou o conjunto de valores que se encontra encartado na legislação penal? Ressocializar seria condicionar ou amoldar o homem condenado à legalidade penal? Mas

qual legalidade penal? Amoldá-lo a toda legislação penal, inclusive à legislação extravagante? Mas submetê-lo, então, a uma lavagem cerebral e fazer inserir no seu espírito tudo aquilo que consta do Estatuto Penal e de toda a legislação penal? Ou apenas inserir no seu espírito a validade do valor que ele desrespeitou pela prática delituosa? E mais uma pergunta se faz obrigatória: por que métodos e por que meios realizar esta propalada re-socialização social? É de se admitir que o delito é apenas uma oportunidade que o delinqüente dá para que o Estado recupere pela utilização de métodos das ciências comportamentais, transformando a figura etérea, porque não existe na realidade científica, do ‘criminoso’, em outra realidade também etérea que é a do ‘não criminoso’?

É certo e possível utilizar todo um cabedal de conhecimentos científicos para impingir ao condenado em um meio inatural, que lhe desvirtua a personalidade, padrões de comportamento amoldados, adequados à convivência social para que ele seja útil e acomodado ao mundo livre. Mas, ao se admitir que ele deve ser cientificamente transformado, para se amoldar ao mundo livre e à sociedade, se está assumindo um papel muito pouco crítico e muito mais totalitário do que se imagina; totalitário, na medida em que se vê o delinqüente como patológico, em que se vê o delito como anormal, em que se atribui ao condenado a posição irremediável de errado; mas o errado que filantropicamente o Estado recolhe e retira da liberdade para lhe devolver depois ao seio social acomodado, transformado no bom moço que será útil a todos nós que vivemos numa sociedade homogênea, perfeita, coerente, desfeita de males porque o mal, o mal está sendo desfeito ao se transformar o condenado, que é o único mal.”⁹

Luiz Flávio Gomes pontua que a “descrença na ressocialização com a conseqüente perda de credibilidade da pena privativa de liberdade, ao lado do princípio da humanidade, constitui, talvez, a característica mais importante da Política Criminal dos últimos anos, destacando-se: a) o desaparecimento da pena de morte ou, pelo menos, sua limitação; b) o deslocamento da pena privativa de liberdade de seu lugar central no sistema punitivo; c) a substituição da pena privativa de liberdade por sistemas de tratamento; d) a substituição da pena privativa de liberdade por outras medidas alternativas...”¹⁰

A partir do reconhecimento de que a fracassada prisão é a “síntese mais emblemática das punições torturantes, desumanas, degradantes e cruéis”, ainda na lição de Luiz Flávio Gomes,¹¹ de que em seu interior é imposta “una estrategia de poder en que 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...”, como realça Elías Neuman, em “Cárcel y Sumisión”,¹² surgiram propostas deslegitimadoras do sistema penal como o abolicionismo e o minimalismo (radical), as quais são, no ensinamento de Paulo de Souza Queiroz, “movimentos de política criminal, vertentes da assim chamada nova criminologia ou criminologia crítica, surgida nos Estados Unidos por volta dos anos 60 e 70, que, rompendo, com a criminologia tradicional (a criminologia positiva), e sob o influxo de teorias sociológicas principalmente (das mais diversas tendências), contrapõem ao paradigma etiológico, próprio da criminologia positiva, um novo paradigma, o paradigma do *control*.”¹³

A despeito das críticas ao sistema penal que constituem o substrato do abolicionismo e às quais me associo, ousou colacionar minha objeção à idéia de que seja factível substituir inteiramente o sistema penal por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos (a exemplo dos modelos compensatório, terapêutico e educativo), como também de que se possa suprimir o cárcere. Inclino-me, em verdade, por um direito penal garantidor e efetivamente mínimo, que seja refratário à reprodução das desigualdades, que não se concilie com a manutenção de regimes opressivos e preveja a aplicação da penalidade custodial apenas aos plurirreincidentes, aos autores de delitos caracterizados pela extrema violência, aos que representam uma séria ameaça à comunidade. A Organização das Nações Unidas, aliás, em inúmeros congressos internacionais, tem recomendado a descriminalização, assim como o emprego da pena privativa de liberdade somente quando se trate de delinquentes perigosos, de autores de crimes de intensa gravidade, para os quais não resta outra opção além do encerro, do aprisionamento.

É essencial, neste contexto, registrar os avanços ocorridos a partir da edição da lei 9.714, de 25 de novembro de 1998 (nascida do projeto de lei n. 2.684/96, de cuja elaboração participamos, na qualidade de membro do

CNCP) e que alargou o rol das alternativas penais (as quais passaram a ser: prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas; proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação oficial, de licença ou autorização do Poder público; suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo; proibição de frequentar determinados lugares; limitação de fim de semana; multa; e prestação inominada), bem como o lapso temporal de sua aplicação (pena privativa de liberdade não superior a 4 anos e quando o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo). Gradualmente, a objeção maior que lhes era apresentada – ou seja, a da precariedade do monitoramento – foi perdendo o sentido com a implantação progressiva das Centrais e Varas de Execução de Penas Alternativas.

Assinale-se com destaque que a Central pioneira foi a de Curitiba, criada em 1997 e que serviu de modelo para o surgimento de outras em diferentes estados, vinculadas ou não a uma Vara de Execuções Criminais. O Município de Fortaleza, Ceará, por sua vez, deu um passo inovador com a implantação, em 1998, da Vara de Execução de Penas Alternativas, a primeira do gênero no país. As Centrais e Varas mantêm, ademais, convênios com entidades receptoras de prestadores de serviços à comunidade ou a entidades públicas, assim como condenados à pena de limitação de fim de semana, aos quais tem se buscado oferecer cursos de formação profissional.

No âmbito do Ministério da Justiça, criou-se, em 12 de setembro de 2000, a Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas (CENAPA) e, em 27 de fevereiro de 2002, a Comissão Nacional de Apoio ao Programa Nacional de Penas e Medidas Alternativas, um programa com recursos do FUNPEN que estimula, fornecendo apoio técnico e financeiro inclusive, a implantação de Centrais e Varas especializadas em todo o Brasil.

Essas iniciativas são de grande relevância para a formação de um novo paradigma – em que a pena detentiva deixe de ser vista como a única e verdadeira punição –, e estão em consonância com as Diretrizes Básicas da

Política Criminal e Penitenciária, estabelecidas pelo CNPCP através da Resolução n. 5, de 19 de julho de 1999 (V. art. 4º: Defender o instituto das penas alternativas como forma de evitar a privação da liberdade, a qual deve ser imposta excepcionalmente, como *ultima ratio*).

Há de se ter em conta, neste caso, as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio), elaboradas pelo Instituto Regional das Nações Unidas da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente e em cuja Seção I estão consignados seus objetivos fundamentais, a saber:

1.1. As presentes Regras Mínimas enunciam um conjunto de princípios básicos para promover o emprego de medidas não-privativas de liberdade, assim como garantias mínimas para as pessoas submetidas a medidas substitutivas da prisão.

1.2. As presentes Regras têm por objetivo promover uma maior participação da comunidade na administração da Justiça Penal e, muito especialmente, no tratamento do delinqüente, bem como estimular entre os delinqüentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade.

1.3. As presentes Regras devem ser aplicadas levando em consideração as condições políticas, econômicas, sociais e culturais de cada país, bem como os propósitos e objetivos de seu sistema de Justiça Penal.

1.4. Ao aplicar as Regras, os Estados-membros devem envidar esforços para atingir equilíbrio adequado entre os direitos dos delinqüentes, os direitos das vítimas e o interesse da sociedade na segurança pública e na prevenção do delito.

1.5. Os Estados-membros devem introduzir medidas não-privativas de liberdade em seus sistemas jurídicos para propiciar outras opções, reduzindo deste modo a aplicação das penas de prisão e racionalizar as políticas de Justiça Penal, levando em consideração o respeito aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação do delinqüente.¹⁴

Paralelamente a tais penas, faz-se preciso, de modo permanente, humanizar o cárcere e oferecer melhores condições aos presos residuais, o que implica assistência material, social, médica (preventiva e curativa), jurídica e educacional, além de trabalho, nos termos da lei, com direito à remição (esta aplicada também à educação), assegurando-lhes, com igual ênfase, as garantias do devido processo legal: do direito de defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição, da igualdade no processo etc., todas previstas pela Constituição Federal, o Texto Supremo que deve ser o sul e o norte de uma política social, criminal e penitenciária que, sob o signo da solidariedade, seja fundamentada no ideário da promoção do homem, a verdadeira fonte de relegitimação das ciências penais.

Concluimos com as palavras de Antonio Sánchez Galindo, em “Narraciones Amuralladas”: “Tratemos bien al delincuente porque es un hermano en desgracia; nosotros, en una forma o en otra, lo hemos engrendrado o producido, por nuestra mala planificación social, por nuestras insuficientes medidas de prevención, por nuestras precarias tablas de predicción. Cada humano que se envía a la prisión construye un monumento de nuestro fracaso de la misma manera que cada golpe que otorgamos a nuestros hijos es la impotencia de nuestro razonamiento y la ineficacia de nuestro sistema educativo.”¹⁵

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- * Artigo elaborado a partir de anotações para a palestra ministrada no 05.04.02, no painel “Legitimação e Deslegitimação da Ciência Penal: Direito Penal e Execução Penal”, de que participou também o Dr. Paulo de Souza Queiroz e teve como Coordenadora a Dra. Carla Campos Amico, por ocasião do *Encontro Internacional de Ciências Criminais: Uma Abordagem Interdisciplinar sobre a Criminalidade*, promovido em Natal, Rio Grande do Norte, no período de 04 a 06 de abril de 2002, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte e pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM).
01. SCHÄFER, Helga Cremer. Apud SABADELL, Ana Lucia. Segurança Pública, Prevenção e Movimento Feminista: Uma Aproximação ao Caso Alemão. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, publicação oficial do IBCCRIM. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, janeiro/março, 2000, p. 56.
 02. SABADELL, Ana Lucia. *Op. cit.*, p. 56.
 03. REALE JÚNIOR, Miguel et al. *Penas e Medidas de Segurança no Novo Código*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 129.
 04. BEDOYA, José Raúl. *Infierno entre Rejas*. México: Posada, 1984, p. 11.
 05. BARATTA, Alessandro. Resocialización o Control Social. Por un Concepto Crítico de la Reintegración Social del Condenado, en la revista “*No hay Derecho*”, n. 3. Buenos Aires, Argentina, p. 77.
 06. Apud BUJÁN, Javier Alejandro e FERRANDO, Víctor Hugo. *La Cárcel Argentina. Una Perspectiva Crítica*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998, p. 43.
 07. *Op. cit.*, p. 56.
 08. PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime e a Pena na Atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 148.
 09. REALE JÚNIOR, Miguel et al.. *Op. cit.*, pp. 166-167.
 10. GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 199, pp. 19-20.
 11. *Op. cit.*, p. 69.
 12. NEUMAN, Elías. Cárcel y Sumisión. In *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça*, vol. I, n. 10, jul./dez, 1997, p. 34.
 13. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do Direito Penal: Legitimação versus Deslegitimação do Sistema Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pp. 90-91.
 14. JESUS, Damásio Evangelista de. *Penas Alternativas: Anotações à Lei n. 9.714, de 25 de novembro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 216-217.
 15. GALINDO, Antonio Sánchez. *Narraciones Amuralladas*. México: Impresos Chávez, 2001, p. 59.

O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO COMO SISTEMA DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA

.....

CHRISTOPHE SWINARSKI

Consultor Internacional em Direitos Humanos e Direito Humanitário; ex-Consultor Jurídico do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV); Membro do Conselho Consultivo do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.

1. Ao se abordar a apresentação do Direito Internacional Humanitário, surgem certas interrogações que requerem explicação. A primeira delas é a questão das relações existentes entre esse corpo de regras internacionais e o resto do direito pelo qual são regidas as relações na comunidade internacional. Com muita frequência, expressa-se a opinião de que o Direito Internacional Humanitário é uma espécie de direito à parte, ou seja, que se encontra fora do Direito Internacional Público em geral, e ainda mais separado dos ramos especializados deste direito. Esta opinião não tem, contudo, fundamentos na história do Direito Internacional Público.¹

O desenvolvimento do direito internacional moderno faz com que esta questão seja supérflua, pois este direito, na versão clássica vigente até hoje, pelo menos até 1945, delimita, no conjunto de suas regras, dois grandes âmbitos dotados praticamente da mesma importância. O primeiro contém as normas pelas quais eram regidas as relações entre Estados em situações de paz; o segundo, as que regiam as relações de conflito armado. Tanto o direito da paz quanto o da guerra constituíam o conjunto do Direito Internacional Público. Cabe lembrar que o Estado soberano tinha o direito de recorrer à força nas suas relações com outros Estados. Além disso, recorrer à força era o atributo supremo da sua soberania, a expressão mais cabal da sua qualidade de Estado.

Como o ato de recorrer à força estava incluído no direito, e as relações de conflito armado entre membros da comunidade internacional eram tanto ou mais frequentes que na atualidade (uma vez que as relações pacíficas

entre Estados estavam menos desenvolvidas em muitos âmbitos da atividade internacional, o Estado ainda não assumia todas as funções que lhe incumbem em nossos dias), podemos notar que o direito da guerra tinha uma dimensão no mínimo tão ampla quanto o direito da paz, se considerarmos o volume total das regras do direito internacional em vigor, sejam elas de origem consuetudinária ou convencional.

As tentativas de submeter a relação internacional de conflito armado ao regime do direito aparecem já no advento do Direito Internacional Público moderno. A diferença entre a guerra justa e a que não o era, baseada sobretudo em considerações filosóficas e ideológicas, seria interpretada depois, em direito, como a elaboração das regras da primeira, com o propósito de, pelo menos, excluir das relações internacionais a segunda.

A função que desempenha o direito da guerra no desenvolvimento do Direito Internacional Público remonta às origens desse direito, pois os primeiros contatos entre grupos sociais e comunidades pré-estatais eram, sobretudo, relações de conflito. Neste contexto, apareceram as primeiras normas consuetudinárias.

Sem considerar a problemática dos fundamentos sociológicos, econômicos e ideológicos do Direito Internacional Público, cumpre-se destacar que as regras consuetudinárias do direito da guerra, tendo surgido quase no início das relações entre comunidades, apresentam em todas as partes um conteúdo idêntico e finalidades análogas. Este surgir espontâneo nas diferentes civilizações –

que não dispunham então de meios de comunicar-se entre si – é um acontecimento importante; é a prova de que a necessidade da existência de normas no caso de um conflito armado fazia-se sentir de igual maneira em civilizações muito diferentes.

2. Nestas observações sobre o Direito Internacional Humanitário, é também mister refletir sobre as modificações e os procedimentos da prática normativa do Direito Internacional Humanitário, tanto no tocante ao conteúdo da questão quanto à metodologia.

Em primeiro lugar, convém esclarecer o próprio uso do termo “efetivação”, o qual costuma servir há muitos anos aos juristas e cientistas políticos para designar o conjunto de condições necessárias para uma norma internacional conseguir surtir efeitos concretos e eficazes na realidade na qual há de ser aplicada.

Neste sentido, o termo se estende para as três fases do processo, quais sejam:

- entrada em vigor da norma, ao nível internacional e nacional;
- sua concretização no direito interno acompanhada, se necessário, da adoção de medidas complementares;
- aplicação da mesma, inclusive nos procedimentos necessários para modulá-la, ou seja, para proporcionar-lhe um âmbito institucional idôneo.

Este termo é, portanto, mais abrangedor do decurso do processo de nascimento de uma obrigação ou de um direito à disposição de uma pessoa humana do que de sua aplicação, a qual corresponde a uma simples etapa do mesmo processo.

No tocante aos sistemas de proteção da pessoa humana, também é óbvio que, enquanto não houver cumprido as exigências das três etapas, a norma fica incompleta no que diz respeito à sua inserção no sistema jurídico em que deve se introduzir.

Assim, o termo “efetivação” conota muito utilmente a complexidade do processo de formação daquelas obrigações e direitos, particularmente os oriundos da estrutura normativa internacional de proteção da pessoa humana.

3. Com efeito, esta estrutura aparece hoje em dia – e talvez cada dia mais – como uma estrutura dentro da qual encontram-se diversos corpos de normas com várias origens, diversos procedimentos e múltiplos órgãos de aplicação.

Este grande número de sistemas normativos apresenta aos que anseiam implementá-los um grande desafio, tanto sob o aspecto de conceituar as relações entre eles como, e mais ainda, de fazer coincidir os esforços para alcançar sua efetiva vigência.

Utilizando-se o critério da *finalidade* dos efeitos dos sistemas internacionais existentes de proteção da pessoa humana, poder-se-ia tentar classificá-los em quatro categorias, segundo o enfoque particular da proteção que contemplam.

A primeira categoria desses sistemas teria como finalidade essencial, ou mais especificamente como o próprio fundamento de toda sua existência jurídica, a proteção dos seres humanos em todos os aspectos em sua qualidade de membros da sociedade humana. Pertence a esta categoria, sem dúvida alguma, o Direito Internacional dos Direitos Humanos em seus níveis regional e universal. Os Direitos Humanos colocam o ser humano dentro de sua mais alta sociedade política, a da humanidade, com “... a acepção que agora lhe damos, acepção que se desenvolveu principalmente na última década, na comunidade internacional de hoje em dia, com a complexa, múltipla e dialética integração que tem.”² Por isso, pode-se dizer que se trata, no sentido técnico da palavra, do direito geral da pessoa humana.

A segunda categoria de direitos da pessoa humana a nível internacional conteria os sistemas que protegem várias e importantes categorias de seres humanos devido às especificidades de sua *condição na sociedade*, tais como, por exemplo, o Direito da Mulher ou o Direito Internacional da Criança.

Na terceira categoria de direitos de proteção do ser humano poderiam ser incluídas as normativas que o protegem devido ao desempenho de sua função social, ou seja, de uma condição particular inerente ao seu funcionamento na sociedade. A este tipo de normas corresponderiam, por exemplo, o Direito Internacional do Trabalho ou o Direito Internacional Médico.

Finalmente, a última categoria contemplaria as necessidades da pessoa humana focalizando sua *situação* na sociedade quando pesa sobre si uma ameaça particular ou o impedimento de gozar da devida proteção do direito interno, o que é abordado no Direito dos Refugiados e no Direito Humanitário.³

4. O que costuma ser chamado hoje em dia “Direito Internacional Humanitário” ou, de maneira mais técnica, Direito Internacional aplicável em situações de conflitos armados, é “o corpo de normas internacionais de origem convencional ou consuetudinária especificamente destinado a ser aplicado aos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, que limita, por razões humanitárias, o direito das partes em conflito escolherem livremente os métodos e meios utilizados na guerra ou que protege as pessoas ou os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito.”⁴

Entendido desta maneira, o Direito Internacional Humanitário ocupa, dentro do Direito Internacional Público, o próprio lugar do corpo de regras que antigamente era conhecido sob a denominação de Direito Internacional de Guerra.

5. Entre as indagações possíveis no estudo do Direito Internacional Humanitário, a primeira pode provir da associação de dois termos podendo ser considerados contraditórios por alguns : os vocábulos “direito” e “humanitário”.⁵

Enquanto se entende por “direito” o conjunto de normas obrigatórias sancionadas com um sistema de implementação e de execução, a palavra “humanitário” costuma se referir mais a um sistema de regras de conduta baseadas em uma escala de valores éticos reconhecidos por preferências ideológicas, sem, portanto, dar-lhes um caráter obrigatório para o comportamento social.

Logicamente, podem surgir dúvidas a respeito da própria pertinência do Direito Internacional Humanitário ao direito entendido como um sistema de normas vigentes e aplicáveis. Também podem surgir interrogações sobre a colocação deste direito dentro das normas existentes. Tratar-se-ia, na realidade, de um ramo específico do Direito Internacional Público ou de um sistema de normas separadas obedecendo aos seus próprios modos de criação?

Teriam seu âmbito particular de aplicação e implementar-se-iam por seus próprios procedimentos?

Finalmente, coloca-se uma questão acerca do Direito Internacional Humanitário e suas relações com os Direitos Humanos, tanto no tocante às suas respectivas origens e sua índole, como nos efeitos de ambos em relação à pessoa humana.

6. Deve-se lembrar que na doutrina clássica do direito das pessoas, os Estados soberanos dispunham da total liberdade de fazer uso da força nas relações entre si. O direito do recurso à força integrava o próprio conceito de soberania estatal e representava até a mais cabal característica daquela soberania nas relações de um Estado com os outros membros da comunidade internacional.

A história do direito da guerra determina toda a trajetória do próprio Direito Internacional Público, condicionando de uma maneira decisiva o processo de elaboração deste último.

A fundação do Direito Internacional como disciplina diferente das ciências jurídicas deveu-se, mais que tudo, à transferência do debate sobre o que era, ou não, uma guerra justa (guerra legítima), baseado em considerações filosóficas e ideológicas ao nível do direito concebido como regime político das nações vivendo esta situação (guerra legal).⁶

Embora o ano de 1864, data da criação do primeiro instrumento multilateral do Direito Internacional Humanitário – Primeira Convenção de Genebra –, costume ser considerado como a data de nascimento deste direito, é óbvio que as normas daquele direito existiam com muita anterioridade. Mesmo fora do âmbito de regras consuetudinárias, já existia um bom número de tratados internacionais bilaterais contendo regras naturais humanitárias na mais remota Antiguidade.⁷

O Direito Internacional Humanitário adquiriu um acoetimento mais específico no momento em que se tornou um regime geral do comportamento internacional em situação de guerra.

7. Hoje em dia, depois da proibição do recurso à força na comunidade internacional contemporânea, referendada pela Carta das

Nações Unidas, os Estados perderam a possibilidade legal de resolver seus enfrentamentos e litígios por meio de conflitos armados.

Existem, todavia, exceções a este princípio fundamental da proibição do recurso à força. Assim, admite-se a legalidade do conflito bélico nas seguintes situações:

- a guerra de legítima defesa reconhecida como o direito de um Estado se defender contra um ataque armado, consagrado no art. 51 da Carta das Nações Unidas;
- a guerra de libertação nacional que cumpra as condições de um enfrentamento armado, em conformidade com as regras interpretativas das modalidades do exercício do princípio de autodeterminação dos povos;
- as medidas de segurança coletiva previstas nos mecanismos do capítulo VII da Carta das Nações que podem ser decididas contra um Estado representando uma ameaça para a paz e a segurança internacionais.

Desta maneira, o Direito Internacional Humanitário adquire características mais específicas ao mostrar-se como regime geral de toda conduta nas situações de conflito armado. Ao se propor a reger as situações em que se usa a força armada, este direito tem dois ramos que correspondem aos seus dois objetivos: limitar o recurso a determinados meios de combate nas hostilidades e proteger as vítimas do conflito.

Estes dois ramos do Direito Internacional Humanitário atendem respectivamente, por razões históricas, pelos nomes de “Direito de Haia” e “Direito de Genebra”.⁸

8. Ao se questionar sobre as funções desempenhadas pelo Direito Internacional Humanitário, cumpre-se levar em conta as razões que originaram a aprovação por parte dos Estados deste corpo de norma tratando de limitar a soberania estatal em um âmbito tão sensível como a guerra, pois não existe situação mais profundamente ameaçadora para a própria existência do Estado, sua integridade e seus interesses fundamentais.

Como todas as normas do direito, o Direito Internacional Humanitário baseia-se nos interesses que os Estados estão dispostos a concertar a nível internacional para se darem

uma melhor proteção em qualquer situação, quando a eficiência da proteção dada por seus próprios sistemas jurídicos passa a ser deficiente.

Também se deve levar em conta o papel de complemento internacional às insuficiências e às carências do direito interno do próprio Estado que venham a surgir devido à existência de um conflito bélico em seu território.⁹

9. É necessário destacar este caráter subsidiário da normativa internacional, assim como o fato de que ela corresponde à vontade do próprio Estado expressada por sua adesão a um instrumento internacional, e não só a algumas preocupações setoriais ou aos interesses de alguns grupos de pressão, de caráter político, econômico e ideológico.¹⁰

Não obstante, persiste no seio de muitos corpos estatais a convicção de que o Direito Internacional, especialmente no tocante aos direitos da pessoa, procede das determinadas opções ideológicas da relação entre o indivíduo e o Estado, ou melhor, que responde às exigências da ordem pública internacional e aos requisitos do bom funcionamento da comunidade humana.

A famosa tese do caráter supostamente “subversivo” das interferências internacionais no regime de relação entre o indivíduo e os órgãos estatais freqüentemente descansa sobre uma confusão semântica na qual – certas vezes por ingenuidade, outras vezes por propósitos equivocados – se confundem diferentes acepções da noção dos Direitos Humanos, sendo este o termo genérico para todos os direitos da pessoa.

10. Pois bem, o conceito em si dos Direitos Humanos pode ter três acepções diferentes:

- Na primeira, trata-se de uma proposta dos direitos individuais, parte da reflexão geral sobre as relações entre o indivíduo, a sociedade e o poder, de origem ideológica, integrando a doutrina de uma filosofia política de qualquer inspiração (cristã, marxista, liberal etc.). Obviamente, o conteúdo dos Direitos Humanos, contemplados nesta acepção, deve variar segundo a perspectiva filosófica adotada, e a tal ponto que se chega invariavelmente a muitos conteúdos diferentes, senão contraditórios, o que gera intermináveis discussões doutrinárias e ferozes logomaquias.

- Na segunda, o conceito se refere às garantias legais da pessoa humana no próprio direito interno, ou seja, as normas de origem constitucional, legislativa ou regulamentar que regem as relações entre a pessoa e o aparato do poder, com a suposição de que ambas as partes estejam igualmente regidas por elas, de modo a servirem de eficaz amparo contra a arbitrariedade do Estado – o que, por sua vez, representa a condição fundamental de existência do “estado de direito”.
- Finalmente, em sua terceira acepção, os Direitos Humanos são um conjunto genérico de normas de origem internacional visando a limitar a onipotência do Estado em sua relação com seus súditos e, por conseguinte, limitar o exercício de sua sacrossanta soberania pessoal.¹¹

A tradicional suspeição dos órgãos estatais ante as normas não geradas pelos procedimentos habituais da ordem interna encontra-se reforçada com esta “intervenção” em uma esfera tão íntima do exercício do poder, como esta em que se estabelecem os direitos recíprocos do Governo com os governados.

Todo protagonismo da normativa internacional desta índole deve levar em conta os perigos daquela confusão semântica, assim como as idiosincrasias dos órgãos do Estado sobre a última acepção dos Direitos Humanos.

11. No conceito genérico dos Direitos Humanos, cabe também zelar para a fragmentação existente dos regimes de proteção da pessoa humana não se transformar, a nível interno, em uma confusão, de fato e de direito, sobre a relação entre os respectivos conteúdos de distintos regimes específicos que o integram.

Os direitos internacionais da mulher, da criança, do refugiado, do trabalhador, do enfermo, do indígena, do integrante de uma minoria ou da vítima de um conflito armado encontram-se, efetivamente, em diferentes instrumentos internacionais, dirigindo-se para as diversas facetas da condição da pessoa humana.

Portanto, surgem os perigos relativos à efetivação dos sistemas internacionais :

- o da convergência das normas aplicáveis, com a inevitável confusão para os órgãos que devem aplicá-las;
- e o da concorrência – no nível da promoção – entre os que se dedicam a divulgar com prioridade absoluta um regime específico entre outros.

Disto resulta, para os órgãos do Estado, uma confusão que os paralisa e aumenta a suspeita e a incerteza tradicionais ante as normas internacionais e, para os protagonistas da normativa internacional da pessoa, uma considerável dispersão contraproducente dos esforços, muito frequentemente, pela sua eficiência na realidade.

12. Voltando para as três etapas da efetivação, a de entrada em vigor costuma apresentar obstáculos comuns em diferentes realidades políticas e jurídicas, junto com os existentes, próprios a cada Estado.

Entre os primeiros, deve-se prioritariamente mencionar:

- a) a relativa inadequação dos serviços do Estado competentes para examinar, após a assinatura de um instrumento internacional de Direitos Humanos, seu conteúdo, com o objetivo de preparar um parecer ao poder legislativo para a ratificação (ou adesão);
- b) a multiplicidade de órgãos do Estado devendo ser consultados, segundo a natureza das garantias pessoais de que se tratar;
- c) a lentidão da máquina burocrática do poder executivo no que se refere aos tratados multilaterais desse tipo;
- d) a amplidão da necessidade de examinar as modificações necessárias da normativa interna, devido à adoção das normas internacionais;
- e) a obstrução de algumas instâncias do poder legislativo e/ou judiciário, naturalmente desfavoráveis à limitação do poder discricional do Estado em matéria dos direitos da pessoa;
- f) a carência do fomento do poder legislativo para agilizar a ratificação dos instrumentos complexos, às vezes muito técnicos e de

incidência política e eleitoral bastante aleatória;

- g) a ausência de mecanismos de promoção adequados para protagonizar o devido ritmo do processo de ratificação;
- h) e a insuficiência de perícia nacional na matéria.

Os elementos próprios de um Estado hão de ser identificados cada vez à luz de sua estrutura jurídica, situação política, tradição para com as normas internacionais, inter-relação entre suas instituições e propriedades de funcionamento de seu aparato estatal.

Resulta que o jogo destes parâmetros continua transformando-se em relação proporcionalmente direta à rapidez das mudanças da realidade. O que obriga os protagonistas da entrada em vigor de um instrumento dado a voltar a avaliá-lo constantemente, adaptando incessantemente sua ação; ainda mais quando o processo de ratificação abrange o mandato de vários governos e/ou legislaturas.

Nos Estados de estrutura federativa, as dificuldades face à entrada em vigor aumentam devido à existência de inter-relações jurídicas e institucionais entre o Estado federal e seus componentes.¹²

13. Superadas as dificuldades da primeira etapa e finalizado o processo da ratificação (adesão), enfrentamos a complexidade da fase de concretização das novas normas ao direito interno.

Não nos compete revisar aqui todo o processo de assimilação daquele tipo de normas em sua variedade e complexidade.¹³ Detenhamo-nos apenas em algumas pautas do processo, mais específicas à questão da proteção da pessoa.

Apesar de existirem muitas normas de proteção que não precisam de complemento normativo ou institucional algum para surtirem efeitos, a maioria das normas internacionais precisa de leis, regulamentos e órgãos internos antes de poder beneficiar seus destinatários.¹⁴

Evidentemente, isto significa que a carência da ação para cumprir os habituais efeitos de ratificação de um instrumento internacional torna totalmente ilusória a efetividade das normas que contém.

Promover esta ação e instar para a construção de um âmbito institucional idôneo constituem um desafio para todos os que programam a efetivação dos Direitos Humanos.

Deve-se empreender aquela ação a nível legislativo (às vezes constitucional) para fazer conformar as leis às novas normas e inseri-las no ordenamento regido pelos órgãos do Estado (tarefa ainda mais complexa quando existem diferentes níveis legislativos, como é o caso no Estado federativo).

Cabe empenhar-se para que o Poder Executivo tome as medidas regulamentares – baseadas na norma legislativa ou diretamente na do tratado – para a administração pública acatar a norma internacional; o que também, quase sempre, implica em difíceis, senão dolorosas, decisões orçamentárias para proporcionar os meios para essa realização.

Deve-se capacitar o pessoal dos órgãos do Estado, os quais terão o encargo de aplicar as novas normas, tanto na percepção de seu conteúdo quanto no manejo dos procedimentos inferidos por elas.¹⁵

As normas internacionais de proteção da pessoa compartilham claramente aquelas dificuldades de concretização com as outras normas de procedência internacional, mas se destacam por terem que enfrentá-las e vencê-las para não ficar inexoravelmente sem efeitos no direito interno.

Portanto, não devemos esquecer que todas as dificuldades e obstáculos no caminho da incorporação dos direitos de proteção não podem normalmente debilitar o impacto da norma internacional dos Direitos Humanos.

No caso contrário, a vontade política do Estado, expressada ao aceitá-lo, ao se assinar um instrumento que a contém, ratificando-o, caducaria de modo incompatível com os princípios fundamentais de direito internacional, como afirma: “Uma lei incompatível com um tratado internacional (...) poderá obstar a aplicação interna desse tratado, que não poderá, possivelmente, ser invocado perante um tribunal nacional. Mas essa circunstância não eximirá internacionalmente o Estado de cumprir o tratado, cujo não acatamento poderá gerar uma responsabilidade internacional. Mais ainda, a subsistência integral, nesses casos, da vigência

internacional do tratado torna possível que, no caso das convenções sobre direitos humanos, se possa recorrer aos órgãos de proteção previstos nesses tratados (...).¹⁶

A falta do Estado em dar continuidade aos seus compromissos internacionais mediante a incorporação das normas de proteção da pessoa humana constituirá sempre, à luz das regras mais fundamentais do comportamento, referendadas no direito internacional vigente, o argumento jurídico de maior peso à disposição dos que se dedicam à promoção daquelas normas, em todos os contextos anteriormente mencionados.

14. A etapa de aplicação propriamente dita envolve, por sua vez, seus protagonistas em um labirinto de intrincamentos de funcionamento cotidiano das instâncias do Estado para com o indivíduo, solicitando deles uma contínua vigilância e sensibilidade ao efetivo cumprimento da norma.

Neste aspecto, existem três fases de atuação:

- a preparação,
- a prevenção
- e o controle.

Entendemos por “preparação” o que pertence à constituição das condições nas quais os órgãos do Estado são habilitados para agir com a “devida diligência”, ou seja, sem poder se eximir de suas obrigações sob o pretexto de ignorar as modalidades de seu cumprimento.

A área da “prevenção” já se aproxima mais do problema da inobservância ou da violação da norma internacional aplicável, no tocante às medidas necessárias para garantir o cumprimento da mesma, formal e material, com todos os requisitos.

A prevenção é quase tautológica com a observância, mais precisa, dos que se dedicam a esta última. Os esforços particulares não se devem limitar somente a assegurar que os órgãos estatais estejam a par de seus deveres ou que os titulares dos Direitos Humanos estejam suficientemente cientes de seus direitos.¹⁷

O “controle” da observância dos Direitos Humanos tem por sua vez três aspectos:

- o estabelecimento de elementos constitutivos da alegada violação,
- a determinação das responsabilidades pelo acontecimento desses elementos
- e o poder de sanção.

Os entes não-governamentais e as pessoas que se dedicam à defesa e à promoção dos Direitos Humanos podem desempenhar um papel de primeira importância na área da investigação e do estabelecimento dos fatos tendo constituído uma violação dos direitos protegidos.

Quanto à determinação das responsabilidades, seu papel já depende da divisão de competência no direito interno. Em termos gerais, trata-se aqui do “direito da denúncia”, em seu duplo sentido jurídico e político, ou seja, da competência legal de pôr em andamento um procedimento e de poder acionar a pressão da opinião pública.¹⁸

Finalmente, o poder de sanção é normalmente uma prerrogativa exclusiva dos órgãos do Estado e das instâncias internacionais, se existirem, não sendo exercido por outras entidades. A fiscalização por estas últimas poderia tornar-se facilmente uma “self-help” incompatível com os princípios da ordem pública.

15. As considerações precedentes aplicam-se a todos os sistemas internacionais de proteção da pessoa humana, de maneira muito semelhante, inclusive, ao Direito Internacional Humanitário.¹⁹

Pelo contrário, existem algumas características do processo de efetivação deste direito cujos aspectos podem servir utilmente no caminho do adiantamento e da promoção de todos os outros sistemas atualmente em vigor.

Procuremos, na segunda parte de nossas reflexões, dirigir-nos mais particularmente a eles, encarando-os dentro das perspectivas comuns da problemática de efetivação.

16. Quanto à ratificação, a característica particular do Direito Internacional Humanitário procede, principalmente, da universalidade do sistema.

Como se sabe, as Convenções de Genebra gozam atualmente da maior universalidade entre

todos os sistemas convencionais vigentes, pois 189 estados aderiram a elas, e todos os Estados americanos integram este grupo.

Os Protocolos Adicionais de 1977 estão paulatinamente progredindo para a universalidade de maneira geralmente satisfatória, pois 157 Estados já deram vigência em seus respectivos territórios ao Protocolo I, e 149 ao Protocolo II.

A preocupação de todos os que se dedicam à promoção e à efetivação do Direito Internacional Humanitário é, principalmente, estender à universalidade todos os instrumentos que compõem esta normativa. Aquela normativa há de ser universal porque, por sua natureza e seu propósito jurídico, deve surtir efeitos para todos e entre todos (*erga omnes*). Também tem que alcançar a universalidade para poder levar a cabo a sua mais alta finalidade jurídica: dar proteção a todos, sem discriminação alguma.

A universalidade deste direito também representa a garantia de sua eficiência na medida em que se pode inferir dela argumentos para seu caráter imperativo e sua imediata aplicabilidade, parcial ou totalmente direta, esta última ainda independente da aceitação formal dos tratados na matéria.²⁰ O reconhecimento do valor imperativo de determinadas normas fundamentais do Direito Internacional Humanitário permitiria que estas surtisseram efeitos em situações não formalmente abrangidas pelos Tratados de Genebra, como, por exemplo, nos casos de distúrbios interiores e de tensões internas, em que se precisa tanto do amparo dado pelo direito.²¹

Também não devemos esquecer que uma parte importante das normas do Direito de Haia já tem um reconhecido valor consuetudinário e, portanto, não depende mais da afirmação de sua vigência, quer pela ratificação, a adesão ou a declaração de sucessão.²²

O caráter universal e imperativo do Direito Internacional Humanitário ilustra, desta maneira, os vínculos podendo existir entre as regras internacionais de proteção da pessoa humana e a ordem jurídica interna no quadro geral de relações entre as obrigações do Estado oriundas da ordem internacional face aos requisitos do exercício de sua soberania interna.

Com efeito, aceitar a vigência da normativa internacional humanitária pode ser

interpretado por alguns adversários da mesma como uma limitação insuportável da soberania no âmbito dos interesses mais fundamentais do Estado, por se abrir mão para a comunidade internacional de atributos fundamentais de sua independência.²³

Cabe lembrar a esse respeito que o Direito Internacional Humanitário oferece todas as garantias de não intervir nos interesses políticos do Estado. Trata-se, obviamente, de uma normativa negociada com o máximo cuidado, por cada Estado, para proteger e salvaguardar seus interesses soberanos. Em outras palavras, o Direito Internacional Humanitário explicita muito bem a tese de que a proteção da pessoa não tem que proceder de um “direito político”, mas sim do direito fundamentalmente “técnico”, o que organiza – ou pelo menos pode ajudar a organizar –, sem prejuízo algum para os interesses das partes em uma situação conflitiva, as relações entre elas, limitando a violência às incontornáveis exigências da guerra (necessidade militar).²⁴

O caráter universal, imperativo e “técnico” da normativa humanitária pode então servir para armar uma estrutura de argumentação muito útil a favor da receptividade no direito interno das regras internacionais, sem que haja prejuízo para a coerência e a eficiência deste último.

Da mesma maneira que todos os sistemas de proteção da pessoa humana, o Direito Internacional Humanitário pode ter, para alguns, conotações ideológicas, sejam estas quais forem, por equívoco, boa ou má fé. E isto se torna freqüentemente um empecilho maior para a sua aceitação. Neste âmbito, a distinção entre diversas acepções do termo pode, oportunamente, apaziguar certas inquietudes ou esclarecer algumas dúvidas.

A proteção internacional da vítima do conflito armado pode assim oferecer a possibilidade de convencer os que suspeitam de sua natureza sobre a sua independência de todo conceito ideológico da condição humana e sobre a necessidade de sua existência, geralmente aceita por todos, para garantir a sobrevivência de um indivíduo visando à da humanidade, concebida como o conjunto dos seres humanos.²⁵

Neste mesmo sentido, a noção de “vítima” costuma contribuir para tirar do

conceito de pessoa protegida pelos Direitos Humanos sua cor política e ideológica.²⁶

17. Depois de terem sido referendados no direito interno, os tratados humanitários prevêm toda uma série de medidas que o Estado se compromete a tomar para dar-lhe seguimento em sua ordem interna.

Trata-se das medidas de índole legislativa²⁷ ou regulamentária²⁸ que necessitam, em vários escalões de atuação dos órgãos do Estado, de um impulso para serem realizadas. Este impulso pode provir dos escalões superiores da máquina estatal (via “hierárquica”) ou surgir da pressão da opinião pública, ao nível da atuação do próprio órgão (via “ambiental”).

Apesar de terem sido referendados no direito interno e já incorporados no funcionamento deste último, os tratados humanitários seriam – como os outros –, segundo a expressão imaginativa de Quintino Bocayuva: “(...) efetivamente ou seres vivos e animados ou cadáveres inertes. Vivos se são vigentes e obrigatórios nas suas estipulações; cadáveres se, por nulos e já não tendo existência real, apenas podem figurar nos arquivos ou repositórios das chancelarias, como documentos sem valor jurídico, embora conservando o seu valor histórico.”²⁹

Porque aqui, como para todas as normas internacionais, o que dá verdadeira vida a um tratado internacional para que o destinatário possa esperar dele um real benefício e amparo é, pois, a sua aplicação.

Aquela vida do Direito Internacional Humanitário em três campos nos quais se opera a aplicação do mesmo tem características particulares, especialmente a respeito da preparação e da prevenção, já nos instrumentos da própria normativa.

18. Cabe lembrar que os Tratados de Genebra são os primeiros na história do direito internacional a conter explicitamente um dever de divulgar para o conhecimento dos mesmos, assim como uma obrigação expressa a cargo das Partes. Os arts. 47 da Primeira Convenção, 48 da Segunda Convenção, 127 da Terceira e 144 da Quarta têm a norma aferente, a qual é enunciada, em sua última redação, pelo art. 83 do Protocolo I, que diz:

1. “As Altas Partes Contratantes se comprometem a divulgar o mais amplamente possível, tanto em tempo de paz como em tempo de conflito armado, as Convenções e o presente Protocolo em seus respectivos países e, especialmente, incorporar seu estudo nos programas de instrução militar e fomentar seu estudo por parte da população civil, de forma tal que esses instrumentos possam ser conhecidos pelas forças armadas e a população civil (...).”

Um dever análogo está previsto no art. 19 do Protocolo II.

Nestas condições, a divulgação não é apenas um postulado por parte dos que querem difundir o conhecimento do conteúdo de uma normativa internacional aos encarregados de aplicá-las e aos que devem conhecer seus eventuais direitos. É, portanto, uma tarefa que o Estado aceitou ao aprovar o próprio tratado, de tal modo que se admite, por parte de todos, uma reclamação perante seus órgãos para que ela seja cumprida. Não há sombra de dúvida de que o propósito de destacar, como um dever à parte, a obrigação de divulgar os textos dos tratados corresponde à convicção dos próprios Estados de que, sem isto, seria ilusório esperar sua verdadeira aplicação.³⁰

Esta particularidade dos instrumentos do Direito Internacional Humanitário ressalta a inter-relação entre o conhecimento e a aplicação, a qual faz parte integral do impacto real de outros sistemas de proteção da pessoa e, por conseguinte, é invocável também, a respeito de todos eles, pelas mesmas razões.

A divulgação como ferramenta de preparação dos órgãos do Estado para a aplicação da normativa humanitária continua, naturalmente, na etapa da preparação, onde já se trata da *capacitação* do pessoal estatal encarregado da aplicação para cumprir com as exigências desta, para excluir o pretexto da suposta ignorância de seu conteúdo e assegurar as condições da “devida diligência”.

O simples conhecimento da normativa não é suficiente para alcançar essas condições. É por esta razão que os instrumentos humanitários completam o dever de divulgação com o da responsabilidade de zelar para que se institua o

âmbito adequado de capacitação para os que dela necessitam particularmente. Assim o expressa o texto do já citado art. 83 do Protocolo I, quando diz:

2. “(...) As autoridades militares ou civis que, em tempo de conflito armado, assumirem responsabilidades no tocante à aplicação das convenções e do presente Protocolo deverão estar plenamente familiarizadas com o seu texto.”

Com efeito, a capacitação no Direito Internacional Humanitário leva à plenitude de sua função de prevenção, no que se refere aos militares e às forças de manutenção da ordem pública. Sem a introdução das pautas do conhecimento das normas humanitárias nos programas de formação apropriados para cada patente, não se pode esperar o efeito da aplicação no campo de batalha ou em outras situações de emergência. Expressa-o com muita propriedade um grande especialista no assunto quando diz: “O combatente deve estar, então, instruído e formado com os métodos adequados a fim de se impregnar dos princípios humanitários antes, e ainda mais, das regras da disciplina e acostumar-se a escutar sua consciência nos angustiantes momentos de dever escolher entre as exigências humanitárias e as necessidades militares, sempre e quando as últimas estiverem realmente fundamentadas.”³¹

Os requisitos da devida diligência constituirão a garantia mais cabal da eficaz prevenção das violações de todas as normativas de proteção da pessoa, porque as carências da capacitação representam, sem dúvida, a sua maior causa. É por isso que, antes de denunciar as falências do Estado neste campo para a desaprovação pública, caberia primeiro averiguar como se organiza esta capacitação e eventualmente dedicar-se a compensar suas insuficiências e trabalhar para o seu aprimoramento.

19. O Direito Internacional Humanitário dispõe, além dos meios habituais do Direito Internacional Público, do seu próprio aparato de sanção. Trata-se do sistema de competência penal universal, pelo qual todos os Estados Partes dos Tratados de Genebra são obrigados a sancionar, em seu próprio sistema penal, as infrações graves às Convenções de 1949 e aos Protocolos de 1977.

A eficiência deste sistema depende, obviamente, da vontade política dos Estados no tocante à efetivação, mas sua universalidade é indiscutível. O princípio “julgar ou dar a julgar” (*judicare aut dedere*) assegura plenamente que a sanção do Direito Internacional Humanitário cumpra com a função de prevenção geral, assim como a de castigo.³²

Apesar disso, a normativa internacional aplicável na situação da violência atual – como é o Direito Internacional Humanitário – será sempre a mais exposta às violações, e é por isto que o seu propósito de reger pelo direito as situações nas quais as armas já operam é ambicioso.

O poder da sanção do Direito Humanitário Internacional fica, então, a cargo dos Estados.

Nas palavras de um conhecido perito, a efetivação nesta etapa do Direito Internacional Humanitário, comparada com outros ramos de proteção, “(...) se instrumenta mediante os mecanismos previstos pelo Direito Internacional geral, por determinados mecanismos contemplados em cada uma das mesmas e, antes de tudo, pelas instituições específicas que se destinam a implementá-las. Algumas dessas instituições são mais orientadas para a caridade, enquanto outras são mais dirigidas para a justiça; umas são mais sensíveis ante as vítimas, e outras bem mais sensíveis ante as violações; aquelas instituições têm bases jurídicas, métodos de ação e atitudes muito diferentes e que correspondem, cada uma à sua maneira, às situações nas quais cada ramo normalmente há de ser aplicado: a guerra para o Direito Humanitário, a paz para os Direitos Humanos. Apesar destas diferenças, e do fato de cada ramo ter que ser levado a cabo principalmente por via de seus próprios mecanismos e instituições, as convergências entre os dois ramos existem e podem ser ampliadas (...).”³³

20. O valor propedêutico da normativa humanitária para os outros sistemas mais recentes – apesar de ter suscitado muitas controvérsias sobre as interdependências entre eles – costuma propor ensinamentos e inícios para o desenvolvimento e o futuro de todos os direitos da pessoa, talvez principalmente quanto à sua efetivação a nível nacional.

É verdade que esta normativa compartilha a sorte comum de todos os direitos humanos, principalmente na atualidade do continente latino-americano, onde os países se encontram agora, pela primeira vez depois de muitas décadas, sob governos constitucionais, após um longo período de suspeita e de desprezo para com eles.

Na última década do século passado, novas possibilidades de completar e de fortalecer aquele poder abrem perspectivas que vão transformar radicalmente esse mecanismo inteiro mediante as atividades dos tribunais internacionais especialmente competentes para sancionar as violações do Direito Humanitário conjuntamente com as dos Direitos Humanos. Trata-se da criação dos tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia (1993), para o Ruanda (1994) e mais ainda do Tribunal Penal Internacional aprovado pelos Estados no Tratado de Roma (1998), o qual entrará em vigor ao alcançar 60 ratificações. O processo que conduz os órgãos judiciários da comunidade internacional a sancionar os delitos contra a pessoa humana iniciou-se e inspirou-se nos mecanismos da sanção do Direito Internacional Humanitário.

À guisa de ilustração destas reflexões, fazemos nossas as palavras do eminente internacionalista brasileiro quando diz: “Em um mundo como o nosso, marcado por diversidades culturais e fragmentado em unidades soberanas nacionais (Estados independentes), cada uma com sua diferente estrutura social, política e econômica, ainda não chegamos ao dia em que se poderá prever, ou apropriadamente avaliar e antecipar as conseqüências de uma ‘fusão’ ou centralização, ou pelo menos as de uma ‘hierarquia’ de procedimentos ou de mecanismos de proteção dos direitos humanos, a níveis global e regional. A multiplicidade a nível internacional dos mecanismos coexistentes de proteção dos direitos humanos parece tão-somente refletir a maneira pela qual se desenvolveu, através dos anos, o processo histórico da *generalização* da proteção da pessoa humana, e da regulamentação da atual sociedade internacional descentralizada, em cujo seio aqueles mecanismos operam – dos *ius inter gentes* contemporâneos. Não obstante, existe, dentro desta realidade, espaço para a esperança: os mecanismos internacionais coexistentes de proteção dos direitos humanos, enquanto experiências de amparo às vítimas, complementares entre si, têm conseguido até o

presente fortalecer-se reciprocamente nas quatro últimas décadas de experiência acumulada nesta área.”³⁴

21. A questão do lugar que ocupa o Direito Internacional Humanitário no conjunto do Direito Internacional Público é particularmente complexa quando se trata das relações entre esse direito e o sistema de proteção do indivíduo que resulta dos instrumentos internacionais dos Direitos Humanos. Desde que, em 1948, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e durante a elaboração dos instrumentos universais desse direito – como os Pactos de 1966 e a entrada em vigor dos sistemas regionais dos direitos humanos, como por exemplo, os sistemas europeu e interamericano –, com freqüência surgiram controvérsias teóricas e, ainda mais comuns, confusões práticas sobre o respectivo âmbito de aplicação dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário.

A propósito, a Conferência de Direitos Humanos convocada pelas Nações Unidas em Teerã em 1968 é especialmente representativa da relação entre Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário. Na sua resolução XXIII, a Conferência destacou que “a paz é condição primordial para o pleno respeito aos direitos humanos, e que a guerra é a negação desse direito” e que, por conseguinte, é muito importante fazer com que as regras humanitárias aplicáveis em situações de conflito armado sejam consideradas como parte integrante dos Direitos Humanos. Assim, chegou-se ao conceito de direito humanitário como “Direitos Humanos em período de conflito armado”.

Esta contigüidade entre Direitos Humanos e Direito Internacional foi aplaudida por alguns e muito criticada por outros. Mas a relação entre ambos os ramos do direito internacional não é simples.

Encontramo-nos perante três tendências:

- A tese integracionista, a qual preconiza a fusão do Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos. Para os seus partidários, o Direito Humanitário não é outra coisa senão uma parte dos Direitos Humanos; não obstante, para outros a primazia cronológica do Direito Internacional Humanitário – como conjunto de regras internacionais protegendo o

indivíduo – sobre os Direitos Humanos demonstra que o Direito Internacional Humanitário, tomado em um sentido amplo, é a base dos Direitos Humanos.

- A tese separatista, que se baseia na idéia de que se trata de dois ramos do direito totalmente diferentes e que toda contigüidade entre eles provoca uma nefasta confusão para as suas respectivas aplicações. Acentua a diferença entre as finalidades dos sistemas de proteção dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário: o primeiro, que protege o indivíduo contra o aspecto arbitrário da própria ordem jurídica interna, e o segundo, que o protege em situações em que a ordem nacional já não pode garantir-lhe uma proteção eficaz, quando este indivíduo é vítima de um conflito armado.
- Por último, a tese complementarista, que consiste em afirmar que os Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário são dois sistemas diferentes que se complementam. O Direito Internacional Humanitário está integrado no Direito de Haia, no qual são estabelecidos os direitos e deveres dos beligerantes na condução das hostilidades, ficando limitada a sua liberdade de escolha quanto aos métodos e aos meios para causar dano ao inimigo, e pelo Direito de Genebra, que tende a proteger os militares fora de combate, assim como as pessoas que não participam das hostilidades. Quanto à “legislação internacional” dos Direitos Humanos, que alguns denominam “Direito dos Direitos Humanos” – por se tratar de um conjunto de regras que regem os direitos que cada ser humano pode reivindicar na sociedade –, “tem como objetivo garantir, em todo momento, aos indivíduos seus direitos e as liberdades fundamentais e protegê-los das calamidades sociais” (Jean Pictet).

Em que diferem os Direitos Humanos do Direito Internacional Humanitário?

O Direito Internacional Humanitário é um direito de exceção, de urgência, que intervém em caso de ruptura da ordem jurídica internacional, enquanto os Direitos Humanos aplicam-se principalmente em tempos de paz, embora alguns

deles sejam inderrogáveis em qualquer circunstância.

No Direito Internacional Humanitário, existem regras mais pormenorizadas do que nos Direitos Humanos para proteção das pessoas em situações de conflito armado, como, por exemplo, as normas pelas quais é regida a condução da guerra marítima.

Ao contrário, nos Direitos Humanos existem disposições que, na prática, são difíceis de aplicar durante um conflito armado, como, por exemplo, a liberdade de reunião e de associação, bem como certos direitos econômicos, sociais e culturais. Os mecanismos de aplicação destes dois ramos do direito são diferentes, assim como as instituições encarregadas de desenvolvê-los e promovê-los, como é o caso do CICV no tocante ao Direito Internacional Humanitário e de organizações internacionais universais (Nações Unidas) ou regionais (Comissão e Corte Interamericanas ou os tribunais Europeu e Africano) no que se refere aos Direitos Humanos.

Portanto, devemos concluir que o Direito Internacional Humanitário e os Direitos Humanos são complementares do ponto de vista do respectivo âmbito de aplicação. Também não se deve esquecer, na perspectiva mais ampla da finalidade primordial comum desses dois conjuntos de regras, que ambos nascem de uma mesma preocupação da comunidade humana: o respeito à dignidade humana.

22. Não se pode desconhecer a importância do Direito Internacional Humanitário. Apesar da proibição formal do recurso à força, os conflitos afetam constantemente a comunidade internacional, produzindo, cada vez mais, novas categorias de vítimas. Embora possa parecer que o Direito Internacional Humanitário legitima a existência de conflitos armados, isto é infundado. Ninguém está interessado em que a força empregada ilicitamente o seja também, às cegas, à margem de toda regra ou de todo controle. A finalidade primordial do Direito Internacional Humanitário é tentar fazer ouvir a voz da razão em situações em que as armas obscurecem a consciência dos homens e lembrar-lhes que um ser humano, mesmo um inimigo, continua sendo uma pessoa digna de respeito e de compaixão.

São ao mesmo tempo um desafio e uma profunda confiança na sensatez do homem que

fundamentam este direito. Nesse sentido, o Direito Internacional Humanitário provém dos interesses em comum de toda a humanidade, embora seja aplicado em situações nas quais os seres humanos se esquecem de que todos fazemos parte daquela humanidade.

Também nesse sentido o Direito Internacional Humanitário pode ser um fator de paz, na medida em que lembra ao gênero humano – mesmo que apenas catalogando as situações que pretende regulamentar – quais

podem ser os sofrimentos e os desastres de um conflito armado.

Enquanto “não existir uma verdadeira comunidade internacional, e enquanto os interesses políticos do Estado obscurecerem os objetivos humanos do poder” (Charles de Visscher), será necessário divulgar e respeitar esse direito.

São Paulo, maio de 2001

NOTAS

1. O presente texto reproduz parcialmente uma palestra do autor publicada nos Cadernos do Direito Internacional Humanitário, Macau, Cruz Vermelha de Macau, 1997. Para uma iniciação mais ampla do tema, recomendam-se, em português, as obras seguintes: Christophe SWINARSKI. Introdução ao Direito Internacional Humanitário. Brasília, CICV, Escopo Ed., 1988, com prefácio de Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE; do mesmo autor: Direito Internacional Humanitário. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo – Revista dos Tribunais Ed., 1990. E para aprofundar: Celso D. DE ALBUQUERQUE MELLO. Direitos Humanos e Conflitos Armado. Rio de Janeiro: Renovar Ed., 1996; A. A. CANÇADO TRINDADE. Tratado de Direito Internacional do Direito Humanitário. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997 (especialmente o capítulo VIII do vol. I, pp. 270-313); A. A. CANÇADO TRINDADE, Gérard PEYTRINGET, Jaime RUIZ DE SANTIAGO. As Três Vertentes na Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana. San José – Brasília, CICV – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996; e Christophe SWINARSKI. A Norma e a Guerra. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1991. Para uma perspectiva brasileira, os trabalhos de A. A. CANÇADO TRINDADE, Héctor GROS ESPIELL, Christophe SWINARSKI e de José Francisco REZEK em Direito Internacional Humanitário, col. Relações Internacionais, vol. 6. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão – Instituto de Pesquisa das Relações Internacionais (IPRI), 1989 (respectivamente, pp. 13-41, 41-53, 53-75 e 91-105); e trabalhos de A. A. CANÇADO TRINDADE, Christophe SWINARSKI e Celso D. DE ALBUQUERQUE MELLO em A. A. CANÇADO TRINDADE (Ed.). A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras. San José da Costa Rica – Brasília: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) – Friedrich Naumann – Stiftung, 1992 (respectivamente, pp. 43-69, 81-99 e 105-121).
2. H. GROS ESPIELL. Estudios sobre Derechos Humanos. Caracas: IIDH, Editorial Jurídica Venezolana, 1985, p. 160 (tradução nossa).
3. Cf. Ch. SWINARSKI. “Derecho Internacional Humanitario – Sistemas de Protección de la Persona Humana” in La Protección de la Persona Humana y el Problema de los Indocumentados. Buenos Aires: Zavalía, 1991, pp. 65-66.
4. Ch. SWINARSKI. Introdução ao Direito Internacional Humanitário, *op. cit.*, p. 18.
5. Cf. J.-L. BLONDEL. “Significación del Término ‘Humanitario’ a la Luz de los Principios Fundamentales de la Cruz Roja y la Media Luna Roja” in Revista Internacional de la Cruz Roja. Nov.-Dez. 1989, n. 96, pp. 538-548.
6. Cf. Celso D. DE ALBUQUERQUE MELLO. Direito Internacional Público. 8a. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986, 1 vol., pp. 101-120.
7. Cf. Jean PICTET. Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario. Ginebra: Institut Henry Dunant, 1986, pp. 13-37.
8. Cf. Ch. SWINARSKI. Direito Internacional Humanitário, *op. cit.*
9. A propósito do Brasil, cf. as interessantes considerações de O. VILENA VIEIRA em “Sociedade x Estado – a Questão dos Direitos Humanos” in Revista da USP. Março-Maio 1991, n. 9, pp. 89-91.
10. Cf. Ch. SWINARSKI. Direito Internacional Humanitário, *op. cit.*, pp. 25-26.
11. Cf. Ch. SWINARSKI. “Sobre las Relaciones entre el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” in Revista Argentina de Derecho Militar. Junho 1989, n. 10.
12. Cf. Th. BUERGENTHAL. “El Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos” in Anuario Jurídico

- Interamericano. Washington, OEA, 1982, pp. 127-8; e también Antonio HERNÁNDEZ. “La Cláusula Federal del Pacto de San José (art. 20) y el Sistema Federal de la Constitución” *in* Jornadas sobre el Pacto de San José de Costa Rica. Buenos Aires, 1988, pp. 114-121.
13. Cf. Celso D. DE ALBUQUERQUE MELLO. *Direito Internacional Público*, *op. cit.*, pp. 156-191.
 14. Deve-se distinguir aqui entre as normas que não precisam de um título suplementar de direito interno para poderem ser aplicadas (“self-executing”), no sentido formal da palavra, e as que não podem realmente surtir efeitos por falta de regras organizando procedimentos de execução (“incompletas”), no sentido material da palavra. Cf. E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA. “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno” *in* Revista IIDH. San José da Costa Rica. Jan. – Jul. 1988, n. 7, p. 36 e ss.; e también Opinión Separada del Juez H.
 15. Cf. K. J. PARTSCH. “International Humanitarian Law as Part of National Law” *in* M. BOTHE, P. MACALISTER-SMITH, Th. KURTZIDEM (Ed.). *National Implementation of International Humanitarian Law*. Dordrecht – Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 1-21.
 16. H. GROSS ESPIELL, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*.
 17. Cf. W. M. REISMAN. “Sanctions and Enforcement” *in* Black and Falk (Ed.). *The Future of the International Legal Order*. Princeton, 1971, Vol. III, p. 333 e ss.
 18. Cf. M. SCHREIBER. “The Development and Main Features of the Existing United Nations Procedures for Dealing with Communications Concerning Human Rights Containing Allegations of Violations of Human Rights and Fundamental Freedoms” *in* Revista de Derechos Humanos. Porto Rico, 1974, p. 110 e ss.
 19. Cf. Ch. SWINARSKI. *Direito Internacional Humanitário*, *op. cit.*, pp. 19-27.
 20. Cf. Ch. SWINARSKI. *A Norma e a Guerra*, *op. cit.*, pp. 76-77.
 21. Cf. H. GROS ESPIELL, D. ZOVATTO G. “La Regulación Jurídica Internacional de los Estados de Emergencia en América Latina” *in* Coloquio sobre la Protección Jurídica Internacional de la Persona Humana en las Situaciones de Excepción. México, CICR – IIDH, 1989, pp. 29-56; e también H. P. GASSER. “Un Mínimo de Humanidad en las Situaciones de Disturbios y Tensiones Internas – Propuesta de un Código de Conducta” *in* Revista Internacional de la Cruz Roja, Jan.-Fev. 1988, n. 85.
 22. Cf. L. R. PENNA. *Customary International Law and Protocol I – An Analysis of some Provisions*” *in* Ch. SWINARSKI (Ed.). *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet, Geneva-Haia, ICRC – Martinus Nijhoff*, 1989, pp. 201-225; e también um debate muito estimulante sobre o tema em M. BOTHE, P. MACALISTER-SMITH, Th. KURTZIDEM (Ed.), *op. cit.*, pp. 29-71.
 23. Cf. G. NIYUNGEKO, “La Aplicación del Derecho Internacional Humanitario y el Principio de la Soberanía de los Estados” *in* Revista Internacional de la Cruz Roja. Março-Abr. 1991, n. 104, pp. 113-142.
 24. Cf. Ch. SWINARSKI. *Direito Internacional Humanitário*, *op. cit.*, pp. 25-27.
 25. Cf. Ch. SWINARSKI, *A Norma e a Guerra*, *op. cit.*, pp. 5-7.
 26. Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE. “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights at Global and Regional Levels” *in* *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*. 1987-II, vol. 202, pp. 262-299; e también Ch. SWINARSKI. *Direito Internacional Humanitário*, *op. cit.*, p. 47.
 27. J. PEIRANO BASSO. “Medidas Legislativas para Aplicar en el Derecho Uruguayo las Disposiciones de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales que Requieren Implementación Legislativa” *in* Simposio sobre la Implementación del Derecho

- Internacional Humanitario. Montevideo: Instituto Artigas – CICV, 1990, pp. 26-31.
28. Cf. C. R. BERTOLOTTI. “Disposiciones Reglamentarias para la Implementación en el Derecho Uruguayo de las Disposiciones de los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales”, *ibidem*, pp. 32-40; e também L. GREEN, “Disciplinary Sanctions for Violations of International Humanitarian Law” in M. BOTHE, P. MACALISTER-SMITH, Th. KURTZIDEM (Ed.), *op. cit.*, pp. 89-95.
29. Citado por A. A. CANÇADO TRINDADE. Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (período 1889-1898). Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1988, p. 64.
30. Cf. S. S. JUNOD. “La Diffusion du Droit International Humanitaire” in Ch. SWINARSKI (Ed.), *Studies and Essays in Honour of Jean Pictet*, *op. cit.*, pp. 359-369.
31. P. VERRI. “Institutions Militaires: le Problème de l’Enseignement du Droit des Conflits Armés et de l’Adaptation des Règlements à des Prescriptions Humanitaires” in Ch. SWINARSKI (Ed.), *Studies and Essays in Honour of Jean Pictet*, *op. cit.*, p. 618 (tradução nossa); e também F. DE MULINEN. *Handbook of the Law of War for Armed Forces*. Genebra: ICRC, 1987, p. 232.
32. Cf. Ch. SWINARSKI. *A Norma e a Guerra*, *op. cit.*, pp. 48-54.
33. M. SASSÓLI. “Mise en Œuvre du Droit International Humanitaire et du Droit International des Droits de l’homme – Une Comparaison” in *Annuaire Suisse du Droit International*. 1987, vol. XVIII, p. 16 (tradução nossa).
34. Cf. A. A. CANÇADO TRINDADE, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights at Global and Regional Levels”, *op. cit.*

POLITIQUE CRIMINELLE ET DROITS HUMAINS: AGGRAVATION ET ALTERNATIVES PÉNALES

.....
DJASON B. DELLA CUNHA

Docteur en Droit Public; D.E.A. en Anthropologie Sociale par l'Université Lyon II – France; Criminologue; Professeur de Sociologie Juridique et de Criminologie et Politique Criminelle à l'Université Fédérale du Rio Grande do Norte – Natal/Brésil.

Introduction

Le crime est un phénomène inhérent à la vie sociale de l'homme. Chaque société le désigne selon critères multiples et, parfois, contradictoires, qui sont imposés, avec plus ou moins de clarté, par des systèmes sociaux punitifs comme forme de contenir les actions dommageuses qui découlent d'intérêts conflictuels. À l'égard de cette question, réfléchit Durkheim, dans Les Règles de la Méthode Sociologique: "Le crime ne s'observe pas seulement dans la plupart des sociétés de telle ou telle espèce, mais dans toutes les sociétés de tous les types. Il n'en est pas où il n'existe une criminalité. Elle change de forme, les actes qui sont ainsi qualifiés ne sont pas partout les mêmes; mais, partout et toujours, il y a eu des hommes qui se conduisaient de manière à attirer sur eux la répression pénale. Classer le crime parmi les phénomènes de sociologie normale, ce n'est pas seulement dire qu'il est un phénomène inévitable quoique regrettable, dû à l'incorrigible méchanceté des hommes; c'est affirmer qu'il est un facteur de la santé publique, une partie intégrante de toute société saine. Le crime est donc nécessaire; il est lié aux conditions fondamentales de toute vie sociale, mais, par cela même, il est utile; car ces conditions dont il est solidaire sont elles-mêmes indispensables à l'évolution normale de la morale et du droit"¹. Dans ce sens, n'importe quel propos d'effacer le crime de la société serait un contresens; puis, certainement, on devrait travailler avec l'idée similaire d'effacer la société et de celle-ci l'homme lui-même.

De sorte que, en dépassant de plus l'exclusive réflexion sur la possibilité de l'existence d'une société du "bon sauvage", à la référence que lui emprunte Rousseau, on peut

dire avec toute évidence qu'en réalité la société – noyau de coexistence sociale humaine – est un état de relative criminogénèse, avec différents degrés de réaction institutionnelle au problème du phénomène criminel dans le temps et dans l'espace.

Cette compréhension de la réalité criminelle dans la société humaine permet envisager la question du crime comme un "problème". Dans ce sens, le "problème" – question qu'on place comme un défi à la capacité résolutive de l'intelligence humaine – demande un traitement convenable, car, c'est la nature du problème, à son tour, qui va déterminer le plan de réponse, autant que le choix de la méthodologie convenable. Cela signifie que le crime, dans n'importe quel type de société humaine, n'est pas une réalité naturelle, mais un phénomène propre de la vie sociale humaine, et qu'il est susceptible de devenir un objet de fondement épistémologique, au tour duquel il est possible de développer un certain type de réflexion, un type déterminé de connaissance.

Dans cette perspective, l'évaluation du degré d'extension criminogène d'une société déterminée exige une action planifiée de plusieurs procédés au travers desquels l'État cherche à réagir contre le crime. Cette action planifiée de procédés préventifs et répressifs contre le crime reçoit, en effet, le nom de politique criminelle. Mais, c'est pour être en même temps "une forme d'organisation de la vie sociale basée sur l'attribution du pouvoir qui détermine la division des biens, garantit les institutions lato sensu (la famille, l'école, l'église ...) et propose des valeurs et une action, une stratégie, un mouvement pour atteindre un

but déterminé”², la politique criminelle comme n’importe quelle politique est dirigée par un discours orienté qui propose un ensemble de stratégies ou des procédés au travers desquels l’État et la société organisent leurs réponses au problème de la criminalité à l’exclusion d’une réponse isolée, unilatérale, de tendance réactive dans laquelle prédomine à peine le caractère répressif de l’action de l’État.

La diversité des réponses du corps social au phénomène criminel englobe tout le comportement de rejet aux normes, à l’infraction ou déviance, malgré la relativité existante par rapport à la notion de marginalité.

En ce qui concerne cette discussion, nous pouvons souligner qu’un des plus importants procédés de réponse du corps social (État et Société) au problème de la criminalité est la sanction pénale, qui doit être orientée par un ensemble de mesures appliquées sous la régence du principe de la proportionnalité afin d’établir une relation d’équité entre la propre sanction pénale et l’offense au bien juridiquement protégé.

1. La Politique Criminelle comme Système Différencié du Contrôle Social

La politique criminelle puisqu’elle est une discipline autonome, différemment de la criminologie et de la sociologie criminelle, s’engage dans une investigation remarquablement juridique, mais ne se réduit pas aux seules pratiques du droit pénal. En élargissant le sens originnaire de Feuerbach, dans la quête d’une définition opérationnelle et actualisée du terme, on peut dire que la politique criminelle comprend “l’ensemble des procédés au travers desquels le corps social organise les réponses au phénomène criminel”³, en devenant, ainsi, “théorie et pratique” des différentes formes du contrôle social. C’est affirmer que le droit pénal même présent dans les stratégies du contrôle social, comme structure plus rigide ou noyau de majeure tension et visibilité, ne signifie pas dire que les pratiques pénales soient les seules dans le champs de la politique criminelle où celles-ci, en général, se trouvent embrassées autrement par des pratiques non pénales de contrôle social, par exemple, les sanctions

administratives, les procédés non répressifs (prévention, réparation, médiation) et, à la fois, des mesures disciplinaires non étatiques, des formes répressives qui découlent de certains types de régulation professionnelle.

Il est évident que cette autonomie dans le plan de l’investigation scientifique, qui a son fondement dans une position épistémologique bien orientée – théorie, objet et méthode systématiquement organisés – ne semble-t-elle pas fruit du hasard, mais, avant tout, de l’imbrication de trois facteurs: a) une certaine perte de spécification du droit pénal; b) le développement actuel des autres formes étatiques du contrôle social, notamment de caractère administratif; c) l’émergence d’un véritable “droit des droits humains”.

Dans le premier cas, on assiste dans le contexte de la perte de spécificité du droit pénal, au surgissement de l’importance des procédés de prévention criminelle (stratégies localisées de contrôle des délits primaires et de la récidive criminelle), d’apparition de la diversification des peines (application accrue des “substitutifs à la prison”), une certaine privatisation du procès pénal (“renfort du rôle des victimes, individuelles et, à la fois, collectives, participation accrue du tissu associatif dans l’organisation des peines, de même que des mesures pré et pós pénales ou même une véritable ‘commercialisation’ du contrôle de la criminalité”⁴), et, finalement, le surgissement de l’idée de surmonter la vision étroite de la responsabilité criminelle individuelle (acceptation d’une responsabilité objective fondée sur l’action “d’autrui”, ou de celui qui “prend les décisions”, c’est-à-dire, des personnes juridiques).

Dans le second cas, le surgissement de l’importance de la prévention criminelle instaure la reconnaissance que la réponse isolée de l’État à la répression du délit est une conception erronée et inopérante parce que le crime est considéré un phénomène complexe avec un haut degré de sophistication technique et méthodologique. Ainsi, de nouvelles formes étatiques de contrôle social doivent être recherchées et adoptées avec une certaine urgence. Dans ce biais, des procédés administratifs surgissent dans le champ du contrôle social étatique (actions accrues des autorités administratives indépendantes, comme par exemple les commissions parlementaires d’enquête), policiers (contrôle permanent des

délinquants et des étrangers sur le territoire nacional), des médicaux-sociaux (contrôle de ceux qui souffrent de maladie mentale ou perturbation de santé mentale, comme par exemple, les malades mentaux, les alcooliques “dangereux”, les toxicomanes, les porteurs de maladies contagieuses, les mineurs infracteurs, les mineurs “en état de péril” etc.), outre des pratiques sociales émanées du contrôle social de la société civile qui exercent un rôle préventif ou répressif.

Dans le troisième cas, où entrevoit l’occurrence d’un véritable “droit des droits humains”, on voit surgir la transnationalisation des pratiques du contrôle social fondées sur des règles constitutionnelles et des principes de droit internationaux, comme par exemple, la Déclaration Universelle des Droits Humains de l’ONU, 1948, la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits Humains et des libertés Fondamentales (CESDH), 1950, le Pacte de l’ONU sur les Droits Civils et Politiques, 1966, la Convention Interaméricaine, 1969, la Charte Africaine, 1981, avec un cadre juridique nouveau et indépendant des catégories traditionnelles insérées dans des pratiques de contrôle social. De cette manière, la notion de “matière pénale” souffre une révision critique du part de la Cour Européenne des Droits Humains et du Conseil Constitutionnel lesquelles exigent application de nouvelles pratiques de contrôle social, autant que l’encadrement juridique de certaines sanctions administratives ou disciplinaires, en plus de limiter l’étendue de l’application des sanctions pénales.

La conséquence immédiate de ce phénomène au cours des dernières vingtaines d’années tend à rendre favorable l’implantation de principes et des règles positivées qui font du droit des droits humains le noyau fondamental de toute action de la politique criminelle dans un État démocratique. De sorte que ce qui émerge comme base d’acceptabilité au sein d’une réponse adéquate à la question de la criminalité c’est le principe “que les pratiques de contrôle social qui restreignent les droits humains ou les libertés fondamentales ne doivent pas être admises sinon sous sauvegarde du respect d’un certain nombre de règles, de fond (légalité, égalité, proportionnalité) et de procédure (procédure publique, contradictoire, égalitaire, arbitrage par une troisième personne – tribunal lato sensu – ‘impartial’ et ‘indépendant’”⁵.

Néanmoins, il est intéressant d’observer que les stratégies de contrôle social ne se limitent pas aux sanctions pénales et administratives étatiques, elles proviennent aussi des réseaux “sociétaux” d’origine privée une fois que l’État exerce jusque-là une ingérence en terme de responsabilité publique.

Ce qu’on observe, donc, c’est un élargissement du champ d’observation et d’action de la politique criminelle avec une conséquence immédiate dans le changement d’objet, ce qu’implique nécessairement dans une nouvelle compréhension de méthode. En effet, alors que la politique criminelle se faisait régir par référence exclusive au droit pénal, l’objet avait une singularité juridique tout à fait délimitée, ayant pu être décrit à partir de composantes légales rigides et hiérarchisées que remettent de forme “synchronique” au droit pénal en vigueur dans un pays donné, au moment même de son histoire.

Par ailleurs, la politique criminelle dans son nouvelle approche désigne un champ ouvert qui non seulement augmente les limites rigides du droit pénal comme intègre, à travers d’une approche “dyachronique”, les nombreux mouvements juridiques qui certainement rendent actuel le système pénal (“dépénalisation”, “décriminalisation”, “substitutifs pénaux” etc.).

2. Les Mouvements Sociojuridiques de Politique Criminelle

Décrire les mouvements sociojuridiques c’est admettre le paradoxe d’un certain modèle de politique criminelle qui définit son propre objet à partir d’un rejet idéologiquement hiérarchisé des comportements de refus aux normes, en organisant ses réponses selon l’intensité de la pression exercée par les groupes sociaux dominants.

Fréquemment, la réaction de la société et de l’État à l’activité criminelle reste envisagée – dans plusieurs États périphériques⁶ – comme une entité juridique. À cause de ça, le crime, comme action de l’homme en pleine condition de comprendre les conséquences de sa conduite déviante, est le témoignage de sa responsabilité

personnelle, que doit être traitée à la lumière d'une réserve exclusivement légale.

À ce point de vue, le délit apparaît séparé de la personnalité de l'infracteur, devenant un problème de nature juridique. Ce juridicisme excessif originaire de l'École Classique de Droit Pénal, que a réduit la politique criminelle à un double dilemme: "responsabilité morale-culpabilité" (dogmatisme théorique) et "punition-expiation-récidive" (ineptie pratique), s'oppose à la nouvelle vision de politique criminelle que propose de "déjuridiser" les notions fondamentales de "crime" et de "criminel", en adoptant convenablement non plus le sens de punition abstraite du fait délictueux, mais une "réponse adéquate" à la délinquance dans la perspective concrète d'un problème social.

Dans ce sens, la politique criminelle s'ouvre à d'autres perspectives et deviant un chapitre de la politique sociale, mettant en relief l'interdépendance entre la criminalité et les facteurs socioéconomiques changeants, en plus d'intégraliser aux mesures de répression les mesures de prévention et formes complexes (mesures administratives, médico-sociales, services d'éducation surveillée, direction départementale de l'action sanitaire et sociale etc.) de réponse réactive au phénomène criminelle. Au sein de cette révision d'objectifs de la politique criminelle s'insèrent les mouvements sociojuridiques de la "décriminalisation", "dépénalisation" et "diversification".

2.1. Le Mouvement de "Décriminalisation"

Le mouvement de "décriminalisation", thématé par le Comité du Conseil d'Europe, peut être défini comme "les processus par lesquels la compétence du système pénal d'appliquer sanctions comme une réaction face à certaines formes de conduite est annulée à l'égard de cette conduite spécifique⁷. En effet, cette position de révision du procès de criminalisation du système pénal s'appuie sur le fait que certaines conduites d'offenses moins graves aux biens juridiquement protégés doivent être retirées de la sphère du Droit Pénal, ou, d'un autre côté, non plus caractérisées comme d'offenses pénales et converties en infractions administratives, et plus encore par l'élimination d'application effective

de la sanction pénale comme mesure de politique préventive dans le processus de stigmatisation sociale.

En règle, Cervini⁸ prévoit trois modalités de manifestation des procès de "décriminalisation":

- a) "décriminalisation de jure", au niveau formel qui signale la reconnaissance légale et sociale d'un total manque de relief d'offense pratiquée par la conduite, comme par exemple, dans le cas de l'adultère, d'avortement consentu, de la séduction et du comportement homosexuel;
- b) "décriminalisation substitutive", que se rapporte à l'adoption de "substitutifs pénaux", c'est-à-dire, à une transformation de la nature du délit pénal en des infractions fiscales ou administratives, dans le sens que la sanction – généralement amendée – acquiert un caractère disciplinaire.
- c) "décriminalisation de fait", qui a pour but la suspension graduelle de l'application de la sanction pénale par l'organisme compétent, sans, néanmoins, éliminer le caractère illicite pénal de la conduite. Il s'agit ici des délits dits "sans victime", c'est-à-dire, délits mineurs contre la propriété et les infractions de trafic routier.

En effet, tous ces procédés décriminalisateurs sont confrontés à la lumière d'une politique criminelle qui tend à considérer la criminalité comme un processus d'évaluation qu'il a un caractère téléologique et qui doit prendre en considération le contexte fragmentaire du développement social et économique au niveau national et international.

2.2. Le Mouvement de la "Dépénalisation"

La "dépénalisation", toute comme ce qu'arrive avec la "décriminalisation", est aussi une mesure de politique de prévention criminelle. Mais, la "dépénalisation" consiste dans le procédé de réduire la peine d'un délit sans le "décriminaliser", c'est-à-dire, sans exclure de fait le caractère d'illicite pénal.

À ce sujet, le Comité du Conseil d'Europe se prononce: "ce concept inclut toute une gamme

de possibles formes d'atténuation et d'alternatives pénales: prison de fin-de-semaine, terme de services d'utilité publique, amende réparatrice, indemnisation à la victime, semidétention, systèmes de contrôle de conduites en liberté, prison domiciliaire, inhabilitation, réduction du salaire et toutes les mesures rééducatives des systèmes pénaux⁹.

En effet, les processus de "dépénalisation" ratifient une sorte d'enseignement moral de la législation, une fois qu'il devient clair dans ce type de procédé alternatif la convenance de se maintenir l'illicéité de la conduite avec la graduation à peine des conditions de punibilité.

Dans ce sens, la "dépénalisation" semble être un procédé alternatif de sanction pénale qui doit précéder le procès de "décriminalisation".

2.3. Le Mouvement de la "Diversification"

Différemment des deux autres mouvements déjà cités, la "diversification" consiste en la suspension des procédés criminels même si le système de justice pénale maintenu formellement sa compétence. Dans le cas de l'application de la "diversification", la solution du problème est renvoyée, dans certaines situations, soit aux propres parties directement affectées, soit à une entité externe ad hoc sans aucune liaison avec le système pénal ordinaire, qui exerce une fonction notamment médiatrice. Au contour des processus de "diversification" sont liées les situations rapportées à la réconciliation entre délinquants et leurs victimes, conflits d'environnement, conflits de voisinage, familiaux, travaillistes et de locations, victimes de mauvais traitements et de viols, violence exercée sur les enfants et de mineurs etc.

Comme exemple typique de l'adoption de cet instrument alternatif de politique criminelle, on a dans les pays nordiques et le Canada, où la forte décentralisation des processus de diversification permet de mettre à la disposition de la communauté des unités autonomes capables d'entreprendre des réponses plus adéquates au problème de contrôle social.

Néanmoins, le consensus largement majoritaire des juristes sur la convenance d'une

décriminalisation progressive, le champ des processus de décriminalisation n'importe quelle de ses modalités se trouve compromise systématiquement préjudiciable par des nombreuses variables, parmi lesquelles, on peut citer les plus importantes: a) absence de critères implicites ou explicites pour décider dans quelle circonstance on doit décriminaliser; b) impossibilité de mesurer les effets du processus décriminalisateur; c) influence de l'opinion publique, des préjugés irrationnels et des attitudes émotives gérées par les moyens de communication de masse; d) position conservatrice et dogmatisme des législateurs et des autorités juridiques; e) faible action des organismes privés dans le système de prévention de délits; f) difficultés budgétaires et financières du pouvoir public; g) peur que la décriminalisation puisse provoquer l'augmentation accélérée des comportements décriminalisés; h) crainte que la décriminalisation provoque la perte du respect au système pénal; i) aigu processus de stigmatisation sociale et économique; j) aigu processus d'exclusion sociale et pauvreté de populations urbaines et rurales etc. De sorte que ces processus alternatifs de contrôle social finissent par rester dans les limites d'une discussion théorique, sans, néanmoins, atteindre un niveau concret d'applicabilité.

3. Adoption du Principe de la Proportionnalité Criminelle

Sans négliger les processus de décriminalisation d'offenses moins graves, et qui se présentent comme stratégies rééducatrices de prévention, il faut mettre l'accent sur une politique criminelle plus effective d'affrontement du problème des offenses de nature excessivement graves que on tendance à dépasser les niveaux supportables du système social. Pour cela, une des stratégies, peut-être, significative d'affrontement au problème de la criminalité dans des pays périphériques est l'adoption d'une politique criminelle qui pense la relation entre l'offense et le bien juridiquement protégé, en visant une effective proportionnalité criminelle. Il s'agit de prendre comme référence certaines directrices instrumentales ou des "règles opératoires", de caractère intradogmatique et extradogmatique qui permettent l'application de la sanction à la nature d'offense criminelle.

Dans le domaine des “règles opératoires” intradogmatiques, le juge doit disposer d’une législation pénale qui en principe observe le degré de hiérarchie entre les biens juridiquement protégés. Ainsi, quand-t-il s’agissait d’offenses qui violent de manière cruelle le droit à la vie et à la dignité de la personne humaine, la peine doit être imposée en prenant comme référence le critère de proportionnalité criminelle, par substratum le principe d’équité¹⁰. Il doit en être fait, de même, quand-t-il s’agissait d’offenses moins graves, qui exige l’usage des processus de décriminalisation.

En ce qui concerne les “règles opératoires” extradogmatiques, qui valorisent les conditions, les procédés et les stratégies de politique criminelle, le juge, de même, doit disposer d’un instrument législatif qui informe sur la possibilité de son action “discriptionnaire” dans le sens d’interpréter et appliquer la sanction pénale alternative ou de “substitutifs pénaux” qui englobent des réponses effectives du “corps social” au problème de la criminalité.

Dans ce cas, – qui reflète la directive d’une application du Droit Pénal Minimum – la distinction que Alessandro Barata¹¹ propose à faire entre “principe de proportionnalité abstraite” et “principe de proportionnalité concrète ou convenance du coût social” se révèle pertinente. Par rapport au premier, les directives pénales prendraient en considération les transgressions des droits humains fondamentaux (vie et dignité humaine), son applicabilité devant être proportionnelle en relation au dommage social causé par telle violation. Dans le deuxième principe, il y aurait exigence d’une “redéfinition du concept de culpabilité, avec la construction de deux séries de critères pour établir la procédure judiciaire: a) critères d’évaluation de l’espace des alternatives de conduite disponibles pour le sujet; b) critères d’évaluation des cas et non-exigibilité sociale du comportement d’après la loi (état de besoin et d’autres désengagés). Dans les deux cas l’orientation de la politique d’intervention pénale minimum impose, dans la construction des critères, le devoir d’observer l’inégale disponibilité des alternatives de comportement”¹².

Il est clair que dans des pays périphériques où le degré de refus aux normes a tendance à croître, l’application du “principe de proportionnalité” compenserait dans la mesure du possible les effets nuisibles de la peine sur les

individus pauvres criminalisés face à l’immense inégalité entre les classes sociales.

4. La Sécurité Publique comme Stratégie de Contrôle Criminel dans la Directive du Droit Pénal Minimum

En règle, la criminalité moderne dans des pays périphériques se caractérise par des variables nettement identifiées: urbanisation accentuée, fragmentation de l’identité sociale des individus, haut niveau d’exclusion des systèmes organisés de production, échec des contrôles sociaux formels et informels, concentration de pouvoir politique et économique, utilisation incorrecte du domaine technologique et stratégies globales de massification du crime organisé etc.

Devant ce tableau paroxystique, le Pouvoir Public revendique une position d’interférence que gravite autour de l’idéologie conservatrice de la criminologie traditionnelle, originaire du positivisme, et qui considère le comportement de refus aux normes comme une “pathologie” envers laquelle il faut utiliser des solutions intimidatives, répressives et pénales.

D’un autre côté, une partie de la société civile organisée qui défend l’idéologie de gauche – au niveau de reproduction de l’idéologie de la criminologie radicale – conteste l’ordre établi et affiche une relative condescendance vis-à-vis du comportement déviant, en intronisant les droits humains et culpabilisant les politiques néolibérales de tous les maléfices sociaux.

Il ne faut pas beaucoup d’effort pour identifier dans ces discours la prépondérance de deux idéologies antagoniques dans l’affrontement du phénomène criminel. Toutes les deux polarisent des discours idéologiques et des attitudes séctaires qui finissent par écarter les approches scientifiques et techniques de la question.

Ainsi, du point de vue du discours idéologique de l’État, diminue l’idée que la sécurité publique doit être orientée par des stratégies d’intervention dont les “règles opératoires” suivent l’inventaire présente: a) le

problème du crime se doit à la fragilité de l'autorité répressive de l'État; b) place de bandit est en prison, donc, il faut bâtir plus de prisons et, surtout, des prisons de sécurité maximum; c) il faut augmenter l'effectif policier et doter la police de technologies répressives; d) il faut accorder une plus large autonomie à la police et augmenter sa force répressive; e) il faut démonter les réseaux criminogènes des "favelas", peuplées par une population qui a une pré-disposition atavique au délit.

D'un autre côté, du point de vue d'une partie de la société civile organisée, radicalisée par les discours séctaire de gauche, le crime est le résultat de la faillite de l'État et de l'action institutionnelle du contrôle social et le délinquant est une victime du processus d'exclusion économique et marginalisation politique et sociale. D'où, l'origine du comportement "déviant" se situe: a) dans les "niches" urbains de pauvreté et misère; b) dans le manque d'opportunités des marginalisés que souffrent la violence des effets d'une politique perverse dictée par le capitalisme sauvage; c) dans le haut niveau des inégalités sociales et que, donc, font du crime une stratégie de survivance; d) dans le fait que le délinquant est une victime d'"apartheid" social et que, donc, il faut humaniser les "favelas", noyaux géographiques de grosse propulsion criminogène.

Le fait est qu'une politique de sécurité publique adéquate, en moyens et buts, pour le contrôle du phénomène criminel, ne doit pas prendre comme toile de fond idéologique de l'action ni l'un ni l'autre de ces points de vues, mais chercher des stratégies adéquates comme réponses rationnelles qui puissent limiter la criminalité dans des paliers minimum acceptés par toute la société. Nous sommes d'accord avec Lopez-Rey¹³ quand il souligne, pour effet d'analyse du phénomène criminel, cinq "facteurs conditionnels" de l'expansion de la criminalité: a) la complexité aigüe du développement; b) l'augmentation de la corruption et du temps de loisir c) une plus grande absence de sécurité autant individuelle que collective, ainsi bien des remarquables revendications contre les systèmes socioéconomiques et politiques existants, d) l'accroissement populationnelle et sa distribution par sexe et âge; d) l'ambiguïté des effets gérés par la science et la technologie.

Même en considérant l'influence de ces "facteurs conditionnels" sur la augmentation du

phénomène criminel, un programme rationnel de contrôle de la criminalité et de la violence comme action d'une politique de sécurité publique ne peut pas être menée à terme sans que le Pouvoir Public adopte comme prémisses: a) "la différence de la conjoncture actuelle par rapport à celle des décades antérieures; b) la difficulté de conciliation des demandes de plus grand respect au droits humains avec les demandes de plus de répression policière; c) l'inutilité, aujourd'hui, pour contenir la criminalité, de la distinction entre personnes "dangereuses" et "non-dangereuses"; d) la nécessité urgente, à court terme, de reformulation du système criminel (y compris la législation), afin de ne pas laisser hors d'atteinte les criminels des classes plus favorisées et des élites; e) le préjudice causé à la bonne compréhension de la question par les préjugés idéologiques et par le profit politique-électoral du thème; f) l'inévitabilité de l'augmentation, de fait, des droits civils aux contingents populationnels périphériques proposés par la nouvelle Constitution, ce qu'il implique – à bref délai – l'adaptation des formes de rapport du Pouvoir Public avec ces populations au nouvel ordre constitutionnel"¹⁴, en plus de l'adoption des autres mesures plus utiles et plus efficaces dans le champ de la prévention générale intégrées à l'ensemble de réponses du "corps social".

Il est évident qu'une application de la justice criminelle dans ces termes doit avoir comme question préliminaire les aspects suivantes: pourquoi la pratique de sécurité publique adoptée aujourd'hui au Brésil est-elle contraire au minimum de garantie des droits des citoyens? Quels sont les motifs selon lesquels les droits déclarés ne sont pas effectivement garantis par la législation ordinaire et par les tribunaux? Quelles sont les garanties réelles contre la prison illégale, la violence, la torture morale et physique et l'humiliation imposées au citoyen par une pratique inadéquate de l'action policière? Pourquoi le droit de défense reste-t-il encore déstabilisé d'une égalité de condition par rapport à l'accusateur, celui-ci soit il un particulier ou le propre État? Pourquoi les pratiques inquisitoires continuent elles encore à être appliquées dans les procédés de vérification criminelle? Quelles sont les garanties contre les procédés policiers d'inviolabilité du domicile, de la privacité et de l'intimité? Pourquoi le retard de vérification et punition – quand ça arrive – des

violeurs de ces droits consacrés en texte constitutionnel?

Ici, est de fondamentale importance d'assurer que la gestion d'une politique criminelle réellement adéquate prenne comme paramètre de base initiale la propre Constitution Fédérale et à partir de celle-ci organise tout le système criminel, c'est-à-dire, l'ensemble des sous-systèmes de contrôle social: le Juge Criminel, Le Parquet, la Défense Publique, l'Avocat criminel, le sous-système pénitenciaire, la police et la propre législation pénale.

Dans le cas spécifique de la sécurité publique, il faut reconnaître au Brésil l'hypertrophie des procédés policiers incompatibles avec le texte constitutionnel. Dans la majorité des cas, la pratique policière est subordonnée à une idéologie qui considère le citoyen un criminel un puissance. Cette idéologie pernicieuse se manifeste dans les approches policières et, surtout, dans le procédé pénal de l'Enquête Policière où l'autonomie de l'exercice de la fonction d'autorité corporifie une pratique inquisitoriale qui blesse presque toujours des préceptes constitutionnels de garantie des droits. Comme dans cette phase de procédure pénale il n'y a pas encore d'accusation, n'est pas exigée l'intervention de la défense, en restreignant l'autorité policière le total contrôle de l'accès à la vérité des faits. Et là surgit la question: si l'autorité policière est considérée "insoupçonnable" par la propre législation pénale (article 107 du CPP), que peut-on attendre qu'il arrive dans un bureau de police?

D'un autre côté, le Code de Procès Pénal continue à consacrer le procédé inquisitorial dans l'enquête policière, dans l'intérêt du Pouvoir Public. Comme dans cette phase du procès pénal n'existe pas encore l'accusation du suspect, cette procédure contredit les commandements expressifs et directs de la Constitution Fédérale en vigueur.

Il est évident que dans les pays développés où prédomine une tradition démocratique expressive, le principe de la "présomption de l'innocence" est consacré comme droit fondamental et selon lequel l'arrêt seul peut être effectué si la police a eu a priori un ensemble probatoire (des preuves matérielles, circonstancielles ou témoignages) que puisse indiquer la qualification du délit et de son auteur à la Justice. En cas, par exemple, de décision

d'arrêt, l'agent policier est obligé d'informer l'arrêté que n'est pas obligé de se prononcer et tout ce qu'il dit pourra être utilisé contre lui; et, encore, qu'il a droit à un avocat. La non observance de ce procédé blesse de forme tangible les droits fondamentaux.

Au Brésil, malgré la consécration du principe de la "présomption de l'innocence" dans le texte constitutionnel, "la police continue à arrêter les suspects pour essayer de réunir des preuves après; force le prévenu à parler, même contre sa volonté (la confession, pas rare, c'est 'arrachée' avec l'utilisation de méthodes bizarres, de forme arbitraire); met les citoyens sous suspecte (le commissaire de police joue le rôle du Parquet et, comme dans le cas américain, du Grand Juri, aussi); soumettre à soi-même l'actuation de l'Avocat (ici la manque du contradictoire est affirmée par la propre loi de procès)¹⁵. De façon que l'autoritarisme de la législation de procès pénal termine stimulant la prérogative de l'abus d'autorité policière, comme une déviance de l'autonomie qui lui est conférée par la loi. C'est justement à cause de l'exercice de pouvoirs que n'appartiennent pas de façon intrinsèque à la fonction policière qu'arrive l'atrophie et les détours de la police brésilienne. Pour ça, on doit éditer un nouveau Code de Procédure Pénal qu'incorpore les garanties de l'article 5^o de la Constitution en vigueur et fasse sortir de l'activité policière les fonctions judiciaires dans l'intérêt du renforcement du pouvoir judiciaire.

En synthèse, il faut reorganiser le système pénal de façon à ce que la législation pénale, le sous-système pénitencier, les pratiques des cours d'appel et le sous-système policier s'intègrent au contexte de la Constitution Fédérale, afin qu'une politique de sécurité publique puisse de forme adéquate rendre les stratégies rationnelles de contrôle de la criminalité.

En renforçant l'option en faveur de la démocratie et d'un État de Droit, on rend impossible l'idée d'une démocratie de droits fragmentés: les uns étant plus citoyens que les autres. Cette assertive met en lumière la polémique des droits humains et fondamentaux qui doivent être en vigueur dans un ordre de Droit Pénal Minimum. Il faut ici vaincre le dilemme institutionnel de la difficulté de concilier le principe juridique formel de l'"égalité devant la loi" avec l'inégalité devant la réalité". L'individu en pleine jouissance du *status*

civitatis – en règle appelé de citoyenneté – est celui à qui la Constitution confère droits et garanties fondamentaux: droits de l'exercice de la liberté individuelle, droits civils et politiques et droits sociaux. Le citoyen arrêté et condamné à cause de sa conduite délictueuse est temporairement démuné du droit d'exercer la

liberté individuelle, ayant les droits civils et politiques et les droits sociaux limités et n'aura pas dans aucune hypothèse – comme fugitif or encore non arrêté par récidive criminelle – droit à la pleine jouissance du *status civitatis*. C'est le règle qui doit prévaloir comme traitement criminel adéquat dans une société démo-cratique.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

1. Apud ARNAUD, André-Jean (Dir.). Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
2. Cf. CERVINI, Raúl. Os Processos de Descriminalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
3. DELMAS-MARTY, Mireille. Modelos e Movimentos de Política Criminal. Rio de Janeiro: Revan, 1992.
4. DURKHEIM, Émile. Les Règles de la Méthode Sociologique. Paris: PUF, 1977.
5. LOPEZ-REY, Manuel y Arrojo. La Criminalidad: Un Estudio Analítico. Madrid: Tecnos, 1976.
6. SILVA, Jorge da. Controle da Criminalidade e Segurança Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

NOTES

1. DURKHEIM, Émile. Les Règles de la Méthode Sociologique. Paris: PUF, 1977, pp. 65,66,70.
2. DELMAS-MARTY, Mireille. Modelos e Movimentos de Política Criminal. Rio de Janeiro: Revan, 1992, p. 30.
3. Idem. Ibid., p. 24.
4. Apud ARNAUD, André-Jean (Dir.). Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 603.
5. Idem. Ibid.
6. Le terme État périphérique a eu pris ici dans une conception d'une société politiquement organisée de telle forme qui, malgré être nommée une démocratie constitutionnelle, reste liée à un modèle rigide d'ordre institutionnelle qui se caractérise par l'organisation étatique du pouvoir, concentration au monopole de la souveraineté, centralisation, sécularisation et bureaucratie administrative, dont l'ordre normative se limite à fonctions coercitives, répressives et pénales.
7. Cf. CERVINI, Raúl. Os Processos de Descriminalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 72.
8. Cette classification indiquée par Raul Cervini se place dans une vision de coût-bénéfice, par comprendre le législateur que les coûts sociaux de la criminalisation excèdent de plus les bénéfices obtenus, en considérant plus adéquate une réponse alternative à certains comportements délictueux.
9. Apud CERVINI, Raúl. *Op. cit.*, p. 75-76.
10. Dans la vision contemporaine, et au niveau du procès (évaluation de preuve, interprétation de norme), la pratique d'équité – comme stratégie d'effectivité rationnelle – vise la re-structuration d'une activité juridique capable de mettre en contexte les pratiques quotidiennes d'une réalité fragmentaire et réarticuler de manière continue des nouvelles formes de conciliation entre l'applicabilité formelle de la loi et l'exigence d'une justice effectivement citoyenne.
11. Apud CERVINI, Raúl. *Op. cit.*, p. 108.
12. Idem. Ibid., p. 109.
13. LOPEZ-REY, Manuel y Arrojo. La Criminalidad: Un Estudio Analítico. Madrid: Tecnos, 1976. En ce qui concerne aux "facteurs déclenchants" l'auteur repute le crime comme un phénomène sociopolitique, dont l'affrontement exige autant un plan de politique criminelle que du système pénal.
14. SILVA, Jorge da. Controle da Criminalidade e Segurança Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pp. 18-19.
15. Idem. Ibid., p. 34.

RESTORATIVE JUSTICE AS A HUMAN RIGHT

.....
HAL PEPINSKY

Professor at Indiana University and Walden University.

I thank the Institute for Human Rights very much for their invitation to write this article on restorative justice as a human right. As I understand it, “restorative justice” is a term that as far as I can see was coined by Presbyterian Church, U.S.A., Criminal Justice Office director Virginia Mackey in the mid-seventies. It became part of a North American movement toward “prison abolition”. I myself have been trained four ways in mediation, and have applied my training to mediation in a program of Canadian and U.S. Mennonites, the Victim Offender Reconciliation Program over the past six years. I have also been formally trained in law (then sociology), and have represented defendants in criminal court, advocated for people in numerous grievance fora, and qualified as an expert witness on a variety of criminal justice topics. In attempted recovery from the adversarial training that lies at the heart of the common-law tradition in which I was trained, I have chosen to try to understand and perfect the skill of mediation, as in restorative justice, instead.

I learn from every attempt I make at mediation. To me, the key word in “restorative justice” is “restore”. I seek to help victims and offenders find ways that they all can restore whatever trust the “crime” at hand has cost them, so that they all become woven into safe, honest social relations rather than separated, as by imprisonment.

I live in the global heartland of punitiveness. My country imprisons an entire quarter of the world total, and as I write my president is once again poised to launch international bloodshed. I also live in hope. I believe that as I learn mediation skills with hundreds of students most of all each year, especially in a required second-year class for criminal justice majors on “alternative social control systems”, I find students who are eagerly

to learn to concentrate on making peace instead of war. I believe that we learn peacemaking together by our growing awareness of what protection of human rights requires of us.

Here is my only citation or reference in this essay: <http://www.critcrim.org/critpapers/pepinsky-book.htm>. *A Criminologist's Quest For Peace* (2001) is the first book I have had published electronically rather than in hard copy, on the web site of the Critical Criminology Divisions of the American Society of Criminology and the Academy of Criminal Justice Sciences. There, it is available for free reading, copying, and use. The manuscript is strewn with references, which are listed at the end. Feel free to consult it for follow-up references, and for that matter, to contact me further for references to things I write here. I can well imagine that the readers of this journal are very well-read on human rights in their own right. My purpose here is simply to explain how my own understanding of how restorative justice as a human rights issue has evolved.

THE FIRST HUMAN RIGHT

From the Universal Declaration of Human Rights (1948):

Article 1

All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.

These days, many of us would notice that Article 1 leaves out half of humanity – sisterhood. Correcting for that glaring omission, Article 1 to

me states the essence of human rights as I celebrate them.

Call me essentialist or reductionist. I seldom use the word “right”. It takes me back to Max Weber’s operational definition – something guaranteed by a state, via law enforcement. When I idealize “human rights,” I think instead of what awareness it takes to recognize in fact as well as in creed that “all human beings are born free and equal in dignity and rights.” I believe that it is by putting this belief into practice that human beings become safer in one another’s company, more trusting and trustworthy and responsible, and thereby let go of attachment to outcome – to planned repression of wrongful behavior instead of inviting redemption and atonement from all those stricken by violence.

Just think about what it means to act on the belief that we are all BORN equal in dignity and rights. My own preoccupation the last decade has been with how we respond to violence against children. Consider: Everyone who lives into adulthood has survived membership in what I consider to be the ultimate underclass – childhood, compounded as its oppression might be by race, class and gender. I have two litmus tests for whether children are being abused. The first is whether the child feels compelled to keep a secret about what an adult is doing with the child. The ultimate root of human dishonesty is protecting someone you love by not mentioning something significant that is happening with the one who presses you to keep the secret. What, for instance, do you when your father is making you lick his penis night after night?

My second litmus test is whether one approves of the child’s equal force against a parent’s wrongdoing as when a child wrongs a parent. For instance, if you believe a parent should spank a child who has almost stepped in front of a moving car, I would wonder whether you also would approve of the child’s spanking the parent for the same misdeed. Don’t we as adults need correction fully as much as our children? If adults know things children do not, do not children equally see things adults do not? Right now in my country, criminal justice rhetoric has taken hold enough that people will commonly speak of the duty of parents to “give consequences” to their children for hurtful or scary behavior. Meanwhile, I have heard and read countless personal testimonies of young children who have had to take care of sick, incompetent, or

out-of-control parents. If children need consequences from parents, aren’t parents equally liable to need consequences from their children? The only lesson I can draw from subjecting children to discipline that children are not able in turn to subject their adult caretakers to, is that might makes right.

A prototype of what it takes to make peace at any level is to resolve the contradictions inherent in how we as adults manage conflicts with our children. Do I make them stop crying because they make me feel bad, or do I celebrate tears as expressions of honest feeling, and welcome them? Do I learn from my children’s talking back, or punish them for trying?

To me, imbalance in any relationship occurs when one party gets to dictate consequences to another. Parties to any interaction fail to grant one another equal respect and dignity simply by getting stuck on making consequences happen – by fixation on agendas, goals, or missions, or as Roger Fisher put it, by getting stuck in positions rather than negotiating mutual accommodation of interests. The key test of whether accommodation is occurring, therefore, is whether what people want or issues people attend to are changing as people take turns talking and listening to one another. If they are really listening and responding, they themselves will emerge from interaction knowing, wanting, and attending to things that they learned to care about during the interaction, things they could not foresee before the interaction. As a corollary, over time in any interaction in which the human right to equal respect and dignity is granted, all parties ought to have a roughly equal share of talking and listening time. This is the foundation on which restorative justice as I understand it rests.

THE IDEA OF RESTORATIVE JUSTICE

Norwegian criminologist Nils Christie has become internationally renowned for his plainspoken profundity about social control, recently in his now twice-revised book, *Crime Control as Industry*. In a keynote address that became the lead article in the 1977 volume of the *British Journal of Criminology*, Nils spoke of “Conflicts as Property”. In so doing, he identified the key element in various forms of restorative justice that also manifested themselves in

criminological literature and practice in that period, for instance: victim offender reconciliation, conferencing, sentencing circles, the Navajo peacemaker court, or in U.S. legal enterprise, “alternative dispute resolution”. Somehow since the rise of European feudalism, agents of state had displaced victims as recognized aggrieved parties. Nils reminds us: the handling of conflicts belongs to the people involved, not to surrogates who know nothing about them and their circumstances, such as legislators. Instead of prejudging what victims and offenders want, we ought to be guided by how they themselves respond to the dispute at hand. They have to live with consequences of the response. They, then, are best qualified to decide how they respond to the dispute.

To illustrate what giving disputes back to victims entails, I have on several occasions tried to apply the principle as a *pro bono* (free-of-charge) expert witness on “peacemaking” in child custody and visitation hearings. In each case, without interrogating children myself, I believed their allegations that they were repeatedly being sexually assaulted by a parent during unsupervised visitation. To each judge, I expressed my interest in encouraging children involved to grow up to love and feel safe with both their parents. To that end, I recommended that the court support the children’s being with counselors they “liked”. I recommended that the courts call upon those counselors for guidance as to how and when the children were ready to spend time with either parent.

As I see it, an antidote to violence is giving those most vulnerable to violence the first say in how to make peace. I knew without having to ask myself that the children in these cases were clear about their desire not to spend time alone with a parent. I asked that respect for that wish be given highest priority. Happily, one judge accepted my recommendation, after interviewing the child in alone in his office.

Peacemaking entails triage. When you get to the scene of a social wreck, including a wreck known as a violent crime, you attend first and foremost to the needs and interests of the person who seems most hurt and vulnerable.

What, then, of the offender? What steps do we take to reduce the threat of re-offending?

One saying I have is that would-be peacemakers know the world to be much worse than warmakers allow themselves to imagine. The plain fact is that as far as I know from survivors whose reports I accept, child rapists and worse often survive and socially thrive. I first want known victims to break free of continued threat. After that, if conceivable, I would like offenders to recognize and want to atone for harm they have done. In the select sample of victim offender reconciliation cases I get, “offenders” acknowledge that they have done harm criminally charged. When they can do things their victims suggest and show they are really better than when they offended, great. Insofar as victims are strong enough to confront their offenders and negotiate settlements, wonderful. Otherwise, we who would confront offenders can ask them how they would redeem themselves, and negotiate whatever it takes to live with offenders safely meanwhile. For example, since 1994 the Canadian prison authority has contracted with largely volunteer groups to provide “circles of support and accountability”, in the first instance with a Mennonite group in Kingston, Ontario, to encircle “high-risk sex offenders” coming out of prison. In these circles, offenders take the lead in constructing their own post-criminal lives. They negotiate boundaries of trustworthy behavior with other members of the circle. One way or another, we can certainly negotiate social arrangements – as in not being left alone with children – short of building jail cells that might cost a hundred thousand dollars a year to build, and tens of thousands more to operate.

In 1989, the parliament of New Zealand passed the Youth Justice Act. Under the act, any juvenile charged with anything short of murder who agreed to a guilty plea would be entitled to a “family group conference”. The conference would be facilitated by a state social service specialist. Police and probation officers would be present. So would a lawyer for the “offender”. Victims would be invited to attend. Where trauma was especially raw as in rape cases, extra time would be offered to get the conference together. Victims ended up appearing with family members and other supporters about half the time. Most often, the accused ended up signing an agreement to take some concrete action to “make things right.” The agreement is referred to the juvenile judge, who can modify it or add onto it as the judge sees fit.

In the aftermath of the legislation, youth detention fell by half, and recidivism fell

substantially too. In cities including Auckland and Wellington, similarly successful experiments have been conducted with adult offenders. New Zealand demonstrates the potential for using restorative justice to obviate demand for punishment of offenders.

Unfortunately, restorative justice may become an addition to punishment of offenders rather than a substitute. This is the case in the victim-offender reconciliation program in which I volunteer. Virtually all of our cases are referrals of young people who have already been through the court system. In many cases, they have already served time in detention. Typically, they are doing community service, and paying for a number of other “services”. Although participation in mediation is supposedly voluntary, the offenders have been told that participation is a condition of their probation. Even then, I find mediation worthwhile to give victims and offenders a sense of ownership over their own problems, and a sense of receiving special, personalized attention. I keep the faith that eventually prosecutors and defense counsel will see the value of trying to bring victims and offenders together before going through the court process.

And so I move in my thinking from the right of a child to dignity and rights equal to an adult’s, to a practical duty to be guided first and foremost by experience of victims of violence, to a duty to negotiating safeguards against future victimization, and giving offenders the option to win their way back into popular trust. Peacemaking takes time, but to me, it is the only way we ever transform violence into safety.

CRIMES WITHOUT VICTIMS

Think of the child who has to tuck her drunk parent into bed. There is no neat distinction between violent crime and victimless crime. Whether or not violence – narcissism, being on one’s own mission – has a manifest or intended victim, the things we do may hurt and burden those around us. We have a duty to encourage those we interact with to speak openly and call us to account for victimization we have not noticed. Unless there is a personal grievance, there is no rightful call to interfere with personal liberty. Worldwide these days, a large proportion of increased incarceration is for drug law violations,

irrespective of harm done. From my human rights perspective, a crime without an identified personal victim should simply not be a cause for social concern.

TOWARD RESTORATION

Here is my view of human nature, on which my experience and understanding of peacemaking and of fostering human rights is based.

I believe we are all born with minds full of the universe of human experience and feeling. We learn languages so readily. We seek belonging in this world through language, through how we express ourselves in words, in tears, however...

Then, *For Your Own Good* as Alice Miller writes (see references in my e-mail book), adults say, in effect, if you really love and trust us, you ought to feel the way we think you should. Stop crying. Stop complaining. Stiff upper lip and all. And so you repress that part of yourself, especially the part that suffers suppression, and just stay mad and suspicious of those who would not let you air and share your fears. In a psychological word, you are driven to “dissociation”. You are driven to be an imposter, to smile through your tears and sense of unfairness. You get to pretend living through other people’s feelings and needs.

In living out someone else’s idea of how you should live, as against expressing your own reality, as I see it, you die. You become someone else’s social robot. You become vulnerable to victimization on the one hand and to victimizing others without feeling their pain and fear on the other.

Restorative justice is designed to break through the dissociation. As a mediator, I feel a primary duty to encourage parties to show their own feelings, and to talk about what they themselves rather than someone else believes important. I find that as people gain a sense of freedom to tell their stories in their own way, and get in touch with and express their own true feelings, they become capable of empathizing with others – feeling their pain and accommodating their interests. This contrasts sharply with European-based legal processes in which rules of evidence tightly constrain what parties to conflict can say, and in which it is

routine to coach parties on what to say and not to say at various stages of proceedings. For instance, I commonly hear victims express anger that offenders have never approached or apologized to them – not realizing that criminal defendants dare not risk sanctions for “intimidating” a witness or “interfering with process”.

Friends from other parts of the world have remarked to me how reluctant people in my country tend to be to show open disagreement, how much we shy away from public displays of emotion-laden conflict. This amounts to a culture of dissociation. In that culture, we tend to become indifferent to human suffering. We tend to rely heavily on separating parties to conflict, so much so that even though we imprison people at world-record levels with world-leading sentences, people are still heard to complain that we let offenders off too lightly.

Restorative justice amounts to embracing conflict rather than suppressing it. I find myself trying to apply restorative justice principles in my teaching – encouraging my students openly to disagree with me above all, rewarding honest expression of feeling and belief in written and oral dialogue rather than passing judgment on whether students give me the right answers. My hope is that as we experience safe and open confrontation of our differences and grievances, we first learn to value our own opinions and interests, and in turn become less punitive and more empathic toward others. In fact I have noticed that the earlier and more openly students disagree with me, the more they surprise themselves by becoming critical of criminal justice excesses and supportive of transforming punishment into restoration.

I have come full circle in my understanding of what “restoration” means in a positive sense, as a path toward human safety and security. Back to childhood. To me, restoration implies putting ourselves back where we were when our own true feelings and beliefs were forcefully suppressed. Back to the time when you learned and mimicked your parents’ and peers’ language, when you so energetically tried to belong and to be of value to your elders. At that time, when you had a conflict, you were so willing to deal with the conflict directly, personally. You had no option. You saw it as in your best interest to listen, learn, and propose to your elders how you might restore trust when you

had frightened or neglected one another. You went into each conflict with no preconceptions as to what result you had to obtain.

What appeals to me most basically about restorative justice is the idea of going into confrontation among people in conflict without preconceptions as to results that must follow one particular way or another. The very power of restoration to transform punitiveness rests on the honesty with which parties to conflict talk about what they most urgently are feeling, on what in the moment of confrontation they think needs to be said. The truest sign to me of restoration in any relationship, including that of formal mediator or teacher, is when I am surprised myself by what I end up saying and thinking about next. This, of course, is the very opposite of what I was carefully taught in law school, to make “the rule of law”, including what Max Weber called “substantive rationality”, sacred. I had the sacredness of calculating the consequences of one’s conduct drummed into my head by some of the reputedly greatest minds in the U.S. legal professoriate. Then I felt it, and now I say with conviction: “Nonsense”.

The art and science of restoration is instead one of figuring out how to arrange it so that those most directly affected have the greatest opportunity to say freely, without fear of self-incrimination or retaliation, what honestly is foremost on their minds and in their hearts. The primary challenge of human co-existence is how fast and openly we can listen, learn, and CREATE responses to our awareness and empathy for fears and grievances others have with us. As one mother struggling to retain custody of children told a seminar of mine she had discovered: “I’ve had to learn to ask my children to tell me when I’ve hurt their feelings, and to say, ‘I’m sorry.’” I never ask anyone in mediation to say, “I’m sorry.” I ask them to let their inner children take hold and make whatever they will of the opportunity. As some of my fellow volunteer mediators have put it to me, we trust the process. What Max Weber calls procedural rationality is indeed to me a science of how to get real human issues on the table where they can honestly be discussed. State prosecution inhibits that conversation. Restorative justice invites it, as a way of human life, in recognition of the principle that we are all born equal in deserving respect and dignity for being our own true selves.

EL FORTALECIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN NACIONAL COMO DESAFÍO DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS. LAS ENSEÑANZAS DEL ÁMBITO INTERAMERICANO*

.....
LUIS FCO. CERVANTES G.

Abogado con Estudios en Ciencias Políticas; Responsable del Programa “Administración de Justicia y Derechos Humanos” del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

1. A MODO INTRODUCTORIO: APROXIMACIÓN AL OBJETO Y FINALIDAD DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

El desarrollo jurídico vigente a partir de la segunda posguerra mundial muestra un vigoroso movimiento para fortalecer la protección de los derechos de la persona humana. Si bien pueden documentarse algunos intentos preliminares en los ámbitos internacional e interamericano para la creación de sendos instrumentos que regulasen pretendidas jurisdicciones internacionales, es claro que los planteamientos iniciales a través de la concreción de los tribunales internacionales de Nüremberg y Tokyo, los principios establecidos en sus propios estatutos y derivados de sus resoluciones, pero particularmente el creciente avance normativo desde la promulgación de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, profundizan la legítima preocupación humana por fortalecer mecanismos preventivos o reparadores – en su caso – de violaciones a los derechos propios de la personalidad humana, preocupación más evidente aún y representada a través de los tribunales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda, y en la aprobación y vigencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Así, la tendencia marcada por el profuso desarrollo normativo de la segunda mitad del siglo XX está dirigida a la ideación de mecanismos

claros y precisos que configuren serias jurisdicciones internacionales especializadas en la protección de los derechos humanos, lo cual ha sido posible especialmente en el ámbito regional europeo y americano, y en los momentos actuales con especial atención sobre el inminente ejercicio de la Corte Penal Internacional.

La actuación desde 1950 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y desde 1979 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha significado la concreta aplicación de este bagaje normativo creado universal y regionalmente para la protección de los derechos humanos, interpretando, aplicando y concretizando los institutos jurídicos y los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales. Es así que normativa y jurisprudencialmente se ha definido que el objeto y fin de los modernos convenios sobre derechos humanos, y con ello de las jurisdicciones especializadas allí establecidas, lo constituye la protección de los derechos fundamentales.¹

El desarrollo normativo internacional de los últimos sesenta años igualmente se acompañó en los ámbitos nacionales de profusos procesos de vigorización de la normativa constitucional nacional, procesos a través de los cuales se avanzaba de las meras definiciones políticas a la efectiva consagración de normas jurídicas, presenciando así el tránsito de las cartas políticas a las hoy constituciones normativas.

Este desarrollo paralelo ha encontrado en los últimos años crecientes puntos de encuentro. La promulgación de la Constitución española de

1978, y la influencia marcada por ella en el desarrollo constitucional latinoamericano a partir de entonces propició que en los procesos de formación constitucional de los últimos veinticinco años se considerara de manera creciente la evocación, al menos, de ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, o bien, se propiciara una relación más estrecha incluso con los órganos de la jurisdicción internacional creada al efecto, al punto de reconocerse como un papel constitucional de la jurisdicción el brindar garantía a los derechos fundamentales.²

Y esto es así, por cuanto hoy día, cuando las constituciones muestran exactas definiciones o bien referencias a los derechos fundamentales, debe resultar claro que, en tratándose de la protección de tales derechos, el ejercicio nacional, es decir, la protección nacional es particularmente relevante de cara al ejercicio de la jurisdicción internacional.

Éste es el punto de partida de este comentario, la relación “simbiótica”, el contacto de doble vía, el diálogo que debe establecerse entre los órganos internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos, como opción válida y especial para su efectiva protección.

En este sentido, de manera consciente en cuanto a la extensión de esta presentación, las páginas siguientes omiten voluntariamente toda presentación profusa y detallada de los sistemas internacionales – universal, europeo y africano – de protección de los derechos humanos,³ concentrándose inicialmente en realizar una breve reseña, a modo de relación orgánico-normativa, del sistema interamericano de protección. Esta reseña dará paso a la consideración del rol nacional en la protección de los derechos fundamentales, para acceder así a evidenciar uno de los desafíos primordiales de la jurisdicción internacional sobre derechos humanos: el fortalecimiento de las jurisdicciones nacionales.

De tal manera, el siguiente desarrollo pretende mostrar al lector cómo en la actualidad este fortalecimiento de la protección nacional es en sí mismo un desafío impostergable y a la vez consecuente y necesario, para el desarrollo de la jurisdicción internacional, en este caso, de los derechos humanos. En otras palabras, cómo uno de los importantes desafíos de la jurisdicción internacional se encuentra en su relación y en su

recíproca retroalimentación con la jurisdicción nacional.

2. JURISDICCIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS: BREVE REFERENCIA AL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La moderna formulación de los sistemas internacionales para la protección de los derechos humanos sucede con inmediatez la finalización del segundo conflicto bélico mundial del siglo anterior.

En el ámbito universal, el proceso en torno al establecimiento de la Organización de las Naciones Unidas da como resultado la promulgación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en diciembre de 1948, constituyéndose en punto de partida del vigoroso desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos presenciada hasta hoy.⁴

Coincidentemente, en el ámbito regional europeo, la instauración del Consejo de Europa y la aprobación de su Estatuto vino aparejada de la elaboración y aprobación – 1950 – de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, comúnmente conocida como Convención Europea de Derechos Humanos o Convenio de Roma, instrumento que transformó en obligaciones convencionales precisas varios de los principios proclamados en la Declaración Universal.⁵

En el hemisferio americano la concordante discusión rindió frutos previos a los del ámbito universal y europeo, al aprobarse la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre escasos meses antes que la Declaración Universal.⁶ Del mismo modo que sus homólogos universal y europeo, la discusión y aprobación de este instrumento estuvieron relacionadas con la conformación de una organización regional, en este caso, la Organización de los Estados Americanos y su carta fundacional, estableciéndose en este marco organizacional el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.⁷

Este primer impulso americano fue rápidamente superado por el proceso europeo en el sentido que, mientras en Europa se fraguaba ya la adopción de un instrumento convencional que entró en vigor debidamente en 1953, incluso ya con el funcionamiento de su jurisdicción internacional,⁸ en América este texto tuvo que esperar más de veinte años desde la aprobación de aquella Declaración primigenia. Mientras tanto, el sistema interamericano gozaba básicamente del aporte normativo de su Declaración específica y de la Carta fundacional de la OEA.

En este contexto, y en el ámbito específico de la jurisdicción interamericana, se aprobó la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1959, habilitada para realizar funciones de promoción de los derechos humanos y recibir quejas individuales. En 1965 se le incorpora como un órgano principal de la organización hemisférica, y en 1969 se logra la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, diecinueve años después de su homólogo transoceánico. Es la Convención Americana la que sí contempla la creación de un tribunal regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que el sistema interamericano se ha desarrollado en dos etapas distintas, acumulando a la fecha casi cuarenta y cinco años en el marco de la Comisión, y poco más de veinte años bajo la dualidad institucional de la Comisión y la Corte.⁹ La Convención contempla que para el ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana es necesaria la aceptación expresa del Estado ratificante – art. 62.

Esto ha dado lugar a que el sistema interamericano de protección presente una triple estructura, así:

1. El sistema comprende un régimen para los Estados que forman parte de la Organización pero que no han ratificado la Convención. A ellos se les aplica la Declaración Americana y la supervisión la realiza la Comisión Interamericana.
2. Para los Estados que hayan ratificado la Convención pero no hayan aceptado la competencia de la Corte, en cuyo caso es igualmente la Comisión el órgano de control.
3. Para los Estados ratificantes de la Convención y que hayan aceptado la

competencia de la Corte, para los cuales existen dos órganos de protección y el sistema opera a plenitud.

El cuadro de aprobaciones y ratificaciones muestra que el sistema interamericano es más un sistema continental que hemisférico, pues son, en su amplia mayoría, países continentales los que han firmado o se han adherido a la Convención.¹⁰ Todos ellos, a excepción de los Estados Unidos y Canadá – que mantiene bajo estudio su posición – han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

El marco normativo del sistema se ha visto ampliado debido también a una profusa actividad normativa, que ha dado como resultado la adopción de dos protocolos¹¹ y otros instrumentos convencionales referidos a temas como la tortura, la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer y la desaparición forzada de personas.

La Comisión Interamericana ve desdobladas sus funciones en dos ámbitos. Unas funciones de carácter general, que son previas a la vigencia de la Convención, y entre las cuales se encuentra la promoción de los derechos humanos, la elaboración de informes y recomendaciones generales, y servir de cuerpo asesor de la OEA; y otras de acuerdo a las competencias asignadas por la Convención, destinadas a la documentación de violaciones, realización de un proceso investigativo tendente a la constatación de la existencia de violaciones a los derechos humanos, y en cuyo curso puede ejercer alguna función mediadora. Al finalizar una investigación, la Comisión dicta una resolución que, si ha constatado alguna violación, recomienda al Estado la adopción de ciertas medidas reparadoras de la infracción cometida. En este supuesto, el caso se da por terminado si el Estado cumple la recomendación pronunciada; si se presenta la situación contraria, la Comisión elevará el asunto al conocimiento de la Corte.¹²

La Corte Interamericana, habiendo sido creada por la Convención desde 1969, recién logra entrar en funcionamiento el 18 de julio de 1978. La Corte, según define su propio estatuto, es una institución judicial autónoma con el objetivo de aplicar e interpretar la Convención Americana. Como institución judicial es un tribunal que administra justicia, con competencia para decidir casos contenciosos sobre la

interpretación y aplicación de la Convención, así como para disponer que se garantice a la víctima de la violación de un derecho o libertad protegido por este instrumento, el goce de ese derecho o libertad, así como la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de ese derecho.¹³

En la jurisdicción internacional americana sobre derechos humanos, la litis se configura entre la Comisión y los Estados, o bien entre Estados, ya que vía convencional las víctimas carecen de posibilidad de acceder directamente. Esta carencia en torno al acceso a la justicia ha sido paliada relativamente a través de sendas modificaciones en el Reglamento y Estatuto de la Corte, habilitando un *locus standi* a la víctima en las sesiones de la Corte y en otras instancias del proceso.

La Corte posee dos tipos de competencia: contenciosa y consultiva. El proceso contencioso considera una casi reproducción de lo desarrollado en sede de la Comisión Interamericana, lo cual ha sido una de las fuertes críticas debido a la duración de los procesos en el sistema interamericano, al tener que reiterar la Corte la investigación realizada previamente por la Comisión. Sin embargo, esta circunstancia encuentra alguna explicación bajo el entendido que la Comisión no es un órgano jurisdiccional como sí lo es la Corte, razón por la cual ésta no debe ser entendida como un órgano de control o apelación de lo actuado por aquella.

Por esta misma razón, la Corte puede dictar las medidas provisionales que considere oportunas aun si el caso no ha llegado a su conocimiento y la Comisión así se lo solicita. El proceso ante la Corte contempla la posibilidad de plantear excepciones preliminares, cuyo conocimiento, en teoría, no suspende el trámite sobre el fondo. La fase de fondo contempla una etapa escrita y otra oral, superadas las cuales la Corte emite la sentencia correspondiente de manera debidamente motivada.

Elemento de particular importancia y relevancia del sistema interamericano se encuentra en lo concerniente a la ejecución de sus sentencias. Esta se aprecia como el punto más delicado de todo sistema de jurisdicción internacional por vincularse estrechamente con la eficacia de las sentencias y del sistema mismo. De conformidad con el derecho internacional y el principio *pacta sunt servanda*, el art. 68.1 de la Convención señala la obligación de los Estados

de cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana. Así, como órgano judicial que es, corresponde a la propia Corte dar seguimiento a sus sentencias, razón por la cual, siguiendo el art. 65 de la Convención, la Corte informará a la Asamblea General aquellos casos que presenten incumplimiento de los Estados.

La novedad se encuentra, sin embargo, en la disposición convencional del segundo párrafo del art. 68, que refiere que las sentencias encontrarán ejecución – en cuanto a sus consecuencias pecuniarias – a través de los procedimientos internos para la ejecución de sentencias contra el Estado. Esta disposición, que no encuentra norma análoga en el sistema europeo, permite entonces que la sentencia de origen internacional sea “nacionalizada” en cuanto a su ejecución utilizando los procedimientos propios de la jurisdicción nacional para sentencias contra el Estado, es decir, la vía de ejecución de sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Si bien esta posibilidad es un avance cierto en procura de la efectividad de las sentencias de la jurisdicción internacional americana sobre derechos humanos, la limitación al aspecto pecuniario podría tornar en endeble la situación de otro tipo de acciones afirmativas a que los Estados puedan verse sujetos. De aquí la importancia de identificar canales de comunicación idóneos entre los sistemas internacionales y nacionales que permitan una mayor aplicación, a todo nivel, de los contenidos de los instrumentos sobre derechos humanos vigentes en el hemisferio. Es aquí donde el desarrollo constitucional de los últimos años, y la instauración o desarrollo de instancias nacionales más focalizadas a la protección de los derechos fundamentales, se aprecia y percibe como el canal propicio para lograr esta conexión.

La expresa referencia, o bien la inclusión constitucional de instrumentos internacionales y otros parámetros de protección de los derechos fundamentales, como las interpretaciones pronunciadas por los tribunales internacionales, e incluso los desarrollos jurisprudenciales nacionales que han potenciado la vigencia de estos instrumentos e interpretaciones, constituyen la base para una interacción entre sistemas que devenga en la generación de un sistema coherente y unívoco de protección, caracterizado por la mutua y continua retroalimentación, con miras a lograr una proactividad en ambos escenarios que permitan

acceder a una más completa e integral protección de los derechos fundamentales.

La competencia consultiva de la Corte, a diferencia de la contenciosa, no requiere la aceptación expresa de los Estados, de tal manera que aún los Estados que no hayan aceptado la competencia contenciosa de la Corte bien pueden formular ante ella solicitudes de opinión. Bajo una perspectiva material, la competencia consultiva la ejerce la Corte en cuanto a la interpretación de la propia Convención Americana y demás tratados sobre derechos humanos, e incluso en cuanto a la compatibilidad de legislación interna de los Estados con los instrumentos internacionales – art. 64 –. Naturalmente esta posibilidad se ejerce incluso sobre la propia Declaración Americana, debido a su incorporación en la Carta de la OEA, que sí es formalmente un tratado. Además de los propios Estados, también puede formular solicitudes de opinión la misma Asamblea General de la OEA y algunos otros órganos como la Secretaría General, el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana, entre otros.

Particularidad de esta función se encuentra en que una vez instada la competencia de la Corte, el solicitante no puede retirar su gestión, sino que la Corte siempre se pronunciará sobre la solicitud planteada, resolución que igualmente notificará a todos los Estados. Las opiniones consultivas, a pesar de no existir disposiciones expresas en cuanto a sus efectos, difícilmente pueden ser ignoradas por los Estados, considerando la naturaleza del órgano que la emite y la trascendencia a futuro de su eventual desatención.

3. CARACTERES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CUANTO A LA HABILITACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO

3.1 Obligaciones y Responsabilidad Internacional de los Estados

Es ampliamente conocido el principio del derecho internacional por el cual los Estados asumen el compromiso de respetar y cumplir de

buena fe las obligaciones contraídas a través de los instrumentos convencionales. Este principio, el *pacta sunt servanda*, ha sido recogido normativamente en el ámbito universal en el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

En materia del derecho internacional de los derechos humanos, el tema de las obligaciones de los Estados encuentra relación con la diferenciación entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales, o, dicho en otras palabras, a las ciertas posibilidades de ejercicio y exigencia inmediata de los derechos, por cuanto se ha argumentado la existencia de ciertas diferencias en cuanto a la oportunidad y criterios de exigibilidad de ambas formulaciones,¹⁴ concretamente relacionadas con el carácter ejecutivo o programático de las normas de referencia.¹⁵

Sin embargo, esta aparente diferencia de exigibilidad puede resultar absolutamente compatible con el carácter de progresividad del derecho internacional de los derechos humanos, y así parece preverse en la propia Convención Americana al considerar las obligaciones de los Estados.

El art. 1º de la Convención señala la obligación de los Estados parte de respetar y garantizar los derechos y libertades contenidos en el pacto, lo cual es un deber jurídico esencial sin el cual los tratados sobre derechos humanos carecerían de sentido. Ésta es la primera obligación asumida: respetar y garantizar. De conformidad con esta norma general, toda limitación o menoscabo sobre estos derechos constituiría un hecho contra el tratado y comprometería la responsabilidad internacional del Estado, de manera tal que si la situación infringida no es restablecida con los medios del derecho interno, queda abierto el recurso a la protección internacional.

Del mismo modo, el deber de respetar los derechos humanos impone la obligación de adecuar el sistema jurídico interno para asegurar la efectividad del goce de tales derechos. Consecuencia de esta obligación, se ha definido que debe considerarse como internacionalmente ilícita toda acción u omisión de un órgano o funcionario del Estado que lesione indebidamente los derechos reconocidos en las convenciones, siendo en este punto irrelevante que el órgano o funcionario haya actuado

violando el derecho interno, de donde resulta que, en materia de responsabilidad internacional, la imputación al Estado de los hechos ilícitos de sus agentes se rige por las reglas del derecho internacional y no por las del derecho interno.¹⁶

Asimismo, se establece la obligación del Estado de garantizar a toda persona el libre ejercicio de sus derechos con todos los medios a su alcance, de donde resulta que toda persona debe disponer de medios judiciales sencillos y eficaces para la protección de sus derechos. Con base en esta obligación, las violaciones a los derechos reconocidos en las convenciones deben ser reputadas como ilícitas por el derecho interno. Es decir, a pesar que de manera inicial la jurisdicción internacional valorará el ilícito internacional con base en su propia normativa, es claro que los sistemas nacionales deberán contemplar y actuar con eficacia para solventar la violación, si ésta se ha comprobado, porque en caso contrario se incurrirá en responsabilidad internacional del Estado.

De esta manera, y con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, se impone a los Estados básicamente el siguiente conjunto de deberes:

1. Organizar los poderes públicos y el sistema jurídico interno para la protección de los derechos.
2. Prohibir la utilización de la función pública como medio para lesionar los derechos.
3. Establecer mecanismos judiciales apropiados y eficaces para la protección de los derechos humanos.
4. Investigar toda situación donde pueda configurarse la violación de derechos humanos.
5. Calificar de ilícita toda violación de los derechos humanos debidamente comprobada.
6. Restablecer la situación jurídica infringida.
7. Sancionar a los autores de la transgresión.
8. Adoptar medidas que contribuyan a prevenir la repetición de hechos semejantes.

Esta serie de obligaciones, asumidas con base en los derechos que los Estados se han comprometido a garantizar y respetar, y el contenido exacto de los tratados o convenciones generales y específicas sobre derechos humanos que han sido promulgadas y contraídas, es claro que introducen la temática de la aplicación del derecho internacional en las jurisdicciones internas de los Estados miembros, y es aquí donde se aprecia entonces uno de los ámbitos de aquel carácter de progresividad referido párrafos atrás.

En complemento al art. 1º de la Convención, el art. 2º refiere que los Estados deberán adoptar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Se visualiza aquí cómo la Convención ha transferido y conferido a los Estados la obligación de un ejercicio proactivo para el cumplimiento de aquella obligación genérica de respetar y garantizar, y cómo esta obligación genérica de respetar y garantizar trasciende sin duda alguna al ámbito interno de los países a través de medidas legislativas o, mejor aún, de otro carácter, con lo cual se abren las puertas para toda acción positiva tendente a la protección de los derechos humanos.

En otras palabras, pero en idéntico sentido, se aprecia cómo la configuración de una jurisdicción internacional especializada para la protección de los derechos humanos confiere y devuelve al ámbito interno la obligación de hacer respetar y garantizar por todos los medios apropiados los derechos humanos. Es decir, la jurisdicción internacional nace confiriendo obligaciones directas a ser cumplidas en el ámbito nacional.

El derecho internacional de los derechos humanos se visualiza de esta forma como un ordenamiento que brinda impulso a los sistemas nacionales, de tal forma que son los propios Estados quienes deben verificar en primera instancia el cumplimiento de los compromisos – normas – de origen internacional. Para ello, los Estados deben preocuparse de dar efectivo cumplimiento a estas obligaciones anteriormente reseñadas, de proveer los medios necesarios para el cumplimiento de sus objetivos, de donde resulta que la obtención de los objetivos jurídicos internacionales descansa y reside en el ámbito de las competencias nacionales.¹⁷

En este contexto, las jurisdicciones nacionales aparecen como garantes de la plena vigencia de los derechos humanos. Recuérdese además el desarrollo constitucional de los últimos años, donde los procesos constituyentes fueron proclives en admitir la incorporación al máximo nivel normativo interno, de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, o incluso de las interpretaciones a ellos dadas por los órganos de la jurisdicción internacional – como ejemplo, el art. 10.2 de la Constitución Española de 1978, y en el ámbito americano el art. 75.22 de la Constitución argentina –; o más aún, cuando criterios jurisprudenciales de órganos surgidos de este desarrollo constitucional, como los tribunales constitucionales, han elevado a niveles antes impensados las normas e interpretaciones sobre derechos humanos en el ámbito interno.¹⁸

Es evidente que en todo este proceso cumplen un rol preponderante las normas de origen internacional que han sido incorporadas al orden interno. De donde resulta que no deben verse como específico y particular derecho internacional a las normas sobre derechos humanos contenidas en las convenciones. Si bien es cierto tales normas sí tienen un origen internacional, al ser suscritas, aprobadas y ratificadas, pasan a formar parte del derecho interno en virtud de mandato constitucional expreso, que en la mayoría de los casos reconoce mayor valor que a la ley ordinaria, o reconocimiento jurisprudencial. De lo anterior se desprende que estas normas y sus criterios de interpretación pronunciados por la jurisdicción internacional bien pueden ser invocadas válidamente ante los tribunales nacionales, y deben ser aplicadas por estos en aquellos casos en que resulten pertinentes.

Es así como en el ámbito regional americano, el sistema de protección prevé esta posibilidad de desarrollo progresivo – prevista en el art. 2 de la Convención –, mismo desarrollo que encontró eco en los procesos de desarrollo constitucional de los últimos años, procurando fortalecer desde lo internacional la protección nacional de los derechos humanos.

En este sentido, se ha afirmado con razón que un sistema de derechos en un estado democrático debe interpretarse de tal modo que logre su completud a través de dos fuentes de retroalimentación, la interna de cada Estado y la internacional, por cuanto, como ha sido referido

y lo ha dispuesto la normativa internacional, es el ámbito del derecho interno donde los derechos deben lograr su plena efectividad, pero es con base en lo internacional donde se trazan los parámetros para su valoración.¹⁹

3.2 La Habilitación de la Jurisdicción Internacional en el Sistema Interamericano

El incumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados trae aparejada la responsabilidad internacional del Estado incumpliente, responsabilidad que es valorada y juzgada por los órganos propios del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, según ha sido referido previamente.

En el sistema interamericano, la actuación de los órganos de control reviste un carácter inicialmente subsidiario, pues su acción está prevista una vez que internamente se haya procedido al agotamiento de los recursos procedentes para subsanar una violación de derechos humanos.

El art. 46.1.a) de la Convención, al referir la actuación de la Comisión, define que su ejercicio será posible una vez que se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna provistos por el Estado respectivo, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos. La norma es más bien clara y directa, exigiendo no sólo la interposición de tales acciones, sino también que las mismas hayan sido agotadas, es decir, debidamente finalizadas.

Sin embargo, debe recordarse que las obligaciones de los Estados van desde la genérica de respetar y garantizar, hasta la progresiva de acudir a las medidas de otro carácter que permitan una efectiva protección de los derechos humanos. Es reconociendo que esta obligación de adoptar medidas consecuentes con el respeto y la garantías también puede ser violentada por los Estados, que la misma Convención se encarga igualmente de habilitar la vía internacional bajo tres supuestos especiales que resultan ser las excepciones a la definición del art. 46.1.a) reseñada líneas atrás.

Así, el acceso a la vía internacional será posible si:

1. No existe en la legislación nacional el debido proceso legal para la protección de los derechos que se alegan violentados.
2. No se haya permitido a la presunta víctima el acceso a la jurisdicción interna, o se le haya impedido agotar los recursos previstos.

Existe un retardo injustificado en la resolución final de los recursos interpuestos.²⁰

Se aprecia claramente que estas excepciones están directamente vinculadas con el pleno ejercicio de las jurisdicciones nacionales, de tal manera que si el sistema nacional para la protección de los derechos humanos presenta serias carencias en cuanto al ejercicio y efectividad de su jurisdicción, quedará entonces abierta la opción de acudir a la vía internacional en defensa de los derechos. Estas disposiciones se aplican cuando los recursos internos no pueden ser agotados porque no están disponibles ya sea por una razón legal o bien por una situación de hecho.

La interpretación dada a estas excepciones ha incidido de manera directa en la ampliación del acceso a la justicia de las presuntas víctimas, ya que se ha definido que, en tratándose de derechos fundamentales, bastará la interposición y agotamiento de recursos idóneos como el amparo o el hábeas corpus. Igualmente, que si se ha comprobado que razones de indigencia o temor en los estratos jurídico-judiciales han impedido el agotamiento de los recursos, procede el acceso directo al ámbito internacional.²¹

Particular relevancia presenta la tercera excepción mencionada, la cual refiere a la preocupante situación del retardo o mora judicial. De conformidad con esta salvedad, en aquellos casos donde el retardo judicial en dar debida solución a un conflicto planteado en sede jurisdiccional nacional sea entendido como injustificado, se habilitará el conocimiento internacional directo del caso, a más de la violación concreta alegada en el ámbito interno, igualmente por contravenir la disposición expresa del art. 8.1 de la Convención, que establece el derecho a ser escuchado judicialmente en un plazo razonable. Es de particular interés por cuanto es notoria la preocupación generalizada en los sistemas judiciales nacionales sobre la retardación de justicia,²² lo cual, de conformidad con las disposiciones convencionales citadas, puede dar

lugar al planteamiento de la responsabilidad internacional de los Estados cuando estos retardos sean valorados como injustificados. Se aprecia una vez más aquí la incidencia directa del texto internacional sobre el derecho interno, y la obligación de los Estados partes de cumplir con los preceptos de justicia pronta y cumplida establecido en el numeral 8 de la Convención Americana, y en la generalidad de los textos constitucionales de los países relacionados.

Estas disposiciones convencionales se encuentran en las previsiones para acceder al sistema interamericano en sede de la Comisión Interamericana, lo cual encuentra explicación en que el trámite ante la Comisión es preceptivamente previo al planteamiento ante la Corte. Así, posteriormente la misma Convención señala en el art. 61.2, que para que la Corte pueda conocer un caso en su competencia contenciosa, deberá haberse cumplido previamente lo preceptuado en los arts. 48 a 50 de la misma Convención, es decir, haberse cumplido todo el procedimiento ante la Comisión. De ahí la ubicación de estas normas sobre acceso a la vía jurisdiccional internacional.

En definitiva, los Estados se encuentran obligados a respetar y garantizar los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Si no lo hacen, y los recursos y medios internos no reestablecen el goce pleno y efectivo del derecho – reparando además el daño causado – se abre el camino para la invocación del proceso internacional. Es por ello que se definía al sistema como un sistema subsidiario, porque los primeros obligados son los Estados, lo subsidiario por su excepcionalidad debe ser la protección internacional, que puede entrar en ejercicio sólo al ser incumplidas las obligaciones referidas.

4. EL ANSIADO DIÁLOGO ENTRE JURISDICCIONES. ALGUNA REFERENCIA JURISPRUDENCIAL DEL ÁMBITO INTERAMERICANO

4.1 El Tránsito hacia el Ámbito Internacional: de la Separación a la Integración

El tránsito hacia la configuración de una mayor vinculación o interacción entre las jurisdicciones internacionales y las jurisdicciones

nacionales en materia de derechos humanos muestra cuatro estadios evolutivos que, por demás, resultan absolutamente concordantes también con la característica de progresividad del derecho internacional de los derechos humanos.

De tal modo, la evolución jurídica en torno a los derechos humanos a partir del siglo XX nos muestra que estos cuatro procesos pueden definirse de la siguiente forma:

4.1.1 Del Derecho Internacional Tradicional, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Debe tenerse presente que el derecho internacional tradicional, tal como era visto incluso hasta el siglo XIX, era definido como un conjunto de normas para regir las relaciones interestatales, considerando como sujetos del derecho internacional solamente a los Estados, mientras que la persona humana era entendida más como objeto del derecho internacional que como sujeto del mismo. De aquí derivaba que los Estados carecían de opciones para intervenir en las relaciones entre otro Estado y sus nacionales.

La paulatina aceptación de la doctrina de la intervención humanitaria, la debida valoración del derecho internacional humanitario,²³ y la creación de la Liga de las Naciones²⁴ aportaron un impulso singular para considerar que estas obligaciones podían ser atendidas por los Estados sin ceder soberanía nacional, preparando las bases jurídicas para el desarrollo apreciado a partir del segundo conflicto bélico mundial.

4.1.2 De la Responsabilidad de los Estados a la Responsabilidad Individual

El fuerte surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos bajo la firme intención de evitar los errores del pasado determinó que el cumplimiento de las normas de protección y los compromisos asumidos por los Estados estuvieran sujetos al control de jurisdicciones internacionales particularmente diseñadas. Como se ha referido, el primer sistema en lograr su concreción lo fue el vigente en Europa, seguido del americano con varios años de resago. En el ámbito de Naciones Unidas la creación de órganos de control se manejó a un

nivel político hasta hace muy poco, y en el sistema africano no ha logrado evolucionarse hacia el establecimiento de un órgano judicial propiamente dicho.

En los diferentes supuestos ideados y puestos en ejecución privó siempre la idea de la responsabilidad de los Estados por incumplimiento de los compromisos asumidos. Se dejaba en manos del Estado la investigación, sanción y reparación de una violación sobre derechos humanos, y sólo en el caso que el Estado no actuara de manera consecuente, se accedía a la vía internacional. Es la subsidiariedad de los sistemas, así entendida en la configuración de los sistemas de jurisdicción internacional de los sistemas europeo y americano de protección de los derechos humanos.

Si bien desde la finalización de la segunda confrontación bélica mundial, y con independencia de los tribunales de Nüremberg y Tokyo, se intentó en el ámbito universal la creación de una jurisdicción internacional que tuviera bajo control no sólo a los Estados sino particularmente a los individuos por violaciones especiales a los derechos humanos, la asignación de diversos proyectos complementarios a una igual diversidad de comisiones u órganos, terminó por aplazar una y otra vez la discusión de un instrumento internacional acorde con estas intenciones y esperar más de cincuenta años para ver plasmado en un texto normativo internacional de carácter convencional una jurisdicción internacional que juzgara también la responsabilidad individual por violaciones a ciertos derechos humanos.²⁵

La instauración de los Tribunales internacionales para juzgar los crímenes de guerra de la antigua Yugoslavia y para Ruanda, aportaron de manera decidida en la conformación de la responsabilidad individual, lo cual permitió al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional consagrarlo normativamente así de manera universal desde su art. 1º.

Quedó así configurado el paso de la responsabilidad internacional de los Estados a la responsabilidad individual por violaciones a los derechos humanos. Este importante desarrollo, en discusión desde 1946, encontró sustrato normativo en 1998, y se apresta a ser utilizado en el inminente ejercicio de la Corte Penal Internacional.

4.1.3 De la Subsidiariedad a la Complementariedad

El Estatuto de Roma resultó un decidido impulso al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. Además de la evolución mostrada al consagrar y permitir el control sobre la responsabilidad individual, el Estatuto logró incorporar un significativo avance en cuanto a la temática de la subsidiariedad de las jurisdicciones internacionales.

Tal como se ha reseñado, los sistemas europeo y americano confieren a la jurisdicción internacional en ellos creada un carácter subsidiario, bajo el entendido que el primer obligado y el primer llamado a respetar y garantizar los derechos humanos es el Estado mismo. El Estatuto no limita la responsabilidad primaria del Estado de hacer prevalecer la justicia, de facilitar el acceso a la verdad y justicia a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Pero va más allá y establece el principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional, definido en el art. 1º del Estatuto, bajo el cual la jurisdicción penal internacional funcionará sólo en el caso que el Estado parte no pueda o no quiera realizar las actividades judiciales tendentes a la efectiva resolución del conflicto planteado. Es decir, la Corte sólo intervendrá cuando por falta de voluntad política o por imposibilidad material los Estados no puedan cumplir con su obligación principal. Este carácter de complementariedad se refleja acertadamente cuando se refieren las circunstancias por las cuales la Corte puede declarar la inadmisibilidad de casos de conformidad con lo definido y establecido en el art. 17 del Estatuto.

Es decir, el Estatuto no rompe con el principio de “primer obligado el Estado”, pero no define la jurisdicción de su tribunal como subsidiaria sino como complementaria de las jurisdicciones nacionales.

La trascendencia jurídica de esta formulación se aprecia si se atiende a los conceptos específicos. Por subsidiariedad se entiende la acción o responsabilidad que suple o robustece a una principal,²⁶ en este caso, al no cumplir la jurisdicción nacional ésta se ve suplida por la jurisdicción internacional. Por el contrario, por complementariedad se atiende a aquella circunstancia que sirve para perfeccionar

alguna cosa,²⁷ con lo cual se entiende que la jurisdicción internacional prevista en el Estatuto de Roma perfecciona de algún modo las jurisdicciones nacionales.

En este sentido, los recientes desarrollos normativos tienden a abandonar la idea de la subsidiariedad y asumir la de complementariedad, lo cual significa que las jurisdicciones internacionales si bien están para brindar una mayor protección a los derechos humanos, su carácter debe ser en atención a la perfección del sistema de protección, o dicho de otro modo, la existencia y ejercicio de la jurisdicción internacional no se presenta en demérito de la jurisdicción nacional, sino como la vía para lograr una perfección de la protección a través de la integración o completud del sistema de protección.

Se aprecia entonces que el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos no está exclusivamente vinculado a su evolución internacional, pues la subsidiariedad pronunciada lleva a la necesaria complementariedad entre la protección internacional y la protección – aplicación – nacional de los derechos humanos,²⁸ y de aquí a la génesis de los nuevos paradigmas.

4.1.4 De la Complementariedad a la Integración

El avance del derecho internacional de los derechos humanos de la formulación de la subsidiariedad a la formulación de la complementariedad importa entonces la complementariedad entre la protección internacional y la protección nacional de los derechos humanos, lo que equivale a manifestar que el derecho internacional de los derechos humanos presenta dos aristas: la perspectiva nacional y la internacional. De tal manera, mientras el ámbito internacional traza los parámetros de formulación y aplicación general,²⁹ en su dimensión nacional la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos requiere una positiva retroalimentación con el derecho interno, específicamente con el derecho constitucional, y, en consecuencia, con la jurisdicción nacional.

Esta necesidad de atención de la perspectiva internacional hacia la nacional de los derechos humanos conduce directamente a la relación entre las jurisdicciones internacionales y

las internacionales, ya que la perfección o completud de la protección de los derechos humanos pretendida a través de la complementariedad sólo será posible mediante el mutuo reconocimiento de los avances logrados y las actuaciones realizadas.

Por ello, puede afirmarse que acudimos en la actualidad a la formulación de un nuevo avance en materia de protección de los derechos humanos, la búsqueda de la integración y de la completud de los sistemas de protección, a través de una estrecha relación de atención e intercambio entre las jurisdicciones nacionales y las internacionales.

Dado que la perspectiva internacional encuentra su puerta de entrada en las previsiones constitucionales, será la jurisdicción constitucional de los Estados la encomendada para generar el intercambio necesario para esta completud del sistema de protección. No debe pasar desapercibida la configuración de mínimos propia del derecho internacional, por lo que corresponde bajo esta posición al derecho nacional el oportuno desarrollo de esos mínimos garantistas. Se encuentra aquí ya una advertencia preliminar de que este diálogo, más que posible, es necesario.

4.2. La Trascendencia y las Muestras del Diálogo

4.2.1 La Trascendencia

El desarrollo de procesos de reforma constitucional de los años recientes, tal como se ha referido, trajo consigo la expresa atención sobre la normativa internacional de derechos humanos, fuera ya de manera directa, o bien indirecta mediante el establecimiento o redefinición de los institutos nacionales propios de la justicia y la jurisdicción constitucional y el impulso por ellos acordado.

Es natural que así sucediera, por cuanto al incorporarse al texto constitucional, y ser el derecho constitucional el primer receptor de las normas de origen internacional, en el ámbito nacional corresponde entonces a la jurisdicción constitucional realizar los pronunciamientos que viabilizarán este intercambio entre jurisdicciones. De donde resulta que, en primera instancia, esta necesidad de interacción entre la jurisdicción internacional y la nacional se muestra de manera

más específica y propia en la interacción o intercambio entre la jurisdicción internacional y la jurisdicción constitucional de los Estados.

En cuanto a la formulación normativa en el ámbito del texto constitucional, la doctrina ha admitido que la Constitución puede venir limitada por los mandatos propios del derecho internacional, y que, por tanto, bien puede remitirse a estas normas que se consideran indisponibles para que ellas señalen la vía para la adopción de normas concretas aplicables también en los procedimientos internos,³⁰ llegándose incluso a afirmar que no existe más que un solo ordenamiento con dos tipos de normas: las nacionales y las de origen internacional.

De tal forma, los órganos nacionales pretenderán interpretar las normas de manera consecuente con los preceptos definidos por la jurisdicción internacional, por cuanto de no hacerse así podría violentarse las obligaciones internacionales asumidas por el Estado, lo cual dará como resultado inevitable que la jurisprudencia de los órganos internacionales influya cada vez más en los resultados de los procesos internos.³¹

La recepción que los tribunales nacionales hacen de las decisiones internacionales puede ser en un doble sentido:

- ✓ Sea para analizar la jurisprudencia internacional para determinar si existe alguna norma específica a considerar en casos particulares que deban resolverse.
- ✓ Sea para analizar la interpretación que ha recibido determinada norma en la jurisprudencia internacional y aplicarla en consecuencia.

Sobre el particular, se ha dicho que esta posibilidad de que los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente se interpreten de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos, bien admite reputarse implícita en toda Constitución democrática que, incluso, no la enuncie explícitamente,³² por lo que así será con mayor razón en aquellos ordenamientos nacionales donde la Constitución así lo prevea de manera expresa.

De forma tal, los órganos de la jurisdicción nacional al prestar atención a las interpretaciones y a las normas mismas del

ámbito internacional, estarán fomentando y trasladando este acervo al ámbito nacional a través de los casos que así deban resolver, con lo cual se permitirá una acción mediatizada de los órganos internacionales sobre los procesos nacionales, acción facilitada en todo momento por los mismos órganos nacionales de protección.

Por su parte, estando habilitada la opción de acudir al sistema internacional cuando se considere que internamente no se ha logrado solución al conflicto planteado, los tribunales internacionales deberán recibir las actuaciones de los órganos nacionales y evaluar la aplicación que se ha hecho de los instrumentos internacionales.³³ Aquí debe señalarse, como recordatorio, que en principio la jurisdicción internacional fue diseñada y establecida para valorar violaciones a los instrumentos convencionales que reconocen los derechos humanos, no necesariamente sobre las aplicaciones nacionales específicas ni violaciones al derecho interno. Sin embargo, el desarrollo del derecho constitucional y el tránsito del carácter subsidiario a complementario de la jurisdicción constitucional – aspectos ya reseñados –, habilitan que en sede internacional pueda resultar posible la valoración que en sede nacional se ha hecho de los instrumentos internacionales.

Más aún, en aquellos casos donde constitucionalmente se haya previsto la atención, respeto e incorporación de normas y criterios de interpretación de origen internacional – y, siguiendo a Bidart, incluso cuando no exista disposición expresa en ese sentido –, al momento de acceder a sede internacional un conflicto resuelto domésticamente, el órgano internacional, al valorar la aplicación del instrumento internacional, estará igualmente pronunciándose de alguna manera sobre la normatividad y aplicación operada en el ámbito nacional.

De lo anterior resulta que, si la jurisdicción constitucional es la primera llamada a interactuar con el sistema internacional, al resolver este podrá incidir en materia inicialmente propia de esta jurisdicción – la aplicación del derecho constitucional y la protección de los derechos y libertades fundamentales reconocidos constitucionalmente –, con lo que se inicia a vislumbrar una trascendencia hasta hace poco insospechada de la

jurisdicción internacional sobre derechos humanos, la de actuar como un órgano ya no internacional, sino supranacional de protección de los derechos humanos, o, como se le ha querido ir denominando, en una especie de tribunal constitucional internacional. En el ámbito interamericano esto es aún más posible si atendemos a la competencia consultiva de la Corte Interamericana y al uso y desarrollo que de la misma se ha hecho, en evidente contraste con el sistema europeo.³⁴

De tal forma, se apreciaría la existencia de un naciente paradigma, representado ahora en el tránsito de la jurisdicción internacional tradicional a la jurisdicción integrada para la protección de los derechos humanos, que no es sino un estado más avanzado del ya referido paradigma del tránsito de la subsidiariedad a la complementariedad.

En este sentido, el fortalecimiento de la jurisdicción internacional estaría centrado en el equivalente fortalecimiento de la jurisdicción nacional, pues en la medida que internamente se observe, atienda y aplique la normativa y la interpretación de los órganos internacionales, y estas resoluciones internas puedan acceder como casos individuales a la jurisdicción internacional, esta tendrá oportunidad de realizar y pronunciar planteamientos concretos que tendrán vigencia más allá del espectro internacional primigenio de su actuación, trascendiendo por este camino de doble vía también al ámbito nacional.

De ahí que se pueda afirmar que un desafío absolutamente vigente y en marcha para el fortalecimiento de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos es, en sí mismo, el fortalecimiento de la jurisdicción nacional de protección de los derechos fundamentales.

4.2.2 Algunos Ejemplos Clarificadores del Ámbito Interamericano

La interactuación pretendida entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción internacional sobre derechos humanos en el ámbito interamericano, a más de las definiciones normativas expresadas en las constituciones recientes, encuentra base en las mutuas referencias que puedan realizarse sobre sus pronunciamientos en una y otra jurisdicción, bien

por la transcripción de razonamientos de sus sentencias, bien por la definición de casos con base en la normativa de origen internacional en correspondencia con la nacional.

En todo caso, se advierte que esta comunicación ha encontrado algunos obstáculos para trascender de lo jurídico a lo fáctico, es decir, que esta comunicación se ha centrado más en aspectos jurídicos que en la apreciación de los hechos, lo cual puede encontrar explicación en razón de que a la Corte Interamericana han continuado llegando casos sobre los así considerados como derechos básicos.³⁵ De ahí entonces la importancia de la competencia consultiva de la Corte para el establecimiento de esta comunicación, pues es a través de ella que la Corte pronuncia sus criterios eminentemente jurídicos y establece de manera concreta pautas de interpretación sobre los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales, sin dejar, por ello que en el ejercicio de su competencia contenciosa igualmente pueda pronunciar y dirigir recomendaciones claras sobre aspectos que pueden ser de consideración por las jurisdicciones nacionales.

Bajo estos supuestos, resulta recomendable atender algunos ejemplos que puedan clarificar la situación en estos sentidos.

4.2.2.1 Desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos

a. Opinión Consultiva OC-8 / 87, de 30 de Enero de 1987

La OC-8/87, bajo el título de “El hábeas corpus bajo suspensión de garantías”, ante consulta formulada por la Comisión Interamericana, refiere a las garantías contenidas en el art. 27.2 de la Convención Americana y la incompatibilidad de su suspensión en situaciones de emergencia, lo cual puede ocasionar el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados.

Lejos de realizar un análisis profuso de los contenidos de esta opinión consultiva, lo que amerita es destacar cómo en su pronunciamiento la Corte Interamericana acude en su apoyo a una definición nacional dictada por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de la

República Argentina en abril de 1977, incluso antes de la vigencia de la propia Convención Americana – y con ella de la Corte –, no sólo refiriéndola sino incluso transcribiéndola.

En el párrafo 40 de la opinión, la Corte señala que en un Estado democrático es absolutamente procedente el control judicial de legitimidad de la adopción de una suspensión de garantías, y cita posteriormente en su apoyo esta resolución nacional. Los párrafos 40 a 42 son clarificadores de esta recepción del pronunciamiento nacional, y en lo conducente expresan:

“40.(...) es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el hábeas corpus adquiere una nueva dimensión fundamental.

41. Cabe citar, al respecto, el fallo dictado en abril de 1977, en el caso número 1980, por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de la República Argentina, acogiendo un recurso de hábeas corpus

(...)

42. Los razonamientos anteriores llevan a la conclusión de que los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el art. 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.”³⁶

Se aprecia entonces que, a más de citar en apoyo el texto de la sentencia nacional, la Corte Interamericana utiliza sus razonamientos para concluir, como lo hace en el párrafo 42, la procedencia de la insusceptibilidad de las garantías que, como el hábeas corpus, son medios idóneos para la protección de los

derechos definidos en el párrafo segundo del art. 27 de la Convención. Este recurso a la jurisdicción nacional es aún más notable si se aprecia que la sentencia nacional a que se acude fue pronunciada incluso con anterioridad a la entrada en funcionamiento de la misma Corte Interamericana, y dictada diez años antes que la Opinión Consultiva a la que informa.

b. Caso Neira Alegría contra Perú, Sentencia de 19 de Enero de 1995

En el caso Neira Alegría se aprecia también el recurso de la Corte a las sentencias de la jurisdicción nacional incluso en la aplicación de su competencia contenciosa. En este caso se resuelven temas sobre el derecho a la vida, el derecho a la libertad personal, la efectividad de las garantías judiciales y la obligación de respetar los derechos incluso adoptando disposiciones de derecho interno.

En la sentencia de este caso, la Corte Interamericana nuevamente transcribe el pronunciamiento de un órgano nacional, el Tribunal de Garantías Constitucionales del Perú, que adoptaba sus resoluciones por mayoría calificada de cinco votos sobre siete integrantes. En lo pertinente, dice la Corte:

“81. Esta Corte considera útil destacar que la sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales se apoyó en una votación de cuatro magistrados por la concesión de la casación solicitada y dos por la negativa de la nulidad. En tal virtud, si bien no se alcanzó el mínimo de cinco votos conformes, el voto singular de los cuatro magistrados representa el criterio mayoritario del Tribunal, en cuya parte conducente se afirmó: “que si bien es cierto que tal situación no configura la figura jurídica del secuestro, lleva a la conclusión de que el juez debió agotar la investigación respecto de la vida y paradero de las personas en favor de quienes se ejercita la acción” del hábeas corpus, por lo que, en concepto de dichos magistrados, era procedente la casación del fallo de la Corte Suprema. De haberse concedido la casación, la intervención de la justicia militar no habría

impedido la tramitación del hábeas corpus.”³⁷

De tal forma, la Corte no sólo transcribe parte del pronunciamiento nacional, sino que parece acuerpar la decisión del criterio de mayoría, el cual, por razones de orden legal para la adopción de las resoluciones en la jurisdicción interna, no pudo ser adoptado como solución final a la controversia planteada, lo que hubiera permitido eventualmente que el caso fuera resuelto en sede nacional, evitando la trascendencia hacia la jurisdicción internacional.

c. Caso Genie Lacayo contra Nicaragua, Sentencia de 29 de Enero de 1997

En otro caso contencioso, la Corte aclara que no es un órgano de alzada, apelación o casación sobre lo resuelto nacionalmente, reafirmando que es a la jurisdicción nacional a quien corresponde subsanar violaciones en el ámbito interno. Específicamente dijo la Corte:

“94. ...de acuerdo con el derecho internacional general, la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede, en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención (...) pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, lo que corresponde hacer (...) a la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua al resolver el recurso de casación que se encuentra pendiente.”³⁸

Esta resolución, que de entrada parece contradictoria con la tesis que se expone, no lo es tanto. Si bien la Corte es clara en reafirmar el principio de subsidiaridad de la jurisdicción internacional interamericana sobre derechos humanos con respecto a las jurisdicciones nacionales, no puede pasar desapercibido el hecho de que la Corte señala de manera directa cuáles son los deberes específicos de la jurisdicción nacional, en este caso expresando que es al sistema judicial nacional a quien corresponde la investigación y el subsanamiento de las violaciones.

Sin entrar en pormenores del caso, baste con referir que este asunto fue presentado ante la jurisdicción internacional alegando la obstaculización de las autoridades a la investigación judicial y una demora más allá de lo razonable en el cumplimiento del proceso, violaciones ambas constatadas y así declaradas por la Corte Interamericana, por lo cual resulta consecuente que en este caso la Corte refiera el mandato expreso para el sistema judicial nacional de llevar adelante la investigación y de pronunciar la reparación o subsanación de los hechos. Esto, que es una obligación asumida por el Estado al firmar y ratificar la Convención, es recordado por la Corte de manera expresa y puntual, con lo cual está dirigiéndose concretamente al sistema nacional de protección de los derechos humanos, reiterándoles, ahora jurisprudencialmente – ya lo había sido normativamente – cuáles son sus obligaciones específicas de acuerdo a las obligaciones generales asumidas de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.

4.2.2.2 Desde los Sistemas Nacionales

Se ha referido cómo el desarrollo constitucional moderno produjo la modificación de textos constitucionales para incorporar referencias expresas a la normativa internacional sobre derechos humanos, o cómo habiéndose operado modificaciones orgánico-estructurales para la protección de los derechos fundamentales se propició el remozamiento de los textos constitucionales en similar sentido. Como ejemplos preliminares se acudió a los sistemas nacionales de Argentina y Costa Rica, respectivamente. Sin entrar a estudios pormenorizados, muestras más concretas de esta actuación se verán en los casos reseñados a continuación.

a. Caso Ekmekdjian contra Sofovich, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación – Argentina – , de 7 de Julio de 1992

La reforma que introdujo la enumeración de ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el texto constitucional se produjo en 1994. A partir de ella, en el inciso 22 del art. 75 se aprecia un listado de estos instrumentos.

Sin embargo, previamente, la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, mediante sentencia del caso Ekmekdjian contra Sofovich, de 7 de julio de 1992, al resolver una controversia sobre la vigencia y aplicabilidad del derecho de rectificación y respuesta, había resuelto que la interpretación que de la Convención Americana se haga en sede nacional debe necesariamente guiarse por la jurisprudencia de la propia Corte Interamericana. Esta primera idea señala ya la importancia y reconocimiento que la jurisdicción nacional hace y debe hacer de los pronunciamientos internacionales, con lo cual la permeabilidad del sistema nacional resulta evidente.

Pero más allá de este reconocimiento, la Corte Suprema argentina procede a la aplicación concreta y directa de una resolución específica de la Corte Interamericana, acudiendo a ella como uno de los fundamentos básicos de su propia resolución nacional. La Corte Suprema acude y cita expresamente la opinión vertida por la Corte Interamericana en la OC-7/86, precisamente denominada “Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta”, para concluir que con base en los lineamientos dispuestos por el órgano internacional bien puede ella, la Corte Suprema, a través de sus sentencias, determinar en el ámbito nacional las características con que podrá ejercerse internamente el derecho de rectificación o respuesta ya reconocido por la Convención Americana.

A modo clarificador, el texto de referencia dice así:

- 21) Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (...)
- 22) Que en dicha opinión consultiva la Corte Interamericana sostuvo que “todo Estado parte que no haya ya garantizado el libre y pleno ejercicio del derecho de rectificación o respuesta está en la obligación de lograr ese resultado, sea por medio de legislación o cualesquiera otras medidas que fueren necesarias según su ordenamiento jurídico interno para cumplir ese fin.”

(...)

Esta Corte considera que entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir el fin del pacto deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales. En este sentido, puede el tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto.”³⁹

Diversas son las conclusiones que la doctrina ha visto en este fallo, el cual ha llegado a considerarse más que un *leading case* un punto de inflexión.⁴⁰ Se ha dicho que a partir de él se reconoce la operatividad y autoejecutabilidad de los tratados sobre derechos humanos, y, especialmente, que cuando estuviera en riesgo la responsabilidad internacional del Estado la jurisdicción nacional no puede ignorar el papel que debe desempeñar como garante del accionar legítimo del Estado.⁴¹ Como se aprecia, esta conclusión está en perfecta consonancia con el señalamiento dado años después por la Corte Interamericana en el caso Genie Lacayo.

Para efectos de este comentario, resulta indudable el aporte que esta resolución nacional presenta de cómo puede la jurisdicción internacional estar atenta y con los vasos comunicantes dispuestos para permitir la interacción con la jurisdicción internacional. El caso Ekmekdjian es una clara muestra de que la jurisdicción nacional, además de poder y tener que ser receptiva de la normatividad internacional, también lo puede y debe ser de los pronunciamientos de la jurisdicción internacional sobre la materia.

b. Caso Gioldi, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación – Argentina – , de 7 de Abril de 1995

Concretada la reforma constitucional de 1994, por la cual se acordó jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, la Corte argentina reafirmó la obligatoriedad de regir sus interpretaciones de conformidad con lo establecido por la Corte Interamericana. Así, en el caso Gioldi, mediante sentencia de 7 de abril de 1995, sostuvo la Corte que:

“11)...la ya recordada jerarquía constitucional de la Convención Americana (...) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones expresas de su vigencia" (...) esto es,

tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes (...).

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales...”⁴²

Pero nuevamente la trascendencia va más allá de la definición de esta obligación de atención a la jurisprudencia y la normatividad internacional, por cuanto en este caso la Corte concluyó declarando la inconstitucionalidad de una norma por ser contraria a la disposición del párrafo segundo del art. 8 de la Convención Americana, enmendando así lo actuado por el órgano de instancia. Para tal fin, la máxima instancia de la jurisdicción nacional hace uso también de un pronunciamiento previo de la Corte Interamericana, pues cita la opinión consultiva OC-11/90, aunque se ha dicho que más apropiado hubiese resultado la cita de la opinión consultiva OC-12/91, especialmente referida al art. 8.2 de la Convención Americana.⁴³

De tal forma, a través de esta resolución de la jurisdicción nacional, en reconocimiento de las obligaciones asumidas por los Estados, lo cual, asociado a la modificación constitucional operada, más la actividad judicial interna, se convirtió a la Convención Americana en un parámetro de constitucionalidad adicional, con lo que el texto internacional, pero especialmente la jurisprudencia interpretativa y aplicativa del mismo en el ámbito internacional, adquiere una influencia absolutamente directa en el ámbito nacional.⁴⁴

c. La Definición del Derecho de la Constitución y los Parámetros de Constitucionalidad en el Sistema Costarricense

En Costa Rica, la reforma parcial de la Constitución de 1989 introdujo un órgano especializado de jurisdicción constitucional al interno de la Corte Suprema de Justicia, órgano que además ejerce la jurisdicción de manera absolutamente concentrada.⁴⁵ Asimismo, amplió el catálogo de derechos, al definir que toda persona tendrá las garantías del amparo y del hábeas corpus para proteger el goce de los

derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.⁴⁶ Sin embargo, esta reforma no modificó el art. 7 constitucional, el cual define con precisión textual que los tratados tendrán una jerarquía superior a la legislación ordinaria pero inferior a la Constitución Política.

Sin embargo, en su gestión jurisdiccional, la propia Sala Constitucional ha interpretado y actualizado aquella reforma constitucional al punto de reconocer y aplicar de manera contundente lo que ha dado en llamar el Derecho de la Constitución, como todo un elaborado conjunto normativo y jurisprudencial que trasciende con holgura los límites del tradicional derecho constitucional. Para ello, la Sala definió inicialmente que los principios establecidos en los convenios internacionales sobre derechos humanos son valores superiores del estado social de derecho vigente.⁴⁷ Más adelante, la Sala refirió a la complementariedad de los instrumentos internacionales, que al haberse integrado al ordenamiento por la vía constitucional, lo complementan necesariamente.⁴⁸

En este punto se aprecia cómo la Sala ya había pronunciado la práctica equiparación de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos con la misma norma constitucional, considerando la carga principal que se había introducido en el texto constitucional con la reforma ya no tanto del art. 10 – que establecía la jurisdicción constitucionales –, sino del art. 48 – sobre los parámetros de las acciones de amparo y hábeas corpus –. De ahí que refiera su carácter complementario en cuanto se favorezca a la persona.

Estas afirmaciones sentadas por la Sala determinaron un mayor avance jurisprudencial para posibilitar una más efectiva protección de los derechos fundamentales, a través de una actualización contundente del texto constitucional utilizando técnicas de interpretación jurídica de carácter integrador sobre el mismo, al punto de llegar a manifestar que:

“...en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplicará lo dispuesto por el art. 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos,

otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, **los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución.**”⁴⁹ (el resaltado no es del original)

De esta forma, la Sala estableció, entre otras conclusiones, que aquella reforma constitucional referida había modificado de manera tácita el art. 7 en cuanto a la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos, y que a partir de ese momento, y en todo aquello en que los instrumentos internacionales brindaran mayor protección a la persona, la Constitución Política de Costa Rica se encontraba en una posición de subordinación con respecto a aquellos.

En este sentido, la Sala perfiló el llamado Derecho de la Constitución, así:

“[el] Derecho de la Constitución como un todo, el cual comprende no sólo las normas, sino también, y **principalmente**, si se quiere, los principios y valores de la Constitución y del Derecho Internacional y Comunitario aplicables, **particularmente del Derecho de los Derechos Humanos**, lo cual obliga a mirar más allá de los textos, en busca de su sentido, de su armonía contextual, de la racionalidad y razonabilidad del propio Derecho de la Constitución (...) **todos los cuales son parámetros de constitucionalidad** (...) sólo para determinar si han sido o no excedidos los límites de tolerancia más allá de los cuales se cae en la inconstitucionalidad.”⁵⁰ (los resaltados no son del original)

Así, se configuran plenamente como parámetros de constitucionalidad también a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluidas las declaraciones e incluso otros instrumentos internacionales,⁵¹ debido a que la introducción de la carga de valores y principios así incorporados al ordenamiento mediante el Derecho de la Constitución daba

cabida también a otros textos con diferente fuerza normativa, llegando la Sala a afirmar que:

“...la reforma introducida al art. 48 de la Constitución (...) amplió el catálogo de derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos por la Jurisdicción Constitucional (...) también a los derechos reconocidos en los **instrumentos – no sólo tratados – internacionales** sobre derechos humanos aplicables en la República; ampliando así el conjunto de fuentes normativas de los derechos fundamentales...”⁵² (el resaltado no es del original)

El proceso realizado por la Sala Constitucional para integrar debidamente la protección de los derechos fundamentales en el ámbito interno, de acuerdo a las directrices propias del derecho internacional de los derechos humanos, se explica muy claramente en palabras de la propia Sala, al decir que:

“Se hace más que notorio que la Sala Constitucional no solamente declara violaciones a derechos constitucionales, sino a todo el universo de derechos fundamentales contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el país.”⁵³

De esta forma, la intención decidida del órgano de jurisdicción constitucional en Costa Rica de establecer una profusa protección de los derechos fundamentales le llevó a realizar una labor interpretativa audaz que dio como resultado la ampliación de los parámetros de constitucionalidad de acuerdo a la definición acordada al derecho de la Constitución, pero principalmente le llevó a definir la interacción necesaria y conveniente con el sistema internacional, dando cabida a las normas con este origen, y luego atendiendo y aplicando las manifestaciones de la jurisdicción internacional sobre la materia.

d. Colegiación Obligatoria de Periodistas. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia – Costa Rica –, Sentencia 2313-95, de 9 de Mayo de 1995

Esta sentencia ha sido ya citada para ejemplificar la jerarquía de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el derecho costarricense. Sin embargo, este mismo

pronunciamiento contiene elementos claves para comprender el alcance de este intercambio o interacción promovido por la Sala Constitucional, en similar sentido al ya reseñado sobre la Argentina.

Este asunto versa sobre la alegada inconstitucionalidad de la colegiación obligatoria para el ejercicio profesional del periodismo. Previamente – diez años atrás – pero sin relación alguna con este caso, el Estado costarricense había elevado consulta ante la Corte Interamericana sobre el alcance de los arts. 13 y 29 de la Convención, precisamente los que refieren a la libertad de expresión y normas de interpretación, respectivamente.

En la solución de la inconstitucionalidad planteada, la Sala expresamente reconoce el valor de esta opinión consultiva OC-5/85, la cual conecta con la previa opinión de la OC-3/83, para manifestar que:

“...debe advertirse que si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá – de principio – el mismo valor de la norma interpretada. No solamente valor ético o científico (...)

(...)

...la decisión recaída, contenida en la Opinión Consultiva OC-5-85, obligó a Costa Rica, de manera que no podía mantenerse una colegiatura – obligatoria – para toda persona dedicada a buscar y divulgar información de cualquier índole.

(...)

...[la OC-5-85]...no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Concluir en lo contrario conduce ciertamente a la burla de todo propósito normativo ya no sólo de la Convención, sino del órgano por ella

dispuesto para su aplicación e interpretación.”⁵⁴

Difícilmente se puede ser más claro en cuanto al valor acordado y el grado de intercambio entre ambos sistemas generado por esta resolución, al punto que llega a admitirse como natural el enjuiciamiento de leyes nacionales a la luz de la normativa internacional, en absoluta sintonía con lo referido en cuanto al derecho de la constitución. Así, concluye la Sala que:

“...el reconocimiento por la Sala Constitucional de la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, en la forma en que la interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-5-85, resulta natural y absolutamente consecuente con su amplia competencia.”⁵⁵

e. La Integración e Influencia de Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos en el Ámbito Costarricense. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Se ha referido el preponderante rol de las jurisdicciones nacionales en cuanto a las posibilidades de interacción entre los sistemas, pues son éstas – las jurisdicciones nacionales – las que finalmente acordarán el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, sea mediante la atención a la normativa, o mediante la atención a la jurisprudencia de los órganos internacionales.

En un contexto donde la humanidad se apresta a conocer el funcionamiento de una jurisdicción penal de carácter universal, resulta especialmente ilustrador referir dos actuaciones puntuales en torno a este intercambio entre sistemas, mismo que dará base para un mejor intercambio entre jurisdicciones.

Se ha mencionado también las amplias competencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, siendo una de las cuales las de conocer, bajo la modalidad de consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por la Asamblea Legislativa, de la conformidad constitucional de

los tratados internacionales a ratificarse. Conociendo los antecedentes ya mencionados en torno al derecho de la Constitución, parecería ocioso recalcar en este acápite, pero debido a su trascendencia para la protección de los derechos humanos considero de especial interés a los fines de este estudio al menos mencionar estos ejemplos particulares.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 20 de septiembre de 1996, define la imprescriptibilidad de la acción penal, mientras que con base en el texto constitucional costarricense, si bien no se ocupa expresamente de la materia, bien podría argumentarse que la prescripción de la acción penal constituye parte integrante del debido proceso. La Sala argumenta que a pesar de esta posibilidad, por demás válida, debido a que la Convención refiere a delitos de lesa humanidad, donde por lo general el Estado o algún sector con él relacionado está involucrado en la acción delictiva, es igualmente válido que tales delitos reciban este tratamiento en cuanto a la posibilidad de su persecución penal.⁵⁶

Más ilustrador aún resulta el conocimiento del Estatuto de la Corte Penal Internacional. El Estatuto contiene, al menos, tres elementos que podrían ser contradictorios con el ordenamiento constitucional costarricense: la entrega de personas, por cuanto la Constitución define la imposibilidad de compeler a nacionales a abandonar el territorio nacional; la superación de las inmunidades, pues el texto constitucional confiere inmunidad a los miembros de los supremos poderes; y la aplicación de pena a perpetuidad, posibilidad también vedada por la Constitución.

Sobre la garantía de los nacionales de no ser compelidos a abandonar el territorio nacional, la Sala expresó que su correcto sentido no podía impedir los efectos de una protección o reivindicación de los derechos humanos como la prevista por el Estatuto de Roma,⁵⁷ para terminar definiendo que:

“...el sentido correcto del art. 32 es el de una garantía limitada, no absoluta; que sus alcances han de determinarse teniendo en cuenta lo que es razonable y proporcionado a los fines a cuyo servicio esta garantía está; y que, en el espíritu de la Constitución, su reconocimiento es compatible con modalidades, medios o

instrumentos todavía novedosos, cada vez más evolucionados y perfeccionados, de garantía de los derechos humanos. Al desarrollo de este nuevo orden internacional de protección de derechos no se opone la Constitución; por el contrario, lo propone (véase, por ejemplo, el art. 48).⁵⁸

En lo concerniente a las inmunidades, la Sala definió que las mismas no podrían ser sobrevaloradas al punto de impedir la acción de la Corte Penal Internacional, ya que de lo contrario se estaría atentando contra la protección efectiva de los derechos humanos.⁵⁹

En la resolución específica sobre la posible incompatibilidad con la aplicación de penas perpetuas, es donde se muestra el avance dado a la integración a raíz de la formulación jurisprudencial nacional del derecho de la Constitución, pues este concepto adoptado por la Sala permite un mayor intercambio tanto con la normativa como con la jurisprudencia internacional. Haciendo uso de este concepto englobador del Derecho de la Constitución, la Sala integra en una acción de doble vía los textos estatutario y constitucional, haciéndolos coincidir en un plexo hermenéutico favorecedor de la protección de los derechos humanos.

Es decir, utilizando la integración del art. 40 constitucional – que impide la imposición de penas perpetuas – con los artículos estatutarios 77, 78 y 80 – que refieren las posibilidades de aplicación de las penas, la Sala llega a afirmar que:

“En este sentido, considera la Sala que la inconstitucionalidad apuntada en los numerales 77 y 78 del Estatuto se vería subsanada en la medida en que (...) el procedimiento (...) para las penas se encuentra supeditado, en su interpretación y aplicación, a lo dispuesto por nuestra Constitución Política y por su desarrollo a través de la legislación nacional y en consecuencia, ese procedimiento debe ceder frente al sistema costarricense con lo cual, si nuestro Ordenamiento Jurídico Constitucional no establece la pena perpetua, no sería posible su aplicación.”⁶⁰

A través de estas tres definiciones con base en el derecho internacional, la Sala Constitucional limitó una garantía constitucional

– la entrega de nacionales –, modificó el régimen de inmunidades de los miembros de los supremos poderes – pues no gozarán de ella para los fines del Estatuto de Roma, pero sí en casos del derecho interno –, y pronunció una interpretación integradora de los textos constitucional y estatutario, todo con fundamento en un constante intercambio y atención a los desarrollos normativos en el ámbito internacional y con la finalidad manifiesta de una mejor y más efectiva protección de los derechos fundamentales. Así, la interpretación de la jurisdicción nacional nuevamente se configura como la puerta de entrada o acceso directo para la actuación conjunta del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho interno, de donde devendrá la necesidad de una más estrecha vinculación entre las jurisdicciones específicas.

f. El Recurso de Amparo en República Dominicana

La Constitución Política de República Dominicana no contempla expresamente la acción de amparo como un mecanismo propio para la defensa de los derechos fundamentales. Sin embargo, su art. 3º refiere al reconocimiento que hace el Estado del “derecho internacional general y americano en la medida que hayan sido adoptados por los poderes públicos”.

La Convención Americana fue debidamente ratificada por República Dominicana en 1977. El art. 25 de la Convención señala la necesidad de existencia de un recurso sencillo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Convención, la Constitución y la ley ordinaria, mientras que el art. 8 convencional señala las garantías judiciales aplicables para la debida protección. Así, el art. 25 hace mención al recurso o acción de amparo. No obstante, en el derecho interno dominicano ni la Constitución ni la ley contemplaban este recurso sencillo y eficaz, por lo que existía imposibilidad de viabilizar su ejercicio en el ámbito interno, razón por la que el mandato convencional carecía de vigencia práctica internamente.

A pesar de lo anterior, en un proceso del orden interno se interpuso ante la Corte Suprema un recurso de amparo, con la pretensión, precisamente, de que se declare que tal recurso existe en el país. Ante esta circunstancia, la Corte

Suprema, argumentando que las disposiciones de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana tienen por objeto la protección judicial de los derechos fundamentales, que el recurso de amparo definido en este art. 25 está abierto a favor de toda persona contra los actos que violenten sus derechos fundamentales, y que es válida para la protección de tales derechos la existencia de mecanismos que los tornen efectivos, resuelve que, en omisión del legislador por no haber establecido el procedimiento adecuado, está ella misma – la Corte Suprema – facultada para:

“Declarar que el recurso de amparo previsto en el art. 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (...) es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional (...) de conformidad con el art. 3 de la Constitución de la República.”⁶¹

Debido a que legalmente no existía regulación alguna sobre el particular, la Corte va más allá y en el mismo texto de la sentencia define caracteres propios, reglas de competencia general y un procedimiento básico inicial, para regular el recurso de amparo en el derecho interno dominicano.

Así, la aplicación directa de la Convención, mediatizada por la necesaria ratificación, determinó varias consecuencias:

1. La instauración o reconocimiento de la existencia del recurso de amparo en República Dominicana.
2. La determinación de la procedencia del amparo contra resoluciones judiciales cuando exista violación de un derecho constitucionalmente protegido.
3. La definición de un procedimiento específico para la atención y tramitación del amparo.
4. La insinuación de la posibilidad de planteamiento de inconstitucionalidades por omisión en el derecho interno, pues al referir que por la omisión del poder legislativo la Corte Suprema actuó en este caso, se vislumbra la génesis de este instituto en el derecho dominicano.

Se aprecia entonces la importancia de la jurisdicción nacional para potenciar la protección de los derechos fundamentales en el ámbito interno, pero siempre con atención especial hacia lo actuado en el ámbito internacional, sin lo cual, esta resolución aquí reseñada hubiese sido impensable.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES FINALES

Al cumplir esta reseña sobre la jurisdicción internacional del ámbito interamericano sobre derechos humanos, y exponer algunas resoluciones que informan certeramente sobre el contenido de este comentario, conviene allegar algunas reflexiones finales a modo de conclusión:

1. Las obligaciones asumidas por los Estados parte en un sistema internacional de protección de los derechos humanos, especialmente en el caso del derecho interamericano, están diseñadas a modo de permitir un intercambio necesario entre los sistemas nacionales y el internacional, como un medio de fortalecer la protección de los derechos fundamentales.
2. Esta circunstancia se refleja claramente en el art. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se refiere la genérica obligación de garantizar y respetar los derechos reconocidos por este instrumento internacional.
3. La disposición del art. 2 de la misma Convención brinda mayor contenido a esta obligación de los Estados, pues, al definir la necesidad de adopción de medidas legislativas o de otro carácter, deja el escenario dispuesto para que sean los Estados, individualmente, quienes lleven la iniciativa en cuanto a la protección nacional, sin la cual sería posible el planteamiento de la responsabilidad internacional de los Estados.
4. El desarrollo en la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional ha sido acompañado en tiempos recientes por procesos nacionales de reforma constitucional que han permitido la consideración expresa de la normativa de origen internacional como parte integrante

del máximo nivel en el derecho interno, o bien, la consideración de órganos de protección nacional que han complementado la protección nacional de los derechos fundamentales con base en los avances internacionales normativos y jurisprudenciales, o se ha presentado una conjunción de ambos factores.

5. El carácter progresivo de la protección moderna de los derechos fundamentales se aprecia en, al menos, cuatro paradigmas de su desarrollo:
 - a. Del derecho internacional tradicional al derecho internacional de los derechos humanos.
 - b. De la responsabilidad internacional de los Estados a la responsabilidad individual de los autores.
 - c. Del carácter de subsidiariedad al carácter de complementariedad de la jurisdicción internacional sobre derechos humanos.
 - d. De la complementariedad a la integración de los sistemas nacional e internacional de protección.
6. La configuración de una jurisdicción internacional especializada para la protección de los derechos humanos confiere y devuelve al ámbito interno la obligación de hacer respetar y garantizar por todos los medios apropiados los derechos humanos. Es decir, la jurisdicción internacional nace confiriendo obligaciones directas a ser cumplidas en el ámbito nacional.
7. El derecho internacional de los derechos humanos presenta dos aristas en un solo concepto y finalidad global: la perspectiva nacional y la internacional. De tal manera, mientras el ámbito internacional traza los parámetros de formulación y aplicación general, la dimensión nacional de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos requiere una positiva retroalimentación con el derecho interno, específicamente con el derecho constitucional, y, en consecuencia, con la jurisdicción nacional.
8. Esta necesidad de interacción entre la jurisdicción internacional y la nacional de

protección de los derechos fundamentales, es claro que se muestra de manera más específica y propia en la interacción o intercambio entre la jurisdicción internacional y la jurisdicción constitucional de los Estados.

9. Los órganos de la jurisdicción nacional, al prestar atención a las interpretaciones y a las normas mismas del ámbito internacional, fomentan y trasladan este acervo al ámbito nacional a través de los casos que deban resolver, con lo cual se permite una acción mediatizada de los órganos internacionales sobre los procesos nacionales
10. El desarrollo del derecho constitucional y el tránsito del carácter subsidiario a complementario permite que igualmente en sede internacional pueda resultar posible la valoración que nacionalmente se ha hecho de los instrumentos internacionales, o bien, de la dimensión de los derechos fundamentales pronunciada en el ámbito nacional. A través de estas posibilidades, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha propiciado vías de comunicación con los sistemas nacionales.
11. Siendo la jurisdicción constitucional el contacto inicial de interacción con el sistema internacional, las resoluciones de este último inciden en materia propia de esta jurisdicción constitucional – la aplicación del derecho constitucional y la protección de los derechos y libertades fundamentales –, vislumbrando así la posibilidad de la jurisdicción internacional de actuar más como un órgano supranacional que como un órgano internacional estrictamente considerado.
12. En el ámbito interamericano esto es aún más posible si atendemos a la competencia consultiva de la Corte Interamericana y al uso y desarrollo que de la misma se ha hecho. La importancia de la competencia consultiva de la Corte para el establecimiento de esta comunicación se evidencia en que es a través de ella que la Corte pronuncia sus criterios eminentemente jurídicos y establece de manera concreta pautas de interpretación sobre los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales, sin dejar, por ello, que en el ejercicio de su competencia contenciosa

igualmente pueda pronunciar y dirigir recomendaciones claras sobre aspectos que pueden ser de consideración por las jurisdicciones nacionales.

13. Los casos nacionales reseñados constituyen una clara muestra de que la jurisdicción nacional, además de poder y tener que ser receptiva de la normatividad internacional, también lo puede y debe ser de los pronunciamientos de la jurisdicción internacional sobre la materia
14. La labor de interpretación jurídica, vista en las resoluciones nacionales de comentario, produjo la ampliación de los parámetros de constitucionalidad, en unos casos de acuerdo con su propia normativa constitucional, en otros mediante la definición de conceptos como el derecho de la Constitución, pero principalmente definió la interacción necesaria y conveniente con el sistema internacional, dando cabida a las normas con este origen, y luego atendiendo y aplicando las manifestaciones de la jurisdicción internacional sobre la materia.
15. La interpretación que realice la jurisdicción nacional se configura como la puerta de entrada o acceso directo para la actuación conjunta del derecho internacional de los

derechos humanos con el derecho interno, de donde deviene la necesidad de una estrecha vinculación entre las jurisdicciones específicas.

16. En este sentido, el fortalecimiento de la jurisdicción internacional interamericana sobre derechos humanos está centrado en el equivalente fortalecimiento de la jurisdicción nacional, pues en la medida que internamente se observe, atienda y aplique la normativa y la interpretación de los órganos internacionales, y estas resoluciones internas puedan acceder como casos individuales a la jurisdicción internacional, esta tendrá oportunidad de realizar y pronunciar planteamientos concretos que tendrán vigencia más allá del espectro internacional primigenio de su actuación, trascendiendo por este camino de doble vía también al ámbito nacional.
17. De ahí que se pueda afirmar que un desafío absolutamente vigente y en marcha para el fortalecimiento de la jurisdicción internacional de protección de los derechos humanos es, en sí mismo, el fortalecimiento de la jurisdicción nacional de protección de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

ABREGÚ (Martín). La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los Tribunales Locales: Una Introducción. En ABREGÚ (Martín) y COURTIS (Christian) (Comp). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires: CELS-Editores del Puerto, 1997, 655 págs.

AYALA CORAO (Carlos). Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos. Caracas: Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1998, 95 págs.

BASSIOUNI (M. Cherif). *Historial Survey: 1919-1998*, en BASSIOUNI (M.C.) (Ed). International Criminal Law, V.3. 2ª ed. New York: Ardsley Transnational Publishers, 1998.

BIDART CAMPOS (Germán). La Interpretación de los Derechos Humanos, en la Jurisdicción Internacional y en la Jurisdicción Interna, en NIETO NAVIA (Rafael) (Ed). La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, 593 págs.

BIDART CAMPOS (Germán). Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR (Eduardo) (Coord). Derecho Procesal Constitucional, T.II. México: Porrúa, 2002, pp. 1041-2096.

BREWER-CARÍAS (Allan). Hacia el Fortalecimiento de las Instituciones de Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito Interno, en AA.VV. Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, 442 págs.

BUERGENTHAL (Thomas). La Jurisprudencia Internacional en el Derecho Interno, en NIETO NAVIA (Rafael) (Ed). La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, 593 págs.

BUERGENTHAL (Thomas); GROSSMAN (Claudio); NIKKEN (Pedro). Manual Internacional de Derechos Humanos. Caracas: Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1990, 186 p.

CANÇADO TRINDADE (Antonio). *A Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Internacional*, en AA.VV. Presente y Futuro de los Derechos Humanos. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, 442 págs.

CANÇADO TRINDADE (Antonio). Reflexiones sobre el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en AA.VV. El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, 609 págs.

CARRILLO SALCEDO (Juan Antonio). El Proceso de Internacionalización de los Derechos Humanos. El Fin del Mito de la Soberanía nacional (II). Plano Regional: El Sistema de Protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en AA.VV. Consolidación de Derechos y Garantías: Los Grandes Retos de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, 534 págs.

CASADEVALL MEDRANO (José). El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Análisis Teórico-práctico), en MARTÍNEZ MORÁN (Narciso) (Ed). Utopía y Realidad de los Derechos Humanos en el Cincuenta Aniversario de su Declaración Universal. Madrid: UNED, 1999, 435 págs.

DIENG (Adama). Derechos Humanos y Jurisdicción Universal, en AA.VV. Consolidación de Derechos y Garantías: Los Grandes Retos de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, 534 págs.

DULITZKY (Ariel). La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales: Un Estudio Comparado, en ABREGÚ (Martín) y COURTIS (Christian)

(Comp.) La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales. Buenos Aires: CELS-Editoriales del Puerto, 1997, 655 págs.

FAÚNDEZ LEDESMA (Héctor). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales. 2ª ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, 785 págs.

FERRER MAC-GREGOR (Eduardo). La Corte Interamericana de Derechos Humanos como Intérprete Constitucional (Dimensión Transnacional del Derecho Procesal Constitucional), en FERRER MAC-GREGOR (Eduardo) (Coord). Derecho Procesal Constitucional, T.II. México: Porrúa, 2002, pp. 1141-1155.

GARCÍA SAYÁN (Diego). Responsabilidad Política y Jurídica de los Gobernantes, en AA.VV. Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en Honor a Fernando Volio Jiménez. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, 442 págs.

GARRONE (José Alberto). Diccionario Manual Jurídico Abeledo-Perrot. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, 782 págs.

HITTERS (Juan Carlos). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. T.II: Sistema Interamericano. Buenos Aires: EDIAR, 1993, 674 págs.

IBÁÑEZ (Perfecto Andrés). El Juez Nacional como Garante de los Derechos Humanos, en AA.VV. Consolidación de Derechos y Garantías: Los Grandes Retos de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, 534 págs.

MARTÍNEZ MORÁN (Narciso). Reconocimiento y Protección Supraestatal. CASTRO CID (Benito de), en Introducción al Estudio de los Derechos Humanos. Madrid: Editorial Universitas, 2003, 360 págs.

MARTÍNEZ MORÁN (Narciso). Reconocimiento y Protección Internacional. CASTRO CID (Benito de), en Introducción al Estudio de los Derechos Humanos. Madrid: Editorial Universitas, 2003, 360 págs.

PASTOR RIDRUEJO (José Antonio). El Proceso de Internacionalización de los Derechos Humanos. El Fin del Mito de la Soberanía Nacional (I). Plano Universal: La Obra de las Naciones Unidas, en AA.VV. Consolidación de Derechos y Garantías: Los Grandes Retos de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, 534 págs.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, 21ª ed, T.I y II. Madrid: Editorial ESPASA-CALPE, 1995, 2133 págs.

REQUEJO PAGÉS (Juan Luis). Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento. La Constitución como Norma sobre la Aplicación de Normas. Madrid: McGraw-Hill, 1995, 117 págs.

RODRÍGUEZ CARRIÓN (Alejandro). Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Interno, en AA.VV. Consolidación de Derechos y Garantías: Los Grandes Retos de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, 534 págs.

RUIZ MIGUEL (Carlos). La Función Consultiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Crisálida de una Jurisdicción Supraconstitucional?, en AA.VV. Liber amicorum Héctor Fix Zamudio, V.II. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, 1592 págs.

SÁNCHEZ RODRÍGUEZ (Luis Ignacio). Los Sistemas de Protección Americano y Europeo de los Derechos Humanos: El Problema de la Ejecución Interna de las Sentencias de las Respectivas Cortes de Justicia, en NIETO NAVIA (Rafael) (Ed.). La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, 593 págs.

VENTURA ROBLES (Manuel E.). La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino hacia un Tribunal Permanente, en CANÇADO TRINDADE (Antonio) y VENTURA ROBLES (Manuel E.). El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, 321 págs.

VILLAGRÁN KRAMER (Francisco). Responsabilidad Internacional del Estado por

Denegación y Desafío de Justicia y Violación de Garantías Judiciales, en NIETO NAVIA (Rafael) (Ed). La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, 593 págs.

CUERPOS NORMATIVOS

Constitución de la República Dominicana, de 14 de agosto de 1994.

Constitución Nacional de la República Argentina, de 22 de agosto de 1994.

Constitución Política de la República de Costa Rica, de 7 de noviembre de 1949.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 20 de septiembre de 1996.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948.

Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998.

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966.

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

- Caso Velázquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988.
- Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989.
- Caso Neira Alegría contra Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995.
- Caso Genie Lacayo contra Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997.

- OC-2/82. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 24 de septiembre de 1982.
- OC-5/85. La colegiación obligatoria de periodistas. 13 de noviembre de 1985.
- OC-7/86. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta. 9 de mayo de 1986.
- OC-8/87. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías. 30 de enero de 1987.
- OC-11/90. Excepciones al agotamiento de los recursos internos. 10 de agosto de 1990.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, REPUBLICA DOMINICANA

- Sentencia de 24 de febrero de 1999.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ARGENTINA

- Caso Ekmekdjian contra Sofovich. Sentencia de 7 de julio de 1992.
- Caso Giroldi. Sentencia de 7 de abril de 1995.
- Caso Arana. Sentencia de 19 de octubre de 1995.
- Caso Bramajo. Sentencia de 12 de septiembre de 1996.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, COSTA RICA

- Sentencia n. 311-90, de 29 de marzo de 1990
- Sentencia n. 1090-91, de 11 de junio de 1991.
- Sentencia n. 1522-92, de 10 de junio de 1992.
- Sentencia n. 3435-92, de 11 de noviembre de 1992.
- Sentencia n. 5759-93, de 10 de noviembre de 1993.
- Sentencia n. 1185-95, de 2 de marzo de 1995.
- Sentencia n. 2313-95, de 9 de mayo de 1995.
- Sentencia n. 230-96, de 12 de enero de 1996.
- Sentencia n. 2000-07818, de 5 de septiembre de 2000.
- Sentencia n. 2000-09685, de 1º de noviembre de 2000.

NOTAS

1. Cfr., entre otros, arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Jurisprudencialmente véase, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, párrafo 29.
2. Cfr. IBÁÑEZ (Perfecto Andrés). El Juez Nacional como Garante de los Derechos Humanos, en AA.VV. Consolidación de Derechos y Garantías: Los Grandes Retos de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Madrid. Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 304.
3. Un estudio general sobre los mismos podrá encontrarse en MARTÍNEZ MORÓN (Narciso). Reconocimiento y Protección Supraestatal, y Reconocimiento y Protección Internacional. Ambos estudios en CASTRO CID (Benito de). Introducción al Estudio de los Derechos Humanos. Madrid. Editorial Universitas, 2003, pp. 203-240.
4. El denominado sistema universal de los derechos humanos es realizado a partir de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y una amplia diversidad de convenios e instrumentos especializados, a través de una gama de mecanismos institucionales presididos por la Asamblea General y desarrollado mediante dos vertientes: la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social (ECOSOC). A partir del ECOSOC se encuentran, entre otras, la Comisión sobre la condición de la mujer y la específica Comisión de Derechos Humanos, la cual cumple sus funciones de acuerdo a las resoluciones 1235 y 1503 del ECOSOC, siendo aquí donde se aprecia más sensiblemente la labor de control ejercida por la organización universal. Para mayor detalle sobre el sistema, véase BUERGENTHAL (Thomas), GROSSMAN (Claudio) y NIKKEN (Pedro). Manual Internacional de Derechos Humanos. Caracas: Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1990, p. 19 ss; y PASTOR RIDRUEJO (José Antonio). El Proceso de Internacionalización de los Derechos Humanos. El Fin del Mito de la Soberanía Nacional (I). Plano Universal: La Obra de las Naciones Unidas, en AA.VV. Consolidación de Derechos y Garantías: Los Grandes Retos de los Derechos Humanos en el Siglo XXI, op. cit., p. 35.
5. El sistema europeo de derechos humanos presenta la particularidad de sus propios protocolos. Su jurisdicción – ejercida en la actualidad por la figura central del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, habiendo conocido hasta 1998 también la existencia de una Comisión como paso previo al Tribunal – se ejerce en el marco de un sistema visiblemente heterogéneo a raíz de esta amplitud de protocolos, cuyos contenidos específicos, posibilidades de reservas y declaraciones interpretativas brindan un panorama en el cual no todos los Estados han asumido homogéneamente las mismas obligaciones jurídicas específicas. Esta rica diversidad se ha visto potenciada en la última década al irse ampliando el número de Estados miembros del Consejo de Europa. Para un estudio más preciso y a la vez conciso sobre el sistema europeo, véase CARRILLO SALCEDO (Juan Antonio). El Proceso de Internacionalización de los Derechos Humanos. El Fin del Mito de la Soberanía Nacional (II). Plano Regional: El sistema de Protección instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en AA.VV. Consolidación de Derechos y Garantías: Los Grandes Retos de los Derechos Humanos en el Siglo XXI, op. cit., p. 47.
6. La Declaración Americana fue aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana el 2 de mayo de 1948; la Declaración Universal fue adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
7. Un estudio detallado y especializado sobre la organicidad y el marco normativo del sistema interamericano podrá encontrarse en FAÚNDEZ LEDESMA (Héctor). El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales. 2ª ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, 785 págs. Véase también HITTERS (Juan Carlos). Derecho Internacional de los Derechos Humanos. T.II: Sistema Interamericano. Buenos Aires: EDIAR, 1993, 674 págs.
8. Un estudio interesante sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podrá ser habido en CASADEVALL MEDRANO (José). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Análisis teórico-práctico), en MARTÍNEZ MORÓN (Narciso). Utopía y Realidad de los Derechos Humanos en el Cincuenta Aniversario de su Declaración Universal. Madrid: UNED, 2003, p. 269.

9. En el sistema europeo, el Protocolo 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos eliminó la Comisión Europea, ampliando la integración del Tribunal Europeo y convirtiéndolo en un órgano permanente. En el sistema interamericano, por el contrario, pervive la existencia de la Comisión, y ambos órganos aún no poseen carácter permanente. Sobre los retos en cuanto este carácter en el sistema interamericano, véase VENTURA ROBLES (Manuel E.) *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Camino hacia un Tribunal Permanente*, en CANÇADO TRINDADE (Antonio) y VENTURA ROBLES (Manuel E.) El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 109.
10. En su mayoría, son Estados del Caribe anglófono y francófono los que aún no se han adherido a la Convención Americana. Los Estados insulares caribeños en esta condición son Antigua y Barbuda, Bahamas, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y Saint Vincent & Grenadines. Los Estados continentales caribeños son Belice, Guyana y Surinam. El caso de Trinidad y Tobago pudo ser la excepción, pero luego de adherirse al sistema en 1991, denunció la Convención en 1998, siendo así el único Estado que ha denunciado formalmente la Convención Americana.
11. El Protocolo adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador, de 17 de noviembre de 1988; y el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, de 8 de junio de 1990.
12. Lo relativo a la Comisión se encuentra detallado a partir del art. 34 de la Convención; normas especiales en cuanto al procedimiento ante ella se encuentran en los arts. 48 a 51.
13. Lo concerniente a la Corte Interamericana lo regula la Convención Americana a partir de su art. 52.
14. Para un estudio sobre la exigibilidad internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, véase CANÇADO TRINDADE (Antonio). *A Justiciabilidade dos Directos Econômicos, Sociais e Culturais no Plano Internacional*, en AA.VV. Presente y Futuro de los Derechos Humanos. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 171.
15. El tema del carácter autoejecutivo o programático de las normas sobre derechos humanos encuentra relación directa con la posibilidad de incorporación de las normas de origen internacional en el derecho interno, y esto con la naturaleza jurídica de los instrumentos que contemplan las normas a aplicar o ejecutar. Omitiendo hacer referencia a la trasnochada diferenciación de las tesis monista y dualista del derecho, la primaria diferencia entre la fuerza normativa de los diferentes instrumentos internacionales – entre declaraciones y convenios, por ejemplo – también encuentra paulatina potenciación a través de los criterios interpretativos pronunciados por los órganos jurisdiccionales internacionales, favoreciendo así la exigibilidad, con matices, de ambas formulaciones jurídicas.
16. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafos 169-173; y caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989, párrafos 178-182.
17. Cfr. RODRÍGUEZ CARRIÓN (Alejandro). *Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Interno*, en AA.VV. Consolidación de Derechos y Garantías: Los Grandes Retos de los Derechos Humanos en el siglo XXI, op. cit., p. 260.
18. Particularmente, la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, número 2313-95, de 9 de mayo de 1995, definió que los instrumentos sobre derechos humanos vigentes en el país poseen incluso valor supraconstitucional en la medida que otorguen mayores derechos o garantías a las personas.
19. Cfr. BIDART CAMPOS (Germán). *La Interpretación de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Internacional y en la Jurisdicción Interna*. En NIETO NAVIA (Rafael) (Ed). La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994, pp. 39-40.
20. Cfr. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 46.2.
21. Para un estudio puntual sobre las excepciones al agotamiento de los recursos internos, véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-11/90, de 10 de agosto de 1990.
22. Véase, como ejemplo, la declaración adicional 1.2 de la Declaración de Canarias, de la VII Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Supremos Tribunales de Justicia, de 23 de mayo de 2001, cuyo texto dice: "Reconocemos que uno de los problemas más graves que enfrentan los sistemas judiciales iberoamericanos es la denominada mora judicial. Al efecto, en el

- entendido de que la justicia, para ser real, debe ser pronta, nos comprometemos a realizar todos los esfuerzos y a emplear los recursos para modificar esa situación lamentable, incluidas reformas legales, dotación de mayores y mejores recursos humanos, equipos, tecnologías e instalaciones adecuadas, así como a emprender las acciones necesarias en las áreas de la capacitación del elemento humano, a su evaluación y a la modernización del régimen que regula carreras judiciales y administrativas...".
23. Cuyo origen se remonta a los convenios de Ginebra y La Haya de 1864 y 1899, respectivamente.
 24. El art. 23 del pacto de creación de la Liga de las Naciones establecía la necesidad de crear condiciones de trabajo justas y humanas para hombres, mujeres y niños. Asimismo, la adopción del tratado de Versalles de 1919, establecía el compromiso de respetar integridades étnicas, religiosas e idiomáticas de las minorías resultantes de la Primera Guerra Mundial.
 25. Para un estudio puntual sobre los antecedentes de la Corte Penal Internacional, Cfr. BASSIOUNI (M. Cherif), *Historial Survey: 1919-1998*, en BASSIOUNI (M.C.) (Ed), ***International Criminal Law***, V.3. 2ª ed. New York: Ardsley Transnational Publishers, 1998, p. 603.
 26. Cfr. GARRONE (José Alberto). Diccionario Manual Jurídico Abeledo-Perrot. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1989, p. 709. En idéntico sentido, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, 21ª ed, T.II. Madrid: Editorial ESPASA-CALPE, 1995, p. 1912.
 27. Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, 21ª ed, T.I. Madrid. Editorial ESPASA-CALPE, 1995, p. 523.
 28. Cfr. ABREGÚ (Martín). La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los Tribunales Locales: Una Introducción, en ABREGÚ (Martín) y COURTIS (Christian) (Comp). La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales. Buenos Aires. CELS-Editores del Puerto, 1997, p. 4.
 29. Cfr. Bidart, op. cit., p. 40.
 30. Cfr. REQUEJO PAGÉS (Juan Luis). Sistemas Normativos. Constitución y Ordenamiento. La Constitución como Norma sobre la Aplicación de Normas. Madrid: McGraw-Hill, 1995, p. 10.
 31. Cfr. BUERGENTHAL (Thomas). La Jurisprudencia Internacional en el Derecho Interno, en NIETO NAVIA (Rafael) (Ed). La Corte y el Sistema Interamericanos de Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1994. p. 68.
 32. Cfr. BIDART CAMPOS (Germán). Jerarquía y Prelación de Normas en un Sistema Internacional de Derechos Humanos, en FERRER MAC-GREGOR (Eduardo) (Coord). Derecho Procesal Constitucional, T.II. México: Porrúa, 2002, p. 1119.
 33. Recuérdese que, en todo caso, en el ámbito internacional deberá valorarse el exacto agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna o la presencia de las excepciones correspondientes.
 34. Sobre el surgimiento de esta posibilidad, véase RUIZ MIGUEL (Carlos). La Función Consultiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Crisálida de una Jurisdicción Supraconstitucional?, en AA.VV. Liber amicorum Héctor Fix Zamudio, V.II. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 1345. En igual sentido, AYALA CORAO (Carlos). Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la Protección de los Derechos Humanos. Caracas: Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1998; y FERRER MAC-GREGOR (Eduardo). La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete Constitucional (Dimensión Transnacional del Derecho Procesal Constitucional), en FERRER MAC-GREGOR (Eduardo), op. cit., p. 1141.
 35. Cfr. DULITZKY (Ariel). La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales: Un Estudio Comparado, en ABREGÚ (Martín) y COURTIS (Christian) (Comp). La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales. Buenos Aires: CELS-Editores del Puerto, 1997, p. 58.
 36. Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-8/87, de 30 de enero de 1987, párrafos 40 a 42.
 37. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Neira Alegria y otros contra Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995, párrafo 81.
 38. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Genie Lacayo contra Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997, párrafo 94.

39. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, caso Ekmekdjian c/Sofovich, sentencia de 7 de julio de 1992, párrafos 21 y 22.
40. Cfr. ABREGÚ (Martín), op. cit., p. 13.
41. Ibid.
42. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina, caso Giroldi, sentencia de 7 de abril de 1995, párrafo 11.
43. Cfr. DULITZKY (Ariel), op. cit., p. 68.
44. Existen otros ejemplos en el sistema nacional argentino, dirigidos a pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; por ejemplo, los casos Bramajo de 12 de septiembre de 1996, y Arana, de 19 de octubre de 1995, sobre los cuales se omiten referencias expresas en este comentario, pero su existencia merece desatacarse para informar también sobre la atención hacia los pronunciamientos también del otro órgano de protección del sistema interamericano. Cfr. DULITZKY (Ariel), op. cit., pp. 69-70.
45. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia conoce en exclusiva y en única instancias de las acciones de amparo, hábeas corpus, del control de constitucionalidad, y de competencias constitucionales.
46. A diferencia de la Constitución argentina, que sí incluye un listado de instrumentos internacionales, el texto constitucional costarricense solamente los refiere en genérico.
47. Cfr. Sala Constitucional, Costa Rica, sentencia 3435-92, de 11 de noviembre de 1992, considerando I.
48. Cfr. Sala Constitucional, sentencia 5759-93, de 10 de noviembre de 1993, considerando II.
49. Sala Constitucional, sentencia 2313-95, de 9 de mayo de 1995, considerando VI.
50. Sala Constitucional, sentencia 2000-7818, de 5 de septiembre de 2000, considerando VI.
51. Cfr. Sala Constitucional, sentencia 2000-09685, de 1º de noviembre de 2000, considerando V.
52. Sala Constitucional, sentencia 2000-07818 de 5 de septiembre de 2000.
53. Sala Constitucional, sentencia 2313-95, de 9 de mayo de 1995, considerando VIII.
54. Sala Constitucional, sentencia 2313-95, de 9 de mayo de 1995, considerando VII.
55. Ibid, considerando VIII.
56. Cfr. Sala Constitucional, sentencia 230-96, de 12 de enero de 1996, considerando II.B.2.
57. Cfr. Sala Constitucional, sentencia 2000-9685, de 1º de noviembre de 2000, considerando VIII.
58. Ibid, considerando XI.
59. Ibid, considerando XII.
60. Ibid, considerando XIII.
61. Corte Suprema de Justicia, República Dominicana, sentencia de 24 de febrero de 1999.

cuestionamiento acerca de qué tan global es el llamado “interés global” del que se habla con frecuencia hoy día, o aún mejor, como lo ha planteado Mushakoji, por saber “...¿quién actúa en nombre de quién y garantizando la supervivencia, desarrollo y bienestar de qué comunidad humana?”,¹ no es sólo deseable pero también exigible. Después de todo, este no es sino un intento por aproximarse a una perspectiva desde la cual ensayar una lucha clara y efectiva por eso que la modernidad ha denominado “derechos humanos.”

1. ¿GLOBALIZACIÓN U OCCIDENTALIZACIÓN DEL MUNDO?

A finales del siglo veinte, la discusión en torno a la globalización ha representado un terreno problemático. “Globalización” es un concepto seductor, y en cierta forma, puede ilustrar la ansiedad por el advenimiento de una era nueva, tendiente a la consolidación de un interés genuino compartido a escala mundial.

Desde mi punto de vista, “globalización” hace referencia a un proceso inevitablemente relacionado con el desarrollo del capitalismo. Sea cual fuere el contenido de una tal expresión, su sentido sin duda ha sido al mismo tiempo, consecuencia y condición de posibilidad de la expansión del mercado y de la conformación de un nuevo orden económico, con actores políticos también nuevos.

Sin embargo, que otros factores están afectando el proceso es innegable. Aún cuando es difícil suscribir una tesis que apoye la existencia de una “cultura global”, quienes sostienen tal posibilidad apelan a la presencia de tendencias que pueden ser consideradas demostraciones empíricas de que, al menos desde finales de la segunda guerra mundial, una expansión a gran escala de los asuntos humanos a nivel transnacional está ocurriendo, de la cual pueden ser ejemplo al menos de los siguientes procesos:

De hecho, la aparición de una economía de mercado global, caracterizada por la conformación de bloques comerciales formados sobre la base de criterios geopolíticos, de transnacionalización de capitales, de integración financiera

internacional, de una gran movilidad de bienes y de trabajadores,² así como de la aparición de “consumidores universales”.³

Los crecientes discursos sobre problemas “transnacionales”, tales como la contaminación ambiental, el desastre ecológico,⁴ la amenaza nuclear y las enfermedades epidémicas,⁵ así como los problemas de crimen a gran escala como el terrorismo, el narcotráfico y el tráfico de armas.⁶

La intensificación de los flujos de personas, bienes, dinero, ideas, información e imágenes por todo el globo.⁷

Aún cuando tales tendencias pueden ser indisputables, algunas cuestiones quedan aún pendientes, porque de su verificación empírica no puede afirmarse que estas tendencias reflejen algo parecido a un interés global. Más allá, cabría preguntarse en qué sentido estas tendencias articulan un proyecto común, y en su caso, cuál es la orientación de un tal proyecto.

Cuando se habla de globalización, los teóricos tratan de identificar un proceso que tiende a plantear los problemas humanos en una escala transnacional, con la finalidad de superar cualquier interés individual, comunitario, nacional o internacional, en nombre de la conformación de una real “condición humana”: de una integración a largo plazo de la humanidad,⁸ de una ecumene secular,⁹ de una unión universal,¹⁰ o de la cristalización del mundo entero como un solo lugar.¹¹ Al mismo tiempo, la mayoría de los autores asume que la globalización debe ser entendida como un proceso de reconocimiento de la diversidad que, sin embargo, debe conducir a la integración pacífica del mundo, de modo capaz de resistir el colonialismo cultural.

No obstante, una confrontación de tales discursos con la forma en la que se desarrollan las relaciones actuales a nivel mundial, permite descubrir como la llamada “globalización” aparece como un conjunto de contradicciones, o más bien, como un “...parche ecléctico (...) una mezcla de elementos étnicos, vanguardistas, dinámicos, y unidos por una vena de modernismo sobre la base de un discurso científico cuantitativo y de tecnología computarizada”,¹² porque vale considerar que:

- a) aún cuando puede ser considerada uno de los últimos signos de la modernidad, encierra formas premodernas de colonialismo basadas en nociones espaciales de poder concentrado en soberanos supra-estatales: monopolios globales, empresas transnacionales y países hegemónicos.
- b) a diferencia de cualquier otro momento en la historia la condición global se desarrolla al interior de una red mundial de comunicaciones; pero el elevado desarrollo que acusan los medios masivos y la telemática, no ha significado realmente el mejoramiento de la comunicación entre los seres humanos; por el contrario, la información se ha constituido en un arma poderosa que permite saber con elevados niveles de certeza el comportamiento de los mercados en todo el mundo, la situación de las divisas, así como la especulación con bienes y tasas de interés.
- c) los patrones culturales viajan alrededor del mundo transmitiendo imágenes casi al mismo tiempo en el que están ocurriendo y que una sensación de ubicuidad se hace posible gracias a los satélites, teléfonos celulares, faxes, correo electrónico y las nuevas autopistas virtuales. La revolución informática ha hecho posible no sólo conocer el modo de vida en Japón o las tradiciones de los nativos americanos sino también la posibilidad de confrontar y debatir datos para ayudar a diagnosticar, desde cualquier parte del globo, a una enferma internada en un hospital en China vía *Internet*,¹³ o la de trabajar a kilómetros de distancia del centro de trabajo, desde casa o incluso en otro continente, permaneciendo en contacto sólo a través de un ordenador,¹⁴ es totalmente posible en estos tiempos. Pero de igual forma, ésta ha sido la condición para la deshumanización, la desensibilización y la pérdida de la capacidad de asombro en el hombre de fin de siglo, a partir de la generación y diseminación de patrones selectivos de comportamiento difundidos a nivel universal; en otras palabras, de una especie de *televisionización* de la vida cotidiana.¹⁵
- d) el progreso de las comunicaciones ha hecho posible asimismo, la movilidad de grandes cantidades de migrantes, refugiados, trabajadores, empresarios, intelectuales, turistas, diplomáticos, militares, así como la posibilidad de obtener donde sea, bienes y mercancías producidas en cualquier lugar del mundo, en tal forma que es posible encontrar “espacios nativos” en las grandes ciudades, así como centros metropolitanos en los pequeños pueblos y villas; pero detrás de la imagen de cosmopolitanismo que esto parece expresar, está además una bien delineada estrategia dirigida a crear y potencializar un mercado del “paisaje mundial” de acuerdo con las necesidades del nuevo consumidor transnacional: negocios, placer, descanso, aventura, glamour y nostalgia.¹⁶ De hecho, en todo este *marketing* de las costumbres, los valores occidentales son recibidos y diseminados de acuerdo con las propias costumbres y valores del consumidor receptor; así, la recuperación de los mitos étnicos, el uso de ropas indígenas, la difusión de gustos, sabores y platillos nativos, son siempre moldeados de acuerdo con los patrones occidentales.
- e) mientras que existe un creciente llamado por el respeto de los derechos humanos y la democracia, así como por la hermandad mundial y la solidaridad, fenómenos culturales hartamente interesantes, tales como las nuevas formas de feudalismo, regionalismo, nacionalismo y fundamentalismo, han mostrado la brutalidad de la capacidad de destrucción humana. De hecho, la aparición de estos particularismos llama la atención hacia la disgregación del ideal universalista en nuevas formas de particionismo cultural. En Europa, por ejemplo, la búsqueda de integración, que incluye, como en ninguna otra parte del mundo, economía, política y cultural,¹⁷ contrasta con las sombras de la intolerancia y el segregacionismo que han dado paso a procesos internos y externos de fragmentación regional. Dentro de Europa, el llamado a la unidad no puede negarse a la incómoda presencia de conflictos históricos entre los propios europeos: Serbios, Vascos, Irlandeses, Chechenos. En lo que se refiere a su exterior, Europa vive la intolerancia de los movimientos en contra de los inmigrantes y los refugiados y el *revival* del racismo (skinheads, boneheads), sin hablar de los obstáculos a la integración de la Europa del este. Del otro lado del Atlántico, más allá del proyecto de integración norteamericana, la contención de inmigrantes sudamericanos es

una de las más importantes preocupaciones para los Estados Unidos, ello aparte de la aparición de sectas y de grupos paramilitares de ultra-derecha. En Asia, el surgimiento de los fundamentalismos en el medio oriente está provocando tensiones también, amenazando con ello la débil paz en el mundo. Fenómenos de fragmentación se presentan también en Sri Lanka y otras naciones asiáticas.

En fin, todas estas contradicciones pueden ser resumidas en una paradoja central: cualquier intento de encontrar una real cultura global "...tiene que trabajar con materiales destinados para los propios proyectos que intenta superar – las identidades nacionales que finalmente serán erradicadas..."¹⁸ A pesar de lo que Robertson desea, en este punto, cualquier referencia a la globalización parece ser hecha dentro de una "zona de juego intelectual" que puede situar "...los intereses socio-teóricos residuales, la indulgencia interpretativa, o el despliegue de preferencias ideológicas mundiales..."¹⁹ Así, lo que parece claro es que las viejas prácticas de intolerancia, el uso extremo de las tecnoracionalidades, y el apelo a una *weltanshaaung* ecuménica continúan siendo las tendencias dominantes, si bien desde un nuevo escenario. De hecho, las armas ideológicas que históricamente han significado la lenta pero efectiva occidentalización del mundo dan la sensación de que las cruzadas no han finalizado aún; más allá, de que los cruzados de la era post-industrial han abandonado sus armaduras. Ahora utilizan *Internet*.

2. La Actitud Posmoderna

El breve análisis realizado más arriba está destinado a problematizar la condición que actualmente vivimos. De hecho, está dirigido a señalar qué tan compleja puede aparecer la realidad actual. Allende de los fenómenos descritos, me gustaría subrayar que, más allá de las tendencias en sí mismas, lo que hay que atender es el espacio en el que éstas emergen, porque es ahí donde adquieren su sentido. En otras palabras, deseo sugerir que las características reseñadas no pueden ser entendidas como fenómenos lineales y aislados, sino como vectores en una matriz espacio-temporal determinada que los hace posibles. Dada la complejidad que tal matriz implica, la

estrechez de las categorías de análisis modernas se revelan como una imposibilidad para hacerlas comprensibles. En cierto grado, es esto a lo que algunos autores han denominado "condición post-moderna".

Ya sea como término, o como concepto, la idea de posmodernidad ha provocado toda clase de reacciones. Originalmente, la idea de posmodernidad emergió en el terreno de la estética en relación con "la emergencia de formas culturales ostensiblemente nuevas".²⁰ Hablando en general, sus orígenes pueden localizarse en los cincuenta y han tenido que ver con una reacción contra la modernidad y el modernismo que muy pronto alcanzó también los campos de la ética y de la ciencia. Parafraseando a Sousa Santos, es posible decir que la principal característica de esta búsqueda es el deseo de cruzar las fronteras, de mezclar los códigos y de revivir el sentido adverso de la vida (presente en las artes, en la ciencia y en la moral), no negando el mundo, sino afirmándolo y buceando profundamente en su realidad.

No por casualidad la idea de posmodernidad se ha constituido en un desafío para los intelectuales, sean estos de izquierda o de derecha.²¹ Dado que ésta ha sido relacionada con el agotamiento de la modernidad, lo posmoderno se espera como la superación de las promesas incumplidas de la modernidad. Sin embargo, a la base de cualquier discurso sobre ésta, más allá de una solución a las aporías modernas, está la referencia a un peculiar *hic et nunc*, a un espacio en el que la linealidad se rompe en la pluralidad, y donde la pluralidad se convierte en la clave para comprender la disrupción de los códigos binarios de la modernidad. De hecho, la posmodernidad es el horizonte en el cual darse cuenta de los límites de la modernidad. En este sentido, probablemente la concepción más comprensiva sobre posmodernidad aparece en Michel Foucault, de acuerdo con quien "posmodernidad" no se refiere, como podría pensarse, a alguna cierta nueva era que ocurre después de la modernidad, tampoco a un estadio superior del paradigma moderno; por el contrario, ésta debe ser entendida como una actitud, esto es, como

...una forma de relacionarse con la realidad contemporánea; una elección voluntaria tomada por una cierta gente ... una forma de pensar y de sentir; una

forma, también, de actuar y de comportarse que de una vez y al mismo tiempo marca una relación de pertenencia y se presenta a sí misma como una tarea.²²

Desde este punto de vista, la posmodernidad se vuelve una metanarrativa; y hace un llamado a tomar una posición de desafío, pero no desde un punto de vista ingenuo. Por el contrario, busca enfrentar la realidad deconstruyendo sus narrativas.

Tradicionalmente, el pensamiento moderno occidental ha demandado una forma lineal de pensar y problematizar las cosas, construida sobre dicotomías que expresan tensiones bipolares: cultura/natura, sujeto/objeto, sociedad/individuo, estado/sociedad civil, público/privado, y así. La ausencia de mediación entre estos polos se expresa a sí misma como una especie de movimiento pendular que va y viene desde uno al otro polo de la dicotomía dando la sensación de ocasionar cambios revolucionarios. Como Sousa Santos ha señalado, al fondo de estas dicotomías, la imagen de un tal movimiento pendular se dibuja por la distinción polar entre construcciones conceptuales autorreferenciales y contenidos empíricos desorganizados, como ocurre, por ejemplo, con la dicotomía entre formalidad e informalidad.²³ En la historia lineal de la modernidad, esta imagería ha mostrado la transición entre lo formal y lo informal por medio de la desestructuración. En realidad, al menos desde la segunda mitad del siglo veinte, la historia ha presenciado una reacción en contra del formalismo del siglo diecinueve (estatización, juridificación, profesionalización) hacia el polo del informalismo en diversos campos de la acción humana (descentralización, desinstitucionalización, deslegalización, desprofesionalización), que se presenta a sí misma como movimiento contestatario en contra de la estrechez y de la incapacidad del formalismo para enfrentar los desafíos de una sociedad cambiante. Los defensores del informalismo trataron de encontrar una vía para escapar a los discursos formales de la modernidad (para escapar del estado, de la ley, de la ciencia) enarbolando una bandera de liberación: como Cohen ha establecido, ello puede ser enmarcado como reflejo de los deseos de la generación de los años sesentas: “lo pequeño es bello, los seres humanos no son máquinas, los expertos no lo saben todo, la burocracia es inhumana, las instituciones son

malas y contra natura, la comunidad es buena y natural.”²⁴ Sin embargo, el informalismo no sólo significó el engrandecimiento y el refinamiento de las redes del formalismo a través del informalismo, sino, de hecho, la desorganización de las respuestas espontáneas de aquellos que nunca hubieran recurrido a una institución formal de cualquier manera:

Las instituciones informales controlan desorganizando las inconformidades, trivializándolas, frustrando las respuestas colectivas. Su creación proclama el mensaje de que los problemas sociales pueden ser resueltos jugando a evitar el aparato de control una vez más, y de que es innecesario el cuestionamiento de las estructuras básicas.²⁵

Como explica Boaventura de Sousa Santos, veinte años más tarde, los resultados de esos movimientos desestructuradores han terminado por mostrar que

En vez de una mediación, de la cual el proyecto de la modernidad se ha mostrado siempre carente, ha venido a manifestarse una progresiva aproximación entre los polos de las dicotomías, a tal punto que cada uno de los polos tiende a transformarse en la pareja del polo al que se opone. En esta dimensión, las dicotomías que subyacen al proyecto de la modernidad tienen a disolverse y los movimientos de oscilación entre sus polos son más aparentes que reales.²⁶

Lo que se sigue de lo antedicho es que tanto las categorías expresadas entre cada polo y las dicotomías creadas entre ellas, son reificaciones de los problemas a los que éstas se refieren, relatos utilizados para describir procesos que, sin embargo, les trascienden. En términos generales, tales relatos han sido contruidos sobre algunos *topoi* que hacen de los relatos pretendidos discursos de verdad. La conclusión a la que Boaventura arriba señala es de que tales relatos son en realidad relativizados, esto es, que detrás de la construcción de las dicotomías hay un espacio en el que la expresión material de tales categorías aparece sobrepuesta, dejando ver otros espacios u órdenes en los que los códigos están mezclados, de tal manera que tanto lo formal como lo informal se tornan sin sentidos en sí mismos, nociones espaciales en donde ambas categorías coexisten desplegando

intersecciones a las que se ha denominado “terceras culturas”. Desde este punto de vista, la modernidad debe ser entendida como un grupo de discursos destinado a cubrir tales espacios, como una forma para mapear la realidad desde un punto de vista racional bidimensional.

2.1. UN MAPA POSMODERNO DE LA GLOBALIDAD

Mientras que el mapa de la modernidad ha sido construido a partir de los códigos binarios lineales que han sido descritos, la actitud posmoderna busca, por el contrario, mapear la realidad haciendo visible la matriz que subyace a la narrativa moderna. Hacer un mapa desde la posmodernidad implica elaborar escalas, proyecciones y simbolizaciones,²⁷ desde una perspectiva interdependiente, esto es, resignificar el sentido de la realidad mediante la relativización de los discursos de la modernidad, con la finalidad de revelarlos como simples relatos. La escala debe mostrar los distintos niveles de esa realidad (local, regional, global), la proyección debe mostrar las intersecciones entre tales niveles (globalismos locales, localismos globales) y la simbolización debe permitir restaurar la continuidad entre la realidad y los discursos por medio de signos figurativos y emotivos (lealtad, cooperación, concertación) más que la discontinuidad que el divorcio entre la realidad y sus representaciones produce en los signos cognitivos convencionales. De esta forma, la realidad no se confunde con los discursos, sino que en los discursos.

En este sentido, probablemente el intento más interesante para ofrecer una representación del “desorden global” haya sido hecho por Arjun Appadurai, quien ha tratado de elaborar un mapa de la era presente, describiéndola como un “orden complejo, sobrepuesto y disyuntural” que se presenta en el medio de cinco dimensiones o escenarios: el étnico, el comunicacional, el tecnológico, el financiero y el ideológico.²⁸ En sus palabras:

... la idea de escenario (...) indica, antes que nada, que no se trata de relaciones objetivamente dadas que se miran igual desde cada ángulo visual, sino más allá, se trata de constructos perspectuales profundos, afectados en gran medida por la situacionalidad histórica, lingüística y

política de los diferentes actores: estados nacionales, multinacionales, comunidades diaspóricas, así como agrupaciones y movimientos subnacionales (ya sean religiosos, políticos o económicos), e incluso grupos íntimamente relacionados como es el caso de villas, vecindarios y familias. De hecho, el actor individual es el último lugar en este arreglo perspectival de escenarios (..los cuales...) constituyen los tabiques de (...) “mundos imaginarios”, es decir, los múltiples mundos constituidos por las imaginaciones históricamente situadas de personas y grupos diseminados alrededor del planeta.²⁹

En síntesis,

- Un escenario étnico que refiere al movimiento de grupos y personas y que parece afectar la política y las relaciones entre naciones en un grado sin precedentes.³⁰
- Un escenario tecnológico constituido por la configuración global, cada vez más fluida, de tecnologías, y del hecho de que la tecnología (...) se mueve a grandes velocidades y a través de fronteras antes inimaginadas.³¹
- Un escenario financiero que muestra el espacio donde la disposición de los capitales globales es cada vez más misteriosa, veloz y difícil de seguir que nunca antes.³²
- Un escenario conformado por la red de comunicaciones que señala la distribución de las capacidades para producir y diseminar información (...) que provee grandes y complejos repertorios de imágenes, narraciones y escenarios étnicos a tele-observadores en todo el mundo,³³ y
- Un escenario ideológico constituido por la concatenación de imágenes (...) dirigido políticamente y con frecuencia relacionado con ideologías y contraideologías finalizadas a capturar el poder del estado o al menos parte de éste.³⁴

De acuerdo con Appadurai, estos escenarios están completamente entrelazados y los hechos actuales ocurren dentro y a través de las crecientes rupturas que se dan entre ellos. Teniendo en consideración tales escenarios, una

conceptualización distinta de la cotidianeidad es posible, porque cada fenómeno de la realidad puede ser colocado entre ellos: la combinación de las dimensiones escalares, proyectivas y simbólicas permite construir un fenómeno como único e irreplicable y al mismo tiempo, como cambiante y relativo. Volveré sobre este punto. Por el momento, es mi interés enfatizar la posibilidad de deconstrucción de la absolutez de los discursos modernos mediante el recurso a este modelo, así como la oportunidad de reconstruir las prácticas sociales, que en vez de ser creadas “desde arriba”, pueden significarse partiendo de la consideración de los escenarios descritos, dado el hecho de que éstos hacen posible un nuevo arreglo de posibilidades para actuar entre las rupturas que se presentan en la intersección de dichos escenarios. Como el propio Apardurai comenta,

El punto crítico es que los dos lados de la moneda del proceso global cultural de hoy en día son producto de los infinitamente variados contextos mutuos de mismidad y otredad, en un momento caracterizado por rupturas radicales entre los diferentes tipos de flujo global, y los escenarios inciertos creados en y a través de tales rupturas.³⁵

3. POSTMODERNIDAD, DERECHO Y DERECHOS HUMANOS: COMO REPRESENTAR LA REPRESENTACIÓN

Una de las principales características del discurso moderno tiene que ver con el hecho de que la realidad trata de ser descifrada a través de representaciones. En este sentido, cada intento por construir un código para comprender cada representación se torna en una “representación de la representación.” Formalmente hablando, cada representación es nada más que un metalenguaje de lo representado. No obstante, ciertamente, así como fue concebido desde el siglo diecinueve por Pierce, y más tarde por Russell y Wittgenstein, este recurso sin final a la representación conduce inevitablemente a una aporía donde se requiere construir metalenguajes *ad infinitum*. En lo que aquí concierne, tanto el derecho como los derechos humanos han sido, al

mismo tiempo, objeto de representación y representación de un cierto discurso de realidad. Pero, en este sentido, cualquier intento para una comprensión más amplia del derecho o de los derechos humanos – como en los casos de la sociología del derecho y de la sociología de los derechos humanos – debe enfrentar, como Resta lo ha expresado,³⁶ el riesgo de convertirse en una representación de la representación. Para esta cuestión pueden esbozarse dos simples posibilidades: si el punto de partida es la necesidad de teorizar acerca del derecho y de la realidad, una tal afirmación es válida; si el derecho, y por lo tanto los derechos humanos, son comprendidos en sí mismos como parte de la cotidianeidad, cada uno será su propia representación. Si una comprensión postmoderna del derecho y de los derechos humanos es posible, entenderles como parte de la vida cotidiana es posible también: parafraseando a Resta, el derecho y los derechos humanos son lo que el derecho y los derechos humanos son.

3.1. Lo Postmoderno y el Derecho

Junto a la ciencia y el arte, el derecho ha sido, sin duda, una de los grandes relatos de la modernidad. Ciertamente, fue pensado como “...el guardián de las fronteras entre el estado y el ciudadano y de los límites entre los individuos, ambos límites marcados por normas legales.”³⁷ Sin embargo, donde las categorías estado, individuo y ciudadano se vuelven relativas, desde una perspectiva posmoderna, el rol privilegiado del derecho cae en el vacío. Y esta no debe considerarse sólo como una presunción intelectual. Más allá, la distancia entre derecho y sociedad ha sido advertida al menos desde los tiempos del realismo jurídico.

En el ámbito del derecho moderno, la imposibilidad de sostener una teoría pura del derecho, así como tampoco una práctica legal formalista, poco a poco fue revelando un contexto socio-jurídico escondido por el “modelo de las normas”, donde la libertad, la desregulación, la contractualización y la convencionalidad aparecen como asuntos cotidianos. De hecho, un tal contexto ha mostrado, y además provocado, diferentes actitudes en torno al derecho y las normas, tanto de tratadistas como de la gente común:

a) los estudios acerca del rol del derecho en las sociedades postcoloniales han demostrado en que medida la gente común posee su propia comprensión del derecho, así como de la forma en la que diversos niveles y generaciones de normas viven juntas al interior de códigos mezclados y sobrepuestos. Junto a la ley oficial, la coexistencia de otro tipo de normas que van desde lo que ha sido denominado “derecho intuitivo” hasta lo que podría llamarse “modelo de las reglas ocultas”, conduce a la relativización de cualquier pretensión de un monopolio estatal de la ley. En vez de ello, el reconocimiento de la existencia de una multiplicidad de órdenes reveló la presencia de los fenómenos de pluralismo jurídico y de interlegalidad. La imagen ofrecida en estos escenarios postcoloniales fue pronto verificada incluso en los *Reichstaat*, donde la ley positiva juega un papel entre otros múltiples esquemas de gubernamentalidad y orden.³⁸ Así, normas comunitarias, locales, regionales, nacionales e internacionales, legítimas o no (dimensión escalar) se sobreponen entre sí al interior de modelos egocéntricos – basados en el consenso – y geocéntricos – basados en el conflicto (dimensión proyectiva) simbolizados a veces como legalidades instrumentales – es decir como momentos ritualizados que se simbolizan a través de signos convencionales – y algunas otras veces como legalidades imagéticas – continuidades restituidas de la cotidianeidad socio-jurídica, por medio de signos figurativos o emotivos – (dimensión simbólica).³⁹

b) especialmente en los países más desarrollados, este reconocimiento impulsó el surgimiento de nuevas formas de tematizar el derecho, nuevas áreas para el ejercicio del derecho y, consecuentemente, nuevas arenas de conflicto.⁴⁰ De hecho, ello ha mostrado la creciente complejidad del sistema jurídico. Aún el derecho positivo se ha tornado más y más “...explícitamente líquido, efímero, siempre negociable y renegociable (...) desechable.” En lugar de lo que la narrativa moderna del discurso legal pretende del derecho, esta “legalidad contextual” se crea y se ajusta a los intereses momentáneos de las partes involucradas en un conflicto dado y hacia las relaciones de poder que se dan entre estas. En pocas palabras, ello conduce a reconocer que existe un excedente de saber

jurídico y, consecuentemente, que presenciamos un momento signado por la trivialización del derecho, por la vulgarización del discurso jurídico.

Lo que es realmente interesante es observar que esto no niega el hecho de que, formalmente hablando, el paradigma positivista del derecho continúa dominando las relaciones sociales, pero sí enfatiza que es un hecho que otras formas legales existen en su interior, y que mientras mayor terreno ganan las ilegalidades alternativas, más se corrompe la fuerza simbólica del derecho formal. En este proceso, los órdenes alternativos irán forzando al derecho formal a descender a la materialidad del *hic et nunc*, de modo que el discurso jurídico positivo no se quede estático y sea ignorado, sino que se torne realmente efectivo, aún cuando ello signifique que sea devaluado al nivel de pura referencia normativa. En este sentido, tomar el riesgo de la trivialización del derecho puede significar la posibilidad de una nueva forma de apelar por la justicia.

3.2. Hacia la Desconstrucción de los Derechos Humanos

Al interior del contexto descrito, los derechos humanos están inevitablemente involucrados. Si bien modesta en el más temprano discurso moderno, los derechos humanos han gozado de una investidura relevante, pero, en perspectiva, y probablemente en mayor medida que el propio derecho, en nuestros días, los derechos humanos están en la vía de ser construidos como la más importante narrativa de la última modernidad.

Contrariamente a lo que se podría pensar, es eso lo que tiene que ser evitado, dado el hecho de que la sacralización de los derechos humanos implicará, como puede entenderse de la propia historia del derecho, su estancamiento. Esta asunción contiene un reto interesante que buscaría disolver la teoría en la práctica, es decir, desconstruir el discurso de los derechos humanos en su presencia cotidiana. En otras palabras, esto quiere decir resignificar la noción de “derechos” para hacerlos centrales, no en el discurso, o no sólo en el discurso, sino en la práctica social.

De hecho, a diferencia del derecho en general, probablemente una de las características

fundamentales en lo que se refiere a derechos humanos es que, sean éstos lo que sean, existe un acuerdo pragmático en torno a su necesidad. No obstante, ello puede ser un arma de doble filo, pues la posición privilegiada que han tenido ha sido a la vez condición de posibilidad de su instrumentalización.

Recurriendo a los escenarios de Aperduari,⁴¹ los derechos humanos están situados como parte sustancial de lo que él denomina escenario ideológico, en el lugar de uno de los más altos valores de la humanidad. Desde ahí, el discurso se proyecta hacia los demás escenarios asumiendo la forma de un real interés global por la humanidad. Tal como las demás narrativas modernas, la diseminación del discurso de los derechos humanos está basada en ciertos postulados dogmáticos concebidos como cuestiones fundamentales compartidas que descansan en ciertas dicotomías relacionadas en valores también fundamentales. Cada uno de estos postulados es considerado como verdad intocable que sin embargo, crea actitudes orientadas. Con la finalidad de analizarlas, trataré de partir de la identificación de tales *topoi*, o lugares comunes, con los ideales de la revolución francesa, desde el momento en que Fraternidad, Igualdad y Libertad siguen considerándose como valores guía en las luchas por los derechos humanos. Después, trataré de relacionar los *topoi* con las dicotomías que éstos mismos han creado y con los principios racionales que los soportan, así como esbozar la actitud que de tales *topoi* se deriva:

a) *Fraternidad*. Fraternidad encierra un llamado para hallar la unidad en la diversidad. Al centro de este tópico, lo humano se torna en atributo fundamental. Aquí, “humanidad” es concebida como cuestión absoluta, de manera tal que todo lo que viene considerado humanos se torna intocable (los seres humanos por supuesto, pero también el arte, el conocimiento, la tecnología, en tanto que producciones humanas). Pero, mientras “unidad” y “humanidad” son elevadas a valores de la mayor jerarquía, “pluralidad” e “inhumanidad” vienen creados como contravalores. Consecuentemente, las dicotomías entre lo “humano” y lo “inhumano” y entre “unidad” y “pluralidad” tienen lugar. Frente a esta disyuntiva, la modernidad privilegió “humanidad” y “unidad”. Por una parte, colocó las cuestiones humanas como el

centro de todo discurso, pero al mismo tiempo, es también cierto que en este proceso redujo la idea de ser humano al ser humano occidental, masculino y blanco. En esta perspectiva, todo aquello que no corresponde con ese modelo ha recorrido el riesgo de ser considerado *no humano*. Así, prácticas ancestrales y tradiciones de las sociedades no occidentales aparecen como inhumanas a primera vista porque no pueden ser justificadas desde el punto de vista de lo humano occidental. De hecho, la narrativa de los derechos humanos frecuentemente olvida que “...cada cultura tiene su propia visión del sentido que es conveniente dar a la existencia del mundo y del hombre...”,⁴² y por lo tanto, que privilegiar un único discurso en torno a lo que los derechos humanos deben ser se vuelve una imposición. Junto a una tal consideración, por otra parte, el llamado a la unidad aparece a pesar de la diferencia, y está basado por la idea de que la última debe someterse a la primera. En este caso, el discurso parece dirigido a reducir la pluralidad cultural en un discurso formal de unidad.

Bajo estas dicotomías, el principio racional que funciona es el de la “certidumbre”, que da al discurso la imagen de verdad intocable (porque nadie abiertamente puede decir que está en contra de la humanidad, así como casi todos estarán de acuerdo en la idea de que la pluralidad puede ser sometida en nombre de un más amplio llamado a la unidad). En cierta forma, por medio de la certidumbre, si “humanidad” y “unidad” pueden ser moralmente fundadas, entonces se convierten en la elección correcta.

Como consecuencia directa, estas dicotomías han conformado una actitud que asume la forma de antropocentrismo. En este sentido, lo humano, como un grupo unido de voluntades y necesidades, es colocado en la cima de todos los intereses posibles, sin importar cuán lejos tales intereses puedan llegar, incluso a la destrucción de aquello que no es considerado humano (tal es el caso del daño a la fauna y en general a la ecología terrestre, por ejemplo).

b) *Igualdad*. Intimamente relacionado con el discurso sobre “humanidad” y “unidad”, pero en un nivel distinto, el llamado a ser iguales ha conducido al de ser universales, y tanto “igualdad” como “universalidad” han dibujado frente a sus contravalores, también otras dicotomías: “igualdad” contra

“diferencia” y “universalidad” contra “particularidad”.

En lo que se refiere a la dicotomía “universalidad”/“particularidad”, la modernidad ha establecido que el discurso de los derechos humanos debe descansar en un consenso universal y, como está claro, los esfuerzos para universalizar el discurso de los derechos humanos ha sido un tema central en el mundo desde el fin de la segunda guerra mundial. Pero nuevamente la historia ha demostrado cómo este llamado a la universalidad puede encerrar semillas de colonialismo. Como Rouland ha escrito:

...el universalismo y los derechos humanos no pueden servir de pretexto a la aplicación de la ley del más fuerte. La colonización se ha basado notablemente en la necesidad de poner fin a las prácticas inhumanas.⁴³

Así como en el caso de la búsqueda de una cultura global, el apelo al “universalismo” significa por definición la aniquilación de todo “particularismo”. Pero, de nuevo, surge aquí el hecho de que algunos ideales particularistas son tan válidos como algunos de los considerados universalistas, y al contrario, algunos ideales universales no tienen sentido en ciertos contextos particulares.

Por otra parte, la idea de “igualdad”, que sigue siendo considerada como uno de los objetivos a lograr para el género humanos choca con el hecho de que tanto las sociedades como las relaciones humanas están construidas sobre la base de la diferencia: sexual, económica, política y culturalmente hablando. Los individuos son diferentes entre sí y por lo tanto expresan diferentes necesidades. Aún las situaciones en la vida de un solo individuo plantean diferencias de acuerdo con el contexto, la edad o su condición.

No obstante, dentro del discurso moderno, “universalidad” e “igualdad” son consideradas como objetivos que deben ser alcanzados. En este sentido, son asumidos como promesas incumplidas y por lo tanto, el principio racional que les subyace es el de la “probabilidad”. Aún si no son ciertos, son posibles. Así, el discurso se orienta hacia el “universalismo” y la “igualdad” de los hombres, pero en la medida en la que el parámetro continúa siendo el modelo occidental, la actitud que aquí se involucra conduce al

etnocentrismo: occidental es universal y mismidad es igualdad.

c) *Libertad*. Libertad es un llamado a la liberación. Originalmente fue concebido como la libertad contra la autoridad del estado, como límite a las potestades del estado. Sin embargo, poco a poco este clamor por la libertad se fue institucionalizando a través de la ley, especialmente a través de la juridificación de la vida cotidiana. En esta perspectiva, la oposición entre estado y lo que se ha denominado sociedad civil ha ido creciendo. La modernidad privilegió las instituciones, y en este sentido, para ser legítima, toda pretensión en pro de los derechos humanos tiene que ser hecha a través de esas instituciones: cortes, tribunales y comisiones de derechos humanos, normas, códigos e instrumentos internacionales. Así, los derechos humanos son institucionalizados hasta el punto de ser válidos sólo si hacen parte de la ley positiva, y se hacen defendibles sólo en la medida en la que ello puede hacerse a través de las instituciones. La dicotomía se plantea entonces en términos de gobernabilidad versus gobernancia.⁴⁴ Con toda claridad, el discurso de la modernidad es un discurso a favor de la primera. El valor racional aquí involucrado es el de la confianza, y está relacionado con la idea de que las instituciones, mejor aún si son democráticas, representan la forma correcta de hacer las cosas en nombre del bien común. Así, el peso de las instancias gubernamentales frente a las no gubernamentales representa la falta de confianza en las manifestaciones espontáneas de organización social. En este sentido, la actitud involucrada conduce a una actitud egocéntrica que intenta filtrar y reducir la insatisfacción de la comunidad por *mor* de la institucionalización.

Tópico	Dicotomía	Principio racional	Actitud
Fraternidad	a) Humano vs. Inhumano b) Unidad vs. Pluralidad	Certidumbre	Antropocentrismo
Igualdad	a) Universalidad vs. Particularidad b) Igualdad vs. Diferencia	Probabilidad	Etnocentrismo
Libertad	Gubernamentalidad vs. Gobernancia	Confianza	Egocentrismo

Hasta este punto el análisis de estos tópicos conduce a la conclusión de que los derechos humanos en su forma moderna representan un *localismo occidental globalizado* destinado a reducir la pluralidad; la diferencia y la organización social al interior de un discurso de unidad, igualdad y positividad.

Pero, por otro lado, esa misma lectura permite pensar los derechos humanos en una forma diferente. En nombre de lo anterior, se da la necesidad de reconsiderar el valor tradicional de los tópicos descritos para resignificarlos. Así, nuevos tópicos pueden surgir, no como una teoría de los derechos humanos, sino como una guía para su puesta en práctica:

a) Los Derechos Humanos no son Absolutos

Lo humano no es un valor absoluto, porque no existe una forma única de definir lo que es humano. Al contrario, lo humano tiene que ser definido en una forma situacional, por ejemplo, teniendo en cuenta la especificidad y la contingencia del ser humano. De nada sirve hablar de lo humano en abstracto, más allá, es mucho mejor comprender que un humano es una mujer, un niño, un anciano, así como un africano un indígena o un asiático. Aún más, es necesario situar la contingencia en el contexto de una situación porque no es lo mismo ser una mujer negra y anciana en Nicaragua que un joven musulmán en Alemania. En esta perspectiva, se da la necesidad de reconocer asimismo que ciertos seres humanos tienen necesidades específicas en momentos específicos: pobres, lisiados, prisioneros, inmigrantes, refugiados, enfermos... Ello no significa reconocer la diversidad sobre la igualdad, sino encontrar que la unidad está definida por la diversidad y viceversa. El punto en el que unidad y diversidad se sobreponen marca la contingencia, esto es, el momento en el que un huérfano *Cherokee* deja de ser un *humano* para convertirse en el *humano*; lo absoluto encuentra su sitio en la relatividad y en la contingencia.

Por otra parte, se da además la necesidad de reconocer que lo humano no está en la cima del mundo. De hecho, pueblos ancestrales habían ya reconocido que los seres humanos son sólo parte del mundo y que el equilibrio debe buscarse para lograr sobrevivir. Ello implica una

responsabilidad para cuidar de la naturaleza y de la ecología y para, en la medida de lo posible, restaurar los daños causados en el medio ambiente, o por lo menos, para evitar causar daños mayores. Éste es el mundo en el que vivimos, pero éste es también el mundo en el que viven animales y plantas; en la medida en la que ellos vivan nosotros también lo haremos.

b) Los Derechos Humanos no son Necesariamente Universales

Desde el momento en que "...todas las culturas tienden a definir como universal los valores que ellos consideran últimos",⁴⁵ se da la necesidad de abandonar la idea de que los derechos humanos son una preocupación universalmente compartida. Como Sousa Santos afirma, los derechos humanos son universales sólo cuando se les mira desde un punto de vista occidental. Por el contrario, debe reconocerse la validez de las perspectivas particularistas tanto como estas sean válidas para una comunidad determinada. Éste no es un llamado al particularismo; por el contrario, es una invitación a saber en qué punto lo universal y lo particular se interceptan. El mundo es multicultural y cada cultura tiene sus propias creencias y valores. Aún al interior de muchos estados occidentales no existen culturas homogéneas, sino pueblos diversos que conviven con valores y costumbres diferentes entre sí. Pero también es cierto que ninguna cultura es un sistema cerrado. La cultura es abierta y desde esta perspectiva se dan espacios de interculturalidad donde la completitud puede al menos ser imaginada. Así, los espacios interculturales definen posibilidades para la contingencia y consecuentemente para lograr una concepción más amplia de lo que los derechos humanos pueden ser.

Por otra parte, ello implica un reconocimiento explícito de que los hombres no son iguales, pero de que, precisamente por ello, deben ser tratados como si lo fueran. El reconocimiento de la diferencia permite también relativizar la ansiedad de la universalidad. Los homosexuales, por ejemplo, no son universales, en el sentido de que también la heterosexualidad y la bisexualidad existen, pero las preferencias sexuales si lo son en el sentido de que todo el mundo (incluidos animales) poseen una. Los prisioneros no son universales, pero el castigo si lo es. Desde esta perspectiva la particularidad de

la diferencia tiene también su rostro universal. En consecuencia, los derechos humanos deben ser alcanzados en el momento y para las personas que necesitan la protección de acuerdo con la concepción del mundo de su propia comunidad, sin importar si tal visión concuerda con un valor disseminado mundialmente.

c) Los Derechos Humanos son más que su Proclamación

Finalmente, existe también una necesidad de reconocer que la declaración de los derechos, al igual que la existencia de instituciones dedicadas a su protección, no deben ser confundidos con los derechos en sí. Los derechos humanos no están contenidos en la Declaración Universal o en los diversos documentos de las Naciones Unidas. Al máximo, tales instrumentos pueden considerarse como su representación. Los derechos humanos son lo que ellos son en la cotidianeidad. En esta perspectiva, más que proclamar nuevas generaciones de derechos, se hace necesario internalizar una cultura respetuosa de los derechos humanos en la sociedad, de tal forma que tales derechos se conviertan en una construcción social que parta de la base y no que sea impuesta desde arriba. Esto no quiere decir que los instrumentos internacionales no sean útiles. Lo son. Pero no son más que instrumentos. En todo caso, deben considerarse como una referencia y no como un objetivo en sí mismos. Las instituciones son útiles en la medida en la que facilitan la lucha por los derechos, pero cuando éstas se tornan en obstáculos, es necesario recurrir a otros métodos. En todo caso, es importante reconocer que los derechos humanos deben ser construidos y ejercidos de acuerdo con la *Weltanschauung* de cada comunidad.

Siguiendo a Sousa Santos,⁴⁶ a través del rompimiento del discurso moderno del derecho en general, la oportunidad de liberar las microrracionalidades contenidas en las fronteras del actual desorden global, puede conducirnos a su reinención como totalidades presentes en múltiples partes, más que como partes de una totalidad. La forma de hacerlo descansa en la

posibilidad de reconocer la pluralidad a través de la diferencia y de trivializar el derecho positivo, a partir de un activismo micro-revolucionario capaz de organizar la lucha posmoderna por los derechos humanos en la combinación de formas jurídicas estatales con otras formas de actuación legal. Como Sousa Santos escribe:

Hoy comienza a predominar un pensamiento de emancipación concreta, un pensamiento contextual que no rehusa el carácter utópico de los derechos humanos, sino que exige que su utopía, por más radical que sea, se traduzca en un cotidianeidad diferente, en el mapa de un nuevo modo de vida más auténtico. Paralelamente, se torna cada vez más evidente que la lucha contra la dominación y la explotación son eficaces en cuanto luchas contra la enajenación (...) Esta emergencia de contexto significa, antes que nada, una revalorización de la sociología de los derechos humanos. No se desconoce que las declaraciones de los derechos humanos tengan eficacia simbólica en sí mismas, pero se exige que tal eficacia no se obtenga a costa de la ocultación de la discrepancia entre tales declaraciones y la vida práctica de los ciudadanos; se exige, en suma, que los derechos sean efectivamente aplicados.⁴⁷

Éste es un llamado a atender lo que la sociedad es capaz de hacer, y ser conscientes de la medida en que una idea sacralizada de los derechos humanos puede constituirse en un obstáculo para estos mismos. Así, la hipótesis que surge aquí sugiere una nueva aproximación.

* La presente contribución es una versión revisada de la comunicación presentada en el *workshop* internacional “Jóvenes Sociólogos del Derecho”, realizado en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, los días 6 y 7 de julio de 1995; forma parte del texto *Human Rights: From Government to governance. Towards a Postmodern Understanding of Justice. Final dissertation for the International Master's Degree on Sociology of Law*. Oñati, Gipuzkoa: International Institute of Sociology of Law, 1995.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abel, R. L. (1982) *The Politics of Informal Justice. The American Experience*, vol. 1. New York: Academic Press.
- Apardurai, A. (1990) Disjuncture and Difference in the Global Cultural Economy, en Featherstone, M. (Ed.) *Global Culture Nationalism, Globalization and Modernity*. London: Sage Publications.
- Appel, K-O. (1984) "The Situation of Humanity as an Ethical Problem". *Praxis International*, 4 (250).
- Cohen, S. (1985) *Visions of Social Control*. Cambridge: Polity Press.
- Desalay, Y (1990) The Big Bang and the Law: The Internationalization and Restructuration of the Legal Field, en 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.
- Foucault, M. (1957) *Surveiller et Punir. Naissance de la prison*. París: Gallimard.
- Foucault, M. (1986) "What is Enlightenment?", en Rabinow, P. (Ed.) *The Foucault Reader*. New York: Harmonsworth.
- Foucault, M. (1991) Governmentality, en Brurchel, G., Gordon, C. y Miller, P. (Eds.). *The Foucault Effect: Studies in Governmentality*. London: Harvest Wheatsheaf.
- Friedman, J. (1990) Being in the World: Globalization and Localization, en Featherstone, M. (Ed.) *Global Culture. Nationalism, Globalization and Modernity*. London: Sage Publications.
- Habermas, J. (1987) *The Philosophical Discourse of Modernity. Twelve Lectures*. Cambridge: MA: MIT Press.
- Hannerz, U. (1991) Cosmopolitanism and Locals in World Culture, en Featherstone, M (Ed.) *Global Culture. Nationalism, Globalization and Modernity*. London: Sage Publications.
- Hunt, A. (1990) "The Big Fear: Law Confronts Postmodernism". *McGill Journal*, 35 (3), pp. 507-540.
- Hunt, A. (1993) Law as a Constitutive Mode of Regulation, en *Explorations in Law and Society: Towards a Constitutive Theory of Law*. New York: Routledge.
- Lash, S. (1987) Modernity or Modernism. Weber and Contemporary Social Theory, en Whimster, S. y Lash, S. *Max Weber: Rationalism and Modernity*. London: Clarendon Press.
- 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 Trafficking*. London.
- Menell, S. (1990) The Globalization of Human Society as Very-Long Term Social Process: Elias Theory, en Featherstone, M. (Ed.) *Global Culture. Nationalism, Globalization and Modernity*. London: Sage Publications.
- Mushakoji, K. (1992) Political and Cultural Background of Conflict and Global Governance, en Repesinghe, K. y Kuroda, M. (Eds.) *Early Warning and Conflict Resolutions*. New York: St. Martin Press.
- Resta, E. (1990) "La Diferenza Malata". Comunicación presentada en el *workshop* sobre Sociología del Control Penal: Una Visión Histórica y sus Actores Sociales. Instituto Internacional de Sociología del Derecho. Oñati, España, Septiembre 27 y 28. (Documentos W2-21)
- Robertson R. (1987) "Globalization and Societal Modernization. A note of Japan and Japanese Religion". *Sociological Analysis*, 47.
- Robertson, R. (1991) Mapping the Global Condition, en Featherstone, M. (Ed.) *Global Culture. Nationalism, Globalization and Modernity*. London: Sage Publications.

- Rojas F. (1993) "América Latina, el Difícil Camino de la Concertación y de la Integración". *Nueva Sociedad*, 125.
- Roulard, P. N. (1993). *Les Fondments Anthropologiques des Droits de l'Homme*.
- Smith, A. (1992) "National Identity and the Idea of European Unity". *International Affairs*, 68 (1), pp. 55-76.
- Sousa Santos, B. (1989a) *Os Direitos Humanos na Pós-modernidade*. Coimbra, Oficina do Centro de Estudos Sociais.
- Sousa Santos, B. (1989b) Towards a Postmodern Understanding of Law, en *Legal Culture and Everyday Life*. Oñati Proceedings, 1. Oñati, España, International Institute for the Sociology of Law.
- Sousa Santos, B. (1990) Stato e Diritto nella Transizione Post-moderna. Per un Nuovo Senso Comune Giuridico. *Sociologia del Diritto*, 3.
- Sousa Santos, B. (1991a) Una Cartografía Simbólica de las Representaciones Sociales. Prolegómenos a una Concepción Posmoderna del Derecho. *Nueva Sociedad*, 116, pp. 18-38.
- Sousa Santos, B. (1991b) The Postmodern Transition: Law and Politics, en Sarat, A. y Kearns, Th. (Eds.) *The Face of Law*. U. S. University of Michigan Press.
- Sousa Santos, B. (1994) Toward a Multicultural, Counter Hegemonic Conception of Human Rights. Comunicación presentada en el *workshop* internacional "Critical Epistemologies in Law", celebrado en el Instituto Internacional de Sociología del Derecho, 2 a 5 de octubre de 1994. (Documentos W19-17)
- Tenbruck, F. H. (1990) The Dream of a Secular Ecumene: The Meaning and Limits of Policies of Development, en Featherstone, *op. cit.*

NOTAS

1. Mushakoji, K. (1992) Political and Cultural Background of Conflict and Global Governance, en Repesinghe, K y Kuroda, M. (Eds.) *Early Warning and Conflict Resolution*. New York: St. Martin Press.
2. Rojas F. (1993) "América Latina, el Difícil Camino de la Concertación y de la Integración". *Nueva Sociedad*, 125, p. 9.
3. Véase, por ejemplo, Friedman, J. (1990) Being in the Work: Globalización and Localization, en Featherstone, M. (Ed.) *Global Culture. Nationalism, Globalization and Modernity*. London: Sage Publications.
4. Smith, A. (1992) "National Identify and the Idea of European Unity". *International Affairs*, 68 (1), pp. 55-76.
5. Appel, K-O. (1984) "The Situation of Humanity as an Ethical Problem". *Praxis International*, 4 (250).
6. Martin, J. Y Romano, A. (1992). *Multinational Crime: Terrorism, Espionage, Drugs & Arms Trafficking*. London.
7. Véanse: Hannerz, U. (1991) Cosmopolitanism and Locals in World Culture, en Featherstone, op .cit.; y Foster R. (1991) Making National Cultures in the Global Ecumene. *Annual Review of Anthropology*, 20, pp. 233-260.
8. Mennell, de la Concepción de Norbert Elías: véase Menell, S. (1990) The Globalization of Human Society as Very-Long Term Social Process: Elias Theory, en Featherstone, *op. cit.*
9. Tenbruck, F. H. (1990) The Dream of a Secular Ecumene: The Meaning and Limits of Policies of Development, en Featherstone, *op. cit.*
10. Robertson, R. (1991) Mapping the Global Condition, en Featherston, *op. cit.*
11. Robertson R. (1987) "Globalization and Societal Modernization. A note on Japan and Japanese Religion." *Sociological Analisis*, 47, pp. 35-43.
12. Smith, A. 1992, *op. cit.*
13. Véase, por ejemplo, *El País* del 31 de mayo de 1995.
14. *El País*, 1º de junio de 1995.
15. Tal vez uno de los más interesantes ejemplos de este fenómeno puede observarse en la arena política actual italiana, en relación con el futuro monopolio de los medios de comunicación por parte de Silvio Berlusconi y su papel como uno de los principales defensores del neoliberalismo en ese país.
16. Sobre este punto véase Hannerz, *op. cit.*
17. Como es sabido, el intento de integración va desde la armonización y estandarización de las leyes hasta la implantación de una moneda única, y desde la eliminación de las fronteras interiores hasta la búsqueda de una "identidad europea".
18. Smith (1992), *op. cit.*
19. Robertson (1990), *op. cit.*
20. Sousa Santos (1991b) The Postmodern Transition: Law and Politics, en Sarat, A. y Kearns, Th. (Eds.) *The Face of Law*. U. S.: University of Michigan Press.
21. Véanse, entre otros: Habermas, J. (1987) *The Philosophical 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*, en Whimster, S. y Lash, S. *Max Weber: Rationalism and Modernity*. London: Clarendon Press.
22. Foucault, M. (1986) "What is Enlightenment?", en 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*, 3, pp. 5-34.

24. Cohen, S. (1985) *Visions 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, B. (1990), *op. cit.*
27. Sousa Santos, B. (1991a) 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, en Featherstone, *op. cit.*
29. *Ibid.* pp. 296-297.
30. *Ibid.* p. 297.
31. *Ibidem.*
32. *Ibidem.*
33. *Ibidem.*
34. *Ibid.* p. 299.
35. *Ibid.* p. 308.
36. Cf. Resta, E. (1990) "La Diferenza Malata". Comunicación presentada en el *workshop* sobre Sociología del Control Penal: Una Visión Histórica y sus Actores Sociales. Instituto Internacional de Sociología del Derecho. Oñati, España, Septiembre 27-28. (Documentos W2-21).
37. Hunt, A. (1990) "The Big Fear: Law Confronts Postmodernism". *MacGill Journal*, 35 (3), pp. 507-540, p. 517.
38. Según se pueda rastrear del trabajo de Michel Foucault. Véase, por ejemplo, el clásico de Foucault, M. (1957) *Surveiller et Punir. Naissance de la Prisión*. Paris, Gallimard; o bien un texto más reciente del mismo autor (1991) *Governmentality* en Bruchel, G., Gordon, C. y Miller, P. (Eds.) *The Foucault Effect: Studies in Governmmntaity*. London: Harvest Wheatsheaf.
39. Cfr. Sousa Santos (1991a), *op. cit.*
40. Véase, por ejemplo, Desalay, Y. (1990) The Big Bang and the Law: The Internationalization and Restructuration of the Legal Field, en Featherstone, *op. cit.*
41. *Op. cit.*
42. Rouland, P.N. (1993). *Les Fondments Anthropologiques des Droits del'Homme*.
43. *Ibid.* p. 8
44. Utilizo el término en el sentido que se le ha dado desde las denominadas "*Constitutive Theories of Law*". Véase Hunt, A. (1993) Law as a Constitutive Mode of Regulation, en *Explorations in Law and Society: Towards a Constitutive Theory of Law*. New York: Rotledge.
45. Sousa Santos, B. (1991a) Toward a Multicultural, Counter Hegemonic Conception of Human Rights. Comunicación presentada en el *workshop* internacional "Critical Epistemologies in Law", celebrado en el Instituto Internacional de Sociología del Derecho, 2 a 5 de octubre de 1994. (W19-17).
46. Sousa Santos, B. (1989a) Towards a Postmodern Understanding of Law, en *Legal Culture and Everyday life*. Oñati Proceedings, 1. Oñati, España: International Institue for the Sociology of Law.
47. Sousa Santos, B. (1989b) *Os Direitos Humanos na Pós-modernidade*. Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais.

LOS DERECHOS ECONÓMICOS EN EL SISTEMA* INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: RESULTADOS Y PERSPECTIVAS*

.....
MICHELANGELA SCALABRINO

Profesora Asociada de Derecho Internacional de la Universidad Católica de Milán, Italia.

1. En el sistema universal de los derechos humanos, la actuación de los derechos económicos¹ es tarea de diferentes órganos y organismos, inclusive de los que tienen competencia específica para ocuparse de determinados continentes,² pero no recae en el ámbito de las relaciones jurídicas entre individuos/peticionarios y órganos internacionales.

En efecto, los derechos enunciados por el Pacto de Nueva York sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales no son justiciables a nivel internacional³: su efectividad depende, además de la voluntad política y de los recursos de los Estados, de los reportes periódicos que éstos elaboran, de las ayudas internacionales, y de la cooperación recíproca entre NU y países miembros. El cuadro normativo del Convenio de Estrasburgo tiene las mismas características,⁴ con excepción de lo dispuesto por el art. 1 del Protocolo I.

Sin embargo, en Europa, donde desde hace decenios se ha realizado una Comunidad Económica, se ha llegado por evolución a una Unión de Estados, cuyos efectos son evidentes, inclusive en lo que se refiere a la eficacia y efectividad de los actos jurídicos y, por ende, a su justiciabilité. Al contrario, los esfuerzos de África y América Latina de construir al menos un mercado común⁵ no han echado grandes resultados, ni siquiera desde el punto de vista estrictamente económico.

Una de las consecuencias dramáticas de la situación de que arriba hablamos, y de las cuales somos todos testigos, es que multitudes de personas desposeídas⁶ viven en condiciones de pobreza extrema,⁷ siendo objeto de abusos

internos e internacionales⁸ y de la explotación⁹ pública y privada, a pesar, en lo que concierne a América Latina, del Convenio Económico de Bogotá,¹⁰ del Convenio Constitutivo del Banco Interamericano de Desarrollo,¹¹ de los arts. 19,² 21¹³ y 26¹⁴ del Pacto de San José y, al menos por ahora, del Protocolo de San Salvador.¹⁵

Recientemente, sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶ se ha ocupado del tema de los derechos económicos en unos fallos históricos que contribuyen indudablemente a la aplicación y al desarrollo substancial de esos derechos en el derecho internacional contemporáneo y a estas decisiones se refieren las siguientes notas.

2. Con prioridad no sólo en orden de tiempo, sino también por tratarse del derecho más importante del ser humano, la Corte ha considerado el derecho a la vida desde la perspectiva de las condiciones mínimas de vida, o sea del derecho a un trabajo digno,¹⁷ a una vivienda decente¹⁸, a una suficiente cantidad de alimentos,¹⁹ a un vestuario adecuado,²⁰ a una mínima tutela de la salud²¹ y a una instrucción o formación profesional básica,²² que permitan a todos conseguir un trabajo decoroso y decorosamente retribuido.

Lo más importante es que todo esto la Corte lo ha expresado en un caso que se refería a los “niños de la calle”,²³ o sea a la categoría de personas más vulnerables entre todos los desposeídos de América Latina, siendo estos niños no sólo víctimas per se y “por antonomasia” de la conducta negligente de su propio Estado, sino también de la indiferencia de la sociedad, de la arrogancia de la policía,²⁴ y

cuando no, de verdaderas operaciones de “limpieza social”.²⁵

Debido a problemas familiares²⁶ y de otra índole,²⁷ los “niños de la calle” no tienen “hogar”,²⁸ viven errando en las calles, agrupándose con otros niños que se encuentran en su misma situación o sino formando frecuentemente bandas,²⁹ y cometiendo de vez en cuando crímenes de modesta entidad (especialmente robos)³⁰ para obviar al hambre y al frío.³¹ Privados de cualquier instrucción,³² sólo pueden encontrar trabajos precarios y ocasionales,³³ y por lo tanto quedan prisioneros en el callejón sin salida donde fueron abandonados.

Las políticas nacionales anti-crimen y la actitud psico-social generalizada³⁴ manejan de manera opuesta el problema de los “niños de la calle”, ambas negando de todos modos³⁵ el espectro viviente de los problemas que gobernantes,³⁶ instituciones³⁷ y autoridades en general no han logrado resolver.³⁸

Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente técnico-jurídico, el homicidio colectivo de los cinco jóvenes de Guatemala City habría podido ser evaluado por la Comisión y la Corte IDH bajo la óptica de la violación del art. 4 de la Convención Interamericana³⁹ y de sus normas “satélites”,⁴⁰ como se había ya hecho en otros casos. Pero no fue así.

Como tuve la oportunidad de señalar,⁴¹ la Corte tomó en consideración el derecho a la vida esencialmente como expresión de los derechos económicos,⁴² siendo estos presupuestos irrenunciables y al mismo tiempo sustancia de aquél. “En esencia”, afirma la Corte IDH, “el derecho fundamental a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieren para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico.”⁴³

Fundándose en el concepto de “obligación positiva”,⁴⁴ la Corte constata entonces que el Estado demandado, además de no haber cumplido con la obligación fundamental de salvaguardar la existencia física de las víctimas, tampoco había hecho nada para que la vida de

éstas tuviera “un cualquier sentido”;⁴⁵ que mantiene vigentes las normas jurídicas contrarias a las del derecho internacional retificado; que no destina ningún presupuesto a los “niños de la calle” y que, más bien, oculta sistemáticamente indicios y pruebas de los actos delictivos cumplidos contra estos últimos por parte de sus propios órganos.⁴⁶

“Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los ‘niños de la calle’, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna... En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.”⁴⁷

En este caso “verdaderamente paradigmático, en la medida en que retrata una situación real del cotidiano de América Latina”,⁴⁸ la Corte ha fijado entonces un criterio económico-jurídico básico: vivir no es vivir, si no se vive al menos dignamente.⁴⁹

Como consecuencia ineludible, la Corte IDH otorgó a todas las víctimas una suma considerable⁵⁰ a título de reparación de los daños morales⁵¹ y, “si bien en su sentencia de fondo no decidió que el Estado había violado el art. 2 de la Convención,⁵² pues es cierto que ésta es una obligación que el Estado debe cumplir por el mero hecho de haber ratificado dicho instrumento legal, considera que Guatemala debe implementar en su derecho interno, de acuerdo al citado art. 2 de la Convención, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole⁵³ que sean necesarias..., para prevenir que se den en el futuro hechos como los examinados”⁵⁴.

A diferencia de los fallos de la Corte Europea de DDHH, los de la Corte IADH, como se sabe, tienen eficacia de título ejecutivo en los ordenamientos de los Estados miembros⁵⁵ en lo que se refiere a las sumas resarcitorias, pero también se conoce por experiencia la reticencia de estos Estados cuando llega el momento⁵⁶ de cumplir con las decisiones sobre las reparaciones, aunque sea sólo respecto al pago de las indemnizaciones.⁵⁷

Guatemala no hace excepción a la regla, pero tuvo la inteligencia de entender que a la decisión sobre sus “niños de la calle” no podía

escapar: el 21 de diciembre de 2001,⁵⁸ el quantum dispuesto por la Corte fue entregado a los supervivientes.⁵⁹

La sentencia prevee además, a cargo del Estado, unas obligaciones de hacer de altísimo valor moral,⁶⁰ disponiendo la construcción de una escuela especialmente destinada a los “niños de la calle”, dedicada a la memoria de aquellos que fueron asesinados;⁶¹ la exhumación de los restos de una de las víctimas, Henry Giovanni Contreras, para que reciban sepultura digna según los deseos de su madre⁶² y, sobre todo, comprometiendo al Parlamento para que adopte normas jurídicas y destine recursos adecuados para ir resolviendo el problema de la infancia sin hogar y empezar a dar soluciones para evitarlo en el futuro.

Por supuesto, ambos compromisos no se realizarán sin obstáculos y en el inmediato: la decisión de la Corte es de todos modos histórica⁶³ y a ella se podrán apelar con certeza⁶⁴ los demás que se reconocerán en ella.

Una pregunta surge entonces espontáneamente: ¿cómo va a reaccionar en el futuro el sistema jurídico latinoamericano de los derechos humanos, otra vez que la vida de un peticionario se desarrolle en las mismas condiciones económicas y sociales en que se encuentran los “niños de la calle”?

No obstante el art. 26 de la Convención, el Protocolo de San Salvador y el hecho que la Corte IDH suele aplicar todos los instrumentos internacionales pertinentes del sistema universal, no es fácil responder abstractamente a este interrogativo.

Desde el punto de vista procesal, y para que se garantice el respeto de la competencia ratione materiae,⁶⁵ es posible que no pueda prescindirse de un “elemento de mediación”, o sea de la violación de una de las demás normas de la Convención, sobre todo porque ya la Corte ha demostrado de no alejarse de la aplicación rigurosa de los criterios que regulan su jurisdicción.⁶⁶

Aún así, la “lectura” del derecho a la vida como derecho a las condiciones mínimas de vida digna es mucho más que la interpretación y aplicación extensiva de una Convención, en búsqueda de su “espíritu”, o, en otras palabras, de una “lectura” que se ubica únicamente en el

ámbito de los mecanismos aplicativos de las normas jurídicas.⁶⁷

En los fallos⁶⁸ de la Corte IADH, la víctima, y no el responsable, es el verdadero eje del juicio⁶⁹: de esta manera, el derecho internacional experimenta una verdadera “revolución copernicana”, en la que se evidencia no sólo la diferente modalidad en que la Corte IDH procede respecto a su homóloga europea,⁷⁰ sino también los resultados que se pueden obtener gracias a la autonomía conceptual de los derechos humanos⁷¹ respecto a otras áreas del mismo derecho internacional.

Por esto el Presidente de la Corte IADH, quien apoya e impulsa este cambio de perspectiva,⁷² afirma: “el presente caso de los “niños de la calle” fue sometido al conocimiento de la Corte Interamericana [...], pero los hechos denunciados forman no más que un microcosmo de la brutalidad imperante en el cotidiano de las calles de América Latina y, ¿por qué no admitirlo? – de las calles de todo el mundo de nuestros días”⁷³, agregando además “que, aunque los responsables por el orden establecido no se den cuenta, el sufrimiento de los excluidos se proyecta ineluctablemente sobre todo el cuerpo social. La suprema injusticia del estado de pobreza infligido a los desafortunados contamina a todo el medio social.”⁷⁴

El mensaje de la Corte es fuerte y claro: un sistema de derechos humanos debe tutelar al individuo en su totalidad; por eso, no sólo existe interrelación, sino también indivisibilidad⁷⁵ entre derechos fundamentales; es más, los derechos económicos pueden tener “supremacía funcional” respecto de los derechos fundamentales de libertad⁷⁶, pues la aplicación de las normas sobre derechos humanos deben considerar el “verdadero sufrimiento humano”⁷⁷.

Y de esta forma vemos que, mientras los Jefes de Estado y de Gobierno, en cada uno de los numerosos vértices que organizan, reafirman, declaran⁷⁸, constituyen comisiones y comités, mandan que se reflexione y se estudie, por otro lado un consejo de solamente siete jueces logró acortar las distancias entre diferentes instrumentos internacionales y diferentes categorías jurídicas, buscando colmar el abismo que aún separa las garantías formales de las sustanciales, conscientes de que lo económico puede tener prioridad funcional sobre el mismo

derecho, pasando legítimamente a formar parte ahora de lo jurídico.

3. Lo económico⁷⁹ ocupa también un lugar preponderante en otra decisión de la Corte. Se trata de la Sentencia serie C, n. 79, del 31 de agosto de 2001⁸⁰, sobre el fondo y las reparaciones, en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua⁸¹.

Aquellos que poseen alguna familiaridad con el problema de las “minorías” en el derecho internacional de los derechos humanos bien saben que este tema tiene una importancia muy grande en Latinoamérica, pues las comunidades indígenas⁸², en aquel hemisferio, no son minorías, sino etnias originarias o “madres” (si licet el término), y frecuentemente representan, en realidad, la mayoría de la población de los Estados⁸³.

En Nicaragua⁸⁴, como en otros países con habitantes autóctonos, los derechos de las poblaciones indígenas son formalmente declarados por la Constitución⁸⁵, donde se proclama la tutela personal⁸⁶ y patrimonial de los indígenas, y el respeto de su credo religioso y de sus cultos, de su cultura y de sus tradiciones⁸⁷.

Pese al dictado de la Carta y a una decisión en este sentido por parte de la Corte Costitucional⁸⁸, el Estado nicaragüense había negado la demarcación y el reconocimiento de la propiedad⁸⁹ de las tierras⁹⁰ donde vive la Comunidad Awas Tingni. Por el contrario, le había otorgado a una sociedad anónima extranjera⁹¹ denominada “Solcarsa” (Sol del Caribe S. A.), una concesión trentenal para la explotación forestal de 68.000⁹² ha de las tierras ocupadas por la Comunidad. Nótese per incidens que “Solcarsa” había sido ya sancionada⁹³ por haber realizado cortes ilegales de árboles y por haber ejecutado obras sin permiso ambiental.⁹⁴

“Para conservar los recursos a través de la actividad forestal, es necesario que ocurran tres cosas. Primero, que la operación forestal sea técnicamente sustentable, es decir, que la explotación no exceda la capacidad que tiene el bosque de regenerarse naturalmente. Segundo, que existan los elementos para que la operación sea económicamente rentable, es decir, viable económicamente. Tercero, específicamente para el caso de los bosques en América Latina donde hay una gran cantidad de poblaciones rurales que viven alrededor de éstos, es indispensable que

sea viable socialmente”, o sea “que estas operaciones, aunque sean técnicamente exitosas y económicamente viables, no atenten contra derechos que puedan tener las comunidades que habitan en estos bosques.”⁹⁵

La Corte afirma en primer lugar⁹⁶ que es necesario hacer inmediatamente efectivos los derechos de los peticionarios, por lo que decide que “el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el art. 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni.”

En la óptica de la Corte, la existencia de un procedimiento interno *ad hoc* se pone como estrechamente funcional al art. 21 de la Convención, que afirma el derecho al goce de los bienes.

A pesar de la formulación literal de la norma⁹⁷ en efecto, “[pues] los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno, puesto que además, los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales, [...] mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, [y] tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables”, agrega la Corte en forma sintética; “[se] considera que el art. 21 de la Convención tutela el derecho a la propiedad⁹⁸ en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”⁹⁹.

Y como breve explicación de esta afirmación, añade: “por el hecho de su propia existencia, los indígenas tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su supervivencia económica”¹⁰⁰.

Además, “para las comunidades indígenas, la relación con la tierra no es

meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras... El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.¹⁰¹

En esta ocasión también,¹⁰² para la aplicación del derecho consuetudinario “local” pareció oportuna una “justificación normativa”, que la Corte ha encontrado fácilmente en el art. 5 de la Constitución nicaragüense¹⁰³ y en el art. 29 letra b de la Convención,¹⁰⁴ pero las conclusiones son total y manifiestamente autónomas y nuevas.

“En atención a lo anterior”, afirma en efecto la Corte, “a la luz del art. 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.”

Y en su Voto Razonado concurrente, el Juez García Ramírez expresa con más detalles¹⁰⁵ el iter jurídico de esta conclusión: “diversos instrumentos internacionales concernientes a la vida, cultura y derechos de los indígenas invocan el reconocimiento explícito de sus instituciones jurídicas y, entre ellas, de las formas de propiedad que han prevalecido y prevalecen entre aquéllos¹⁰⁶. De la revisión de estos textos se desprenden la legitimidad que tienen y el respeto que merecen esos sistemas de tenencia de la tierra, así como la necesidad que existe, en tal virtud, de proveer a su reconocimiento y defensa. El ámbito de los derechos individuales de los indígenas y colectivos de sus pueblos se integra, por ende, con las estipulaciones de los instrumentos generales sobre derechos humanos, aplicables a todas las personas, ilustradas con los datos que constan en esos otros catálogos específicos...

Estos datos constituyen elementos útiles – más todavía, indispensables – para la interpretación¹⁰⁷ de las normas convencionales que debe aplicar la Corte.”

Frente al texto del art. 21 del Pacto de San José reconstruido en su génesis histórica, se reconoce, entonces, que “no existe sólo un modelo de uso y goce de bienes: cada pueblo, conforme a su cultura, intereses, aspiraciones, costumbres, características y creencias”, puede tener legítimamente una propia “versión del uso y goce de los bienes”,¹⁰⁸ con un significado histórico-social específico.¹⁰⁹

Este parámetro ha que ser aplicado también a la luz del sistema jurídico en el cual las normas internacionales son destinadas a operar.¹¹⁰

Procediendo en esta manera, “la sentencia en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contribuye al reconocimiento de unas relaciones jurídicas específicas, que concurren a integrar el estatuto característico de una buena parte de los habitantes de América.”

Y de acuerdo a estas consideraciones, la Corte decide que el Estado demandado “deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”¹¹¹.

En lo que respecta a la indemnización por daños morales, “por siete votos contra uno”, y conforme a un precedente,¹¹² “la Corte decide, por equidad, que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión IADH.”¹¹³

El Voto Razonado conjunto del Presidente y de los Jueces Pacheco Gómez y

Abreu Burelli, aunque en forma fugaz, va más lejos, y señala la meta que la Corte podría alcanzar en un futuro no muy lejano. “El concepto comunal de la tierra – inclusive como lugar espiritual – y sus recursos naturales”, escriben los Jueces, “forman parte del derecho consuetudinario de la Comunidad; su vinculación con el territorio integra su vida cotidiana, y el propio derecho a la propiedad comunal posee una dimensión cultural. En suma, el habitat forma parte integrante de su cultura, transmitida de generación en generación.”¹¹⁴ “Consideramos per lo tanto necesario”, añaden, “ampliar este elemento conceptual con un énfasis en la dimensión intertemporal de lo que nos parece caracterizar la relación de los indígenas de la Comunidad con sus tierras. Sin el uso y goce efectivos de estas últimas, ellos estarían privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria. El sentimiento que se desprende es en el sentido de que, así como la tierra que ocupan les pertenece, a su vez ellos pertenecen a su tierra. Tienen, pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro.”¹¹⁵

Los derechos económicos, como ya en el caso Villagrán Morales y otros, sirven para preservar el derecho fundamental a la vida, entendiéndolo además como derecho de los núcleos étnico-sociales a vivir según las propias especificidades.

En nuestro mundo contemporáneo, donde existe una pluralidad de sociedades multiétnicas y multiculturales, “la atención debida a la diversidad cultural nos parece que constituye un requisito esencial para asegurar la eficacia de las normas de protección de los derechos humanos, en los planos nacional e internacional.”¹¹⁶

Lo económico toma entonces una dimensión aún más amplia, transformándose en presupuesto y contenido de derechos colectivos, y entra finalmente en el derecho de las relaciones entre los Estados.¹¹⁷

4. En este contexto, esto había sido ya evocado en dos casos¹¹⁸ en que conflictos armados,¹¹⁹ persecuciones políticas¹²⁰ y pobreza¹²¹ habían provocado amplios flujos migratorios¹²² internos¹²³ e internacionales.¹²⁴

Paralelamente a lo que sucede en Europa, también en el Continente Latinoamericano “los Estados de recepción están forzados a reconciliar dos principios fundamentales pero contrapuestos: por un lado, su derecho a regular la entrada de personas a su territorio de acuerdo a sus necesidades,¹²⁵ en otras palabras, de ejercer su soberanía; y por otro, respetar la dignidad intrínseca y el derecho de millones de seres humanos que emigran de sus países en busca de mejores condiciones de vida para ellos y sus familias.”¹²⁶

Cuando en este “diálogo antinómico” prevalece la concepción ilimitada de la soberanía,¹²⁷ los procedimientos de expulsión de masa,¹²⁸ ejecutados en forma coactiva y hasta sin escrúpulos,¹²⁹ pueden transformarse en una regla, al igual que las medidas restrictivas de la libertad de circulación interna.

Es entonces cuando los protagonistas de los flujos migratorios se ven penalizados doblemente, encontrándose acorralados por eventos y decisiones que los ignoran totalmente; ellos representan números, no personas, en un evidente contraste con cualquier disposición sobre los derechos humanos¹³⁰; ni más ni menos que despojados¹³¹ de sus raíces. Este fue el caso de la expulsión de los refugiados haitianos por parte de la República Dominicana, a cuyo territorio habían entrado, y de los desplazados al interno del territorio colombiano a consecuencia del conflicto armado.

Aunque “la normativa internacional de protección atinente a los derechos humanos sigue siendo insuficiente,¹³² ante la falta de acuerdo en cuanto a las bases de una verdadera cooperación referente a la protección de todos los desarraigados,¹³³ el descompás que aún persiste entre las demandas de protección en un mundo “globalizado” y los medios de protección en un mundo “atomizado”¹³⁴ no alcanza a las consecuencias que la República Dominicana formuló en sus conclusiones, sino más bien, todo lo contrario.

Si cada Estado reivindica únicamente para sí mismo cada posible manifestación de la potestad decisonal, entonces deberá responder por las consecuencias.¹³⁵

Nuevamente la Corte IDH se interpone ejemplarmente en favor de los más débiles, ordenando a la República Dominicana que

permita antes que nada la reunificación familiar de los padres expulsados con los hijos menores que quedaron en el país¹³⁶: padres e hijos tienen el derecho de vivir juntos y estos últimos no podrían proveer por sí mismos a la propia existencia. Ordena además que el Estado garantice que no serán expulsadas las personas ya identificadas,¹³⁷ y con respecto a las no identificadas,¹³⁸ que el gobierno entregue pronto y debidamente las informaciones que le fueran requeridas¹³⁹, con la advertencia que la Corte IDH podrá adoptar nuevas medidas cautelares, toda vez que se presenten las condiciones procesales *ad hoc*.

Además, “es necesario que las personas puedan seguir viviendo en su residencia habitual y que el Estado brinde las condiciones necesarias para que las que se hayan visto forzadas a desplazarse regresen a sus hogares”¹⁴⁰.

En este contexto, las medidas cautelares ofrecen posibilidades de protección muy vastas¹⁴¹, que van más allá de la “simple” garantía de protección de la vida¹⁴²: es justamente esta jurisprudencia que demuestra la capacidad de tutela de las medidas cautelares urgentes, cuyo mecanismo tuvo que ver, por primera vez, no sólo con la prohibición de las expulsiones, sino también con el regreso inmediato de los peticionarios a su propio Estado¹⁴³ o a su región, a la reunificación de la familia y a la protección de los menores.¹⁴⁴

Mientras en las Resoluciones concernientes a la República Dominicana, la Corte había considerado, del mismo modo que su homóloga europea, que no podía decidir respecto a sujetos indeterminados, a falta de actio popularis en la Convención, la Resolución del 24 noviembre de 2000 sobre el caso de Colombia supera fácilmente este límite en el nombre de una función general de la protección de urgencia.¹⁴⁵

5. “En este inicio del siglo XXI, como lo revelan las recurrentes violaciones de derechos humanos con extremos de crueldad, el ser humano de la era digital y de los flujos de capitales volátiles, al igual que sus predecesores de las sociedades más primitivas, continúa capaz de victimizar a sus semejantes en escala creciente.”¹⁴⁶

A las violaciones “habituales” de los derechos humanos, se suman, en forma cada vez más frecuentes las violaciones de los derechos

económicos, que no son menos graves de las primeras, como lo demuestran las decisiones que fueron consideradas en esta sede, y para éstas también vale el principio que el reestablecimiento “de la justicia ayuda a cicatrizar... las heridas más profundas.”¹⁴⁷

El hecho de que haya sido Latinoamérica donde se han tomado las primeras decisiones referidas a los derechos económicos básicos¹⁴⁸, y que éstos hayan sido aplicados equiparándolos directa o en forma mediata a los derechos humanos tradicionales, no es ciertamente una casualidad. La situación de dramática pobreza en que se encuentra la mayoría de la población del Continente ha hecho posible que a nivel técnico-jurídico se verificara un vuelco del eje tradicional, y que se afirmara la improrrogable necesidad de un concepto “mínimo” de lo económico, para darle efectiva aplicación y contenido a los otros derechos fundamentales, que de esta forma resultan fortalecidos.

A este resultado pragmático llegó la Corte Interamericana a través de una lectura técnica profundamente innovativa de la Convención¹⁴⁹ y de los demás instrumentos del derecho internacional de los Derechos Humanos, demostrando así que el sistema interamericano tiene una potencialidad, que aún no ha sido suficientemente valorada por los comentaristas europeos.

En tal contexto, la entrada en vigor del Protocolo de San Salvador no parece que pueda autorizar, por sí misma, resultados más amplios de los que ya se alcanzaron, pues peticiones ultra vires ratione materiae suscitarán indudablemente excepciones preliminares por parte de los Estados.

A través del art. 26 de la Convención, el Protocolo de San Salvador podrá aún valer al menos como fuente integrativa para una interpretación “auténtica” de ésta, resultando así una ampliación del ámbito de aplicación del art. 29 letra a del Pacto de San José.

El efectivo rol que la Convención Americana de Derechos Humanos podrá jugar dependerá más bien de la aplicación, por parte de los peticionarios, de los nuevos Reglamentos¹⁵⁰.

Con razonable certeza, puede preverse que la posibilidad del peticionario de participar en la tramitación de su caso ante la Corte y,

posteriormente, de presentar autónomamente su defensa, significará una ampliación importante del espectro de acción de la Corte, y ciertamente es en esta clave que deberán ser leídas las sentencias futuras.

De una cosa se puede ya estar cierto, y es que aquella afirmación desconsolada y realista,¹⁵¹ que Francisco de Vitoria citó de Horacio¹⁵² y puso como cierre a su obra “de Indis”,¹⁵³ no quedará indiferente a la Corte Interamericano de Derechos Humanos.

* Para un análisis crítico de la expresión “sistema interamericano”, véase A. A. CANÇADO TRINDADE, Reflexiones sobre el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, J. Méndez y F. Cox editores. México: IIDH, San José, 1998, pp. 573-603 y en particular pp. 574-576.

BIBLIOGRAFÍA

1. ANAYA S. J., The Awas Tingni Petition to the Interamerican Commission on Human Rights: Indigenous Lands, Loggers and Government Neglect in Nicaragua, St. Thomas L. Rev., 1996, 9, p. 157 y sig.
2. ANAYA J. y CRIDER T. Indigenous Peoples, the Environment, and Commercial Forests in Developing Countries: The Case of Awas Tingni, Nicaragua, HRQ, 1996, 2, pp. 345-367.
3. ANAYA J. y WILLIAMS R. JR. The Protection of Indigenous Peoples' Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System, Harv.HR J., 2001, 14, p. 33 y seg.
4. ANAYA S.J. Maya Aboriginal Land and Resource Rights and the Conflict Over Logging in Southern Belize, Yale Hum. Rts. Dev. L.J., 1998, 1, pp. 17-51.
5. ANGHIE A. Time Present and Time Past: Globalization, International Financial Institutions, and the Third World, N.Y.U. J. Int'l L. and Pol., 2000, pp. 243-290.
6. AUBÉRIQUE CHARLES J. Pueblos Indígenas y Tierra-Guyanas, ALAI, América Latina en Movimiento, 298, 18 de agosto de 1999.
7. BARRI FLOWERS R. The Sex Trade Industry's Worldwide Exploitation of Children, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, 2001, 575, pp. 148-157.
8. BARSH R.L., The Challenge of Indigenous Self-Determination. U. Mich. J.L. Ref., 1993, 26, p. 277 y seg.
9. BARSH R.L. Indigenous Peoples in the 1990s: From Object to Subject of International Law?, Harv. HR J., 1994, 7, pp. 33-86.
10. BARSH R.L. Indigenous Peoples and the UN Commission on Human Rights: A Case of the Immovable Object and the Irresistible Force, HRQ, 1996, 18, pp. 796-800.
11. BARSH R. L. Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis, Harv. HR J., 1999, 12, p. 57 y seg.
12. BENDIKSBY T. Minority Rights, Justice and Ethnicity in Guatemala, en "Human Rights in Development", H. Stokke y A.Tostenes Editores, SIM Yearbook 1999/2000, Kluwer, 2001, p. 163 y sig.
13. BEYER N. The Sex Tourism Industry Spreads to Costa Rica and Honduras: Are These Countries Doing Enough to Protect Their Children from Sexual Exploitation?, Georgia J. Int'l and Comp. L., 2001, pp. 301-333.
14. BICUDO H. Cumplimiento de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI", Tomo I. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 229-234.
15. BICUDO H. y ALVAREZ I. Notas respecto a la Relatoría de Derechos del Niño de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Revista IIDH, 1999, 29, pp. 161-170.
16. BIRCH A. Breaking Cycles of Poverty in Latin America – The Rights of the Child to Education, International Children's Rights Monitor, 2000, 13, 3 pp. 32-34.
17. BOL J. Using International Law to Fight Child Labor: A Case Study of Guatemala and the Inter-American System, Am.Univ. Int'l L. Rev., 1998, p. 1135 y sig.
18. BUERGENTHAL T. Implementation of the Judgments of the Court, en "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI", Tomo I. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp.185-193.

19. BURGER J. y HUNT P. Towards the International Protection of Indigenous Peoples' Rights, NQHR, 1994, 4, pp. 405-423.
20. CASA ALIANZA, Percepciones de la Vida Cotidiana de Niños, Niñas y Jóvenes en Guatemala, enero de 2002.
21. CANÇADO TRINDADE A.A. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.
22. CANÇADO TRINDADE A. A. Reflexiones sobre el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en “El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. San José: J. Méndez y F. Cox Editores, IIDH, 1998.
23. CANÇADO TRINDADE A. A. La Emancipación del Ser Humano vis-à-vis su propio Estado: el Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en “El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. San José: J.Méndez y F. Cox editores, IIDH, 1998, pp. 595-603.
24. CANÇADO TRINDADE A. A. La Interdependencia de Todos los Derechos Humanos, Obstáculos y Desafíos en la Implementación de los Derechos Humanos (traducción en castellano publicada por <http://www.unesco.org/issj/rics/rics158/trindadespa.html> del artículo homónimo aparecido en la Revue Internationale de Sciences Sociales. Paris: UNESCO, 1998, pp. 571-582.
25. CANÇADO TRINDADE A. A. Prefacio y Parte I “Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Refugiados: Aproximações ou Convergências”, en CANÇADO TRINDADE A. A., PEYTRIGNET G. y DE SANTIAGO J. R., As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados, publicados en el sitio web <http://www.icrc.org/icrcspa.nsf/4dc394db5b54f3fa4125673900241f2f/fee6377eea5d00d3412568b000381f0a?OpenDocument>.
26. CANÇADO TRINDADE A. A. 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, Revista IIDH, 2001, 30-31, pp. 45-71. CANÇADO TRINDADE A. A., The Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights: an Overview, en fase de publicación en “Studi in Onore di G.Arangio-Ruiz”, 2002, 38 págs.
27. CEJIL GACETA, n.12, 2000. CERQUEIRA FILHO G. y NEDER G. Law, Family and Policies for Street Children in Brazil, Int. J. of Law, Policy and Family, 1998, pp. 279-287.
28. CLARK H.R. y VELAZQUEZ A. Foreign Direct Investment in Latin America: Nicaragua – a Case Study, Am. U. Int'l L. Rev., 2001, 16, pp. 743-807.
29. CONNOLLY M. Adrift in the City: A Comparative Study of Street Children in Bogota, Colombia, and Guatemala City, en “Homeless Children: The Watchers and the Waiters”, N.Boxill Ed., The Haworth Press, New York, 1990, *passim*. COULTER R. The Draft UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: What is It? What does it Mean?, NQHR, 1995, 2, pp.123-138. DE MATTEIS C. Forced return of Haitian Migrants under Executive Order 12.807: a Violation of Domestic and International Law, North Car.J.Int'l L. Comm.Reg., 1993, pp. 431-455.
30. DULITZKY A. y CUNILLERA TAPIA L. A Non-Governmental Perspective Regarding the International Protection of Children in the Inter-American System of Human Rights, Florida State Univ.J. Transnat'l L. and Policy, 1999, pp. 265-291. DULITZKY A. y GONZÁLES F. Derechos Humanos y la Organización de los Estados Americanos: 1999-2000, Revista IIDH, 2000, 30-31, pp. 189-236. ERCMANN S. Linking Human Rights: Rights of Indigenous People and the Environment, Buff. Envir.L.J., 1999-2000, pp. 15-46.
31. ESQUIROL J. Can International Law Help? an Analisis of the Colombian Peace Process, Connecticut J. Int'l L., 2000, p. 23 y sig.

32. EXUMÉ J. Le Pacte de San José et les Pays de la Région Caraïbe, en "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI", Tomo I. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 251-261.
33. FAÚNDEZ LEDESMA H. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales, 2a ed.. San José: IIDH, 1999.
34. FELICE W. The U.N. Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: Race, and Economic and Social Rights, HRQ, 2002, 1, pp. 205-236.
35. FERNANDES E. Extrajudicial Executions of Children: Shortcomings of Social Citizenship and the Fallacy of Criminal Justice in Brazil, NQHR, 1994, 2, pp. 117-135.
36. FLORES J.F. Los Cimientos: Tierra sin Ley, Tesis de graduación.
37. FREY B. The Legal and Ethical Responsibilities of Transnational Corporations in the Protection of International Human Rights, Minnesota J. Global Trade, 1997, pp. 153-188.
38. GALBRAITH K. S. Moving People: Forced Migration and International Law, *in* Georgetown Immigr. L.J., 1999, 13, p. 597 y sig.
39. GARCÍA RAMÍREZ S. Las Reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, en "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI", Tomo I. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 129-159.
40. GEISLER N., The International Protection of Internally Displaced Persons, International Journal of Refugee Law, vol. 11, 3, pp. 451-478.
41. GLASINOVICH W., Child Work and Education: Five Case Studies from Latin America. Firenze: UNICEF, 1998.
42. GOETZ P. Is Brazil Complying with the UN Convention on the Rights of the Child?, Temple Int'l and Comp. L.J., 1996, pp.147-169.
43. GONZALES F. Persistencia de la Identidad Indígena, en <http://www.geocities.com/Athens/Atrium/9449/s3fgon2.htm>.
44. GREENPEACE. "Deni Indians Win Legal Right to their Amazon Land – 18 October 2001".
45. GROSSMANN C. *Awas Tingni vs. Nicaragua: A Landmark Case for the Inter-American System*, HR Brief, Spring 2001. GRUPO INTERAMERICANO SOBRE POBLACIÓN Y DESARROLLO. La alta incidencia de mortalidad infantil y las condiciones de vida los niños de la calle: problemas especiales en América Latina y en el Caribe – The high child mortality and the life conditions of the street-children: special problems in Latin American and the Caribbean. New York, 1990. HEALY M. Prosecuting Child Sex Tourists at Home: Do Laws in Sweden, Australia, and the United States Safeguard the Rights of Children as Mandated by International Law?, Fordham Int'l L.J., 1995, pp. 1852-1923.
46. HELTON A.C. y JACOBS E. What is Forced Migration?, Georgetown Immigr. L. J., 1999, 13, pp. 521-530.
47. HOLLEY M. Recognizing the Rights of Indigenous People to their Traditional Lands: A Case Study of an Internally-Displaced Community in Guatemala, Berk. J. Int'l Law, 1997, pp. 119-157.
48. HOLWICK S. Transnational Corporate Behavior and Its Disparate and Unjust Effects on the Indigenous Cultures and the Environment of Developing Nations: *Jota v. Texaco, a Case Study*, Colorado Journal of Int'l Env't'l Law and Policy, 2000, 11, pp.183-221.
49. HUNE S. y NIESSEN J. Ratifying the UN Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects, NQHR, 1994, 4, pp. 393-404.
50. JENNINGS M. y ENTINE J. Business with a Soul: A Reexamination of what Counts in

- Business Ethics, Hamline J. Pub. L. Policy, 1998, 20, pp. 1-88.
51. JOCHNICK C. Confronting the Impunity of Non-State Actors: New Fields for the Promotion of Human Rights, NHRQ, 1999, 1, pp.56-79.
 52. KNIGHT D. Devastating Logging in Nicaragua, IPS World News, Washington, 9 de octubre de 1998.
 53. KOSSEN S. Five Murdered Street Children in Guatemala: A Precedent Before the Inter-American Court of Human Rights, HR Bief, 1999, pp.11-18.
 54. KRSTICEVIC V. Líneas de Trabajo para Mejorar la Eficacia del Sistema, en “El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. San José: J. Méndez y F. Cox Editores, IIDH, 1998, pp. 413-448.
 55. LECKIE S. Violations of Economic, Social and Cultural Rights, SIM Specials, 20, pp. 32-86.
 56. LOPEZ BERMUDEZ F. Indigenous Peoples and International Law: The Case of Ecuador, St. Thomas L. Rev., 1997, pp.175-196.
 57. LOZANO ESCRIBANO T. El Fondo Indígena Creado en el Seno de las Cumbres Iberoamericanas, en “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI”, Tomo I. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 427-436.
 58. MACDONALD T. Internationalizing Indigenous Community Land Rights: Nicaraguan Indians and the Inter-American Court of Human Rights, en Nicaragua – The Awas Tingni Land Demarcation Case: Focus on Compliance, 2001.
 59. MACKAY F. Universal Rights or a Universe unto Itself? Indigenous Peoples' Human Rights and the World Bank's Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples, Am. U. Int'l L. Rev., 2002, 17, pp. 527-624.
 60. MANTEI C. It Takes a Village to Raise a Child: The Role of the Organization of American States in Eliminating the Worst Forms of Child Labor in Brazil, Univ. Miami Inter-Am. L. Rev., 2001, pp. 469-522.
 61. MÉNDEZ J. Derechos de las Poblaciones Indígenas, Iudicium et Vita, 1998, 6, pp. 11-41.
 62. MONSHIPOURI M. y WELCH C. The Search for International Human Rights and Justice: Coming to Terms with the New Global Realities, HRQ, 2001, 2, pp. 370-401.
 63. MURSHED M. Unraveling Child Labor and Labor Legislation, Journal of International Affairs, 2001, 55, pp. 169-184.
 64. PENNA FIRME T. Meeting at Risk Children where they Get Together: An Alternative Concept of Community, en “Justice For Children”, S. Asquith e M. Hill editores, 1994.
 65. PERALTA M. y GUILLERMO J. Niños de y en la calle de la ciudad de Guatemala, Guatemala: Universidad de San Carlos, 1987.
 66. PHUONG C. Internally Displaced Persons and Refugees: Conceptual Differences and Similarities, NQHR, 2000, 2, pp. 215-229.
 67. C. PHUONG. Improving the United Nations Response to Crises of Internal Displacement, International Journal of Refugee Law, 2001, 13, 4, pp. 491-517.
 68. RACE LAVE T. Breaking the Cycle of Despair: Street Children in Guatemala City, Columbia HR L. Rev., 1995, 27, pp. 57-118.
 69. RODRÍGUEZ CALDERÓN M. Un viejo Problema de Hoy – La Expulsión de Haitianos en República Dominicana, ALAI América Latina en Movimiento, 29 de setiembre de 1999.
 70. RODRÍGUEZ RESCIA V. La Ejecución de Sentencias de la Corte, en “El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”. San José: J. Méndez y F. Cox Editores, IIDH, 1998, pp. 449-490.

71. ROLDÁN DEL AGUILA M. A. Anemia, Benceno y Tolueno. Guatemala: Universidad de San Carlos, 1992.
72. RUIZ DE SANTIAGO J. El Derecho Internacional de los Refugiados: Desarrollos en América Latina y sus Perspectivas en el Nuevo Milenio, en “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI”, Tomo I. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 439-462.
73. SAAVEDRA P. Algunas Consideraciones sobre la Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio, Revista IIDH, 1999, 29, pp. 153-170.
74. SACLIER C. The Rights of the Child and Adoption in Guatemala, International Children's Monitor, 2001, 3, pp.18-21.
75. SACHS A. Social and Economic Rights: Can They Be Made Justiciable?, SMULR, 2000, pp.1381-391.
76. SCHMERTZ J.R. JR. y M.MEIER. Nota en reo Villagrán Morales y otros, Transnational Law Associates, LLC International Law Update, Human Rights, vol. 6, n.1, enero de 2000.
77. SCHWARTZ E. Getting away with Murder: Social Cleansing in Colombia and the Role of the United States, Univ. Miami Inter-Am.L. Rev., 1995, pp. 381-420.
78. SEITLES M. Effect of the Convention on the Rights of the Child upon Street Children in Latin America: A Study of Brazil, Colombia and Guatemala, Buff. Jour. Pub. Int's Law, 1997-1998, 16, pp. 159-193.
79. SESSAREGO C. F. Apuntes para una Distinción entre el Daño al “Proyecto de Vida” y el “Daño Psíquico”, Themis, 1995, 32, pp. 161-164.
80. SESSAREGO C. F. Daño a la Persona y Daño Moral en la Doctrina y en la Jurisprudencia Latinoamericana Actual, Themis, 1998, 38, pp. 179-210.
81. SESSAREGO C. F. El Daño al “Proyecto de Vida” en una Reciente Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Themis, 1999, 39, pp. 453-464.
82. SOMARRIBA M.G. Por el caso de Solcarsa y lenidad de Marena, Controlaría clava a Stadthagen – Responsabilidad administrativa y pliego de glosas por dos millones de córdobas, El Nuevo Diario, Managua, Viernes 1 de Octubre de 1999.
83. SPEED S. y COLLIER J. Limiting Indigenous Autonomy in Chiapas, Mexico: The State Government's Use of the Human Rights, HRQ, 2000, 4, pp. 877-905.
84. STEDILE J.P. Reforma agraria en Brasil, ALAI, América Latina en Movimiento, 24 de enero de 2000.
85. STRONG S. Children's Rights in Intercountry Adoption: Towards a New Goal, Boston Univ. Int'l L.J., 1995, p. 163 y sig.
86. TARAN P. Status and Prospects for the UN Convention on Migrants' Rights, in European Journal of Migration and Law, 2000, 1, pp. 85-100.
87. TIERNEY N. Robbed of Humanity: Lives of Guatemalan Street Children, Pangaea Press, St. Paul-Minn., 1997.
88. THOMPSON H. Las Empresas Transnacionales y los Derechos Indígenas, en <http://www.puebloindio.org/moskitia/-empresas%20transnacionales%20y%20-di.html>.
89. URQUILLA BONILLA C. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Contexto de la Reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Revista IIDH, 2000, 30 -31, pp. 259-281.
90. WIESSNER S. Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis, Harv. HR. J., 1999, p. 57 y sig.
91. WIESSNER S. y BATTISTE M. A. The 2000 Revision of the United Nations Draft Principles and Guidelines on the Protection

- of the Heritage of Indigenous People, St.Thomas L.R., 2000, 13, pp. 383-414.
92. WILSON R.y PERLIN J. The Inter-American Human Rights System: Activities During 1999 Through October 2000, Am. U. Int'l L. Rev., 2001, 16, pp. 316-352.
 93. VAN BUEREN G. Child Sexual Exploitation and the Law: A Report on the International Legal Framework and Current National Legislative and Enforcement Responses, 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children, Yokohama,17-20 December 2001, en <http://www.focalpointngo.org/yokohama/themepapers/theme5.htm>.
 94. WEINBERG B., Land Grab in Nicaragua-Globalization Meets Indigenous Opposition in the Nicaraguan Rainforest, Toward Freedom, June 1998.
 95. WELLMANN W. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, como Instrumento de Protección y Dignificación ante la Globalización y el Neoliberalismo, ALAI, América Latina en Movimiento, 25 de noviembre de 2001.
 96. ZAPIOLA L. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes respecto de la República Argentina, aprobado por Ley n. 24.071, en Centro de Documentación de Pueblos Indígenas.
 97. ZARAGOZÁ AMIEL J. El Mercado Común del Sur (Mercosur): Apuntes sobre sus Objetivos, Estructura, Desarrollo y Perspectivas, Themis, 1997, pp. 221-242.
 98. ZARIFIS I. Guatemala: Children's Rights Case Wins Judgment at Inter American Court of Human Rights, HR Brief, 2001, 1, pp. 20-23.

ABREVIATURAS Y LUGARES DE PUBLICACIÓN

<u>The Annals of The American Academy of Political and Social Science</u>	The American Academy of Political and Social Science – Philadelphia, PA – Sage Publication
<u>Am. U. Int'l L. Rev.</u>	American University International Law Review – American University – Washington College of Law, Washington DC
<u>Berk. J. Int'l Law</u>	Berkley Journal of International Law – University of California Press, Berkely, CA
<u>Boston Univ. Int'l L.J.</u>	Boston University International Law Journal – Boston University School of Law – Boston, MA
<u>Buff. Envir.L.J</u>	Buffalo Environmental Law Journal – University at Buffalo School of Law – Buffalo, NY
<u>Buff. J.Pub. Int's Law</u>	Buffalo Journal of Public Interests Law – Center for Public Interests Law – State University of New York at Buffalo Faculty of Law and Jurisprudence – Buffalo, NY
<u>CEJIL Gaceta</u>	Gaceta del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional – Washington DC
<u>Colorado Journal of Int'l Emt'l Law and Policy</u>	Colorado Journal of International and Environmental Law and Policy – University of Colorado School Law – Boulder, CO
<u>Columbia HR L. Rev</u>	Columbia Human Right Law Review – Columbia University School of Law – New York, NY
<u>Connecticut J. Int'l L.</u>	Connecticut Journal of International Law – University of Connecticut School of Law – Hartford, CNN
<u>European Journal of Migration and Law</u>	Kluwer
<u>Fordham Int'l L.J.</u>	Fordham University International Law Journal – Fordham University School of Law – New York, NY
<u>Georgia J. Int'l and Comp. L.</u>	Georgia Journal of International and Comparative Law – University of Georgia School of Law – Athens,GA
<u>Georgetown Immigr. L. J.</u>	Georgetown Immigration Law Journal – Georgetown University Law Center – Washington DC
<u>Hamline J. Pub. L.Policy</u>	Hamline Journal of Public Law and Policy – Hamline University School of Law – St.Paul, MINN
<u>Harv. HR. J.</u>	Harvard Human Rights Journal – Harvard University Law School – Cambridge, MA
<u>HR Brief</u>	Human Rights Brief – Washington College of Law – Washington DC

<u>HRQ</u>	Human Rights Quarterly – Urban Morgan Institute for Human Rights – Johns Hopkins University Press – Baltimore, MD
<u>International Children's Rights Monitor</u>	Kluwer
<u>Int.J.of Law, Policy and Family</u>	Oxford University Press
<u>International Journal of Refugee Law</u>	Oxford University Press
<u>IPS World News</u>	Inter Press Service World News
<u>Journal of International Affairs</u>	Columbia University School of International and Public Affairs – New York, NY
<u>Minnesota J. Global Trade</u>	Minnesota Journal of Global Trade – Minnesota Journal of Global Trade, Inc., 220 Law Center, Minneapolis, MINN
<u>North Car.J.Int'l L. Comm.Reg.</u>	North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation – The Citadel School of Law – Notre Dame, IN
<u>NQHR</u>	Netherland Quartely of Human Rights – Utrecht
<u>N.Y.U. J. Int'l L. and Pol.</u>	New York University Journal of International Law and Politics – New York University School of Law – New York, NY
<u>Revista IIDH</u>	Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos
<u>SIM Specials</u>	Netherland Institute of Human Rights – Utrecht
<u>SIM Yearbook</u>	Netherland Institute of Human Rights – Utrecht
<u>SMULR</u>	Southern Methodist University Law Review – Southern Methodist School of Law – Dallas, TX
<u>St.Thomas L.R.</u>	Saint Thomas Law Review – Saint Thomas University – Miami, FLA
<u>Themis</u>	Revista de Derecho – Pontificia Universidad Católica del Perú – Lima
<u>Temple Int'l and Comp. L.J.</u>	Temple International and Comparative Law Journal – 1719 North Broad Street, Philadelphia, PENN
<u>U. Mich. J.L. Ref.</u>	University of Michigan Journal of Law Reform – University of Michigan Law School – Ann Arbor, MI
<u>Univ. Miami Inter-Am.L. Rev.</u>	University of Miami Inter American Law Review - University of Miami School of Law – Coral Gables, FLA
<u>Yale Hum. Rts. Dev. L.J.</u>	Yale University Human Rights and Development Law Journal -Yale Law School – New Haven, CT

NOTAS

1. Me refiero aquí solamente a los derechos stricto sensu económicos y no a los sociales, en el sentido y a los efectos de la nota 3. Por lo tanto, la Sentencia de la Corte IDH Serie C n. 72, de 2 febrero de 2001, en el caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá en la cual, fundándose en el principio jura novit curia y en el de la integración recíproca de los tratados internacionales, la Corte afirma la libertad de constituir sindicatos de acuerdo con el art. 26 del Pacto de San José (derecho de asociación), no forma parte del presente estudio. Para un breve comentario de esa decisión y de los fallos sobre los “niños de la calle”, véase C.URQUILLA BONILLA, Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Contexto de la Reforma al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Revista IIDH, 2000, 30-31, pp. 259-281, y en particular pp. 277-278.
2. En lo que se refiere al Continente Latinoamericano, se trata de la CEPAL – Comisión Económica de NU para América Latina y el Caribe.
3. Aún si la Observación General n. 9 (1998) de ECOSOC (Doc.E/1999/22 de fecha 31 de mayo de 1999, Anexo IV) afirma que “en el momento de su redacción, se rechazaron con firmeza los intentos de incluir en el Pacto una disposición específica en el sentido de que no tenía aplicación inmediata.” Después de haber subrayado (*ibid.*) que “es especialmente importante evitar cualquier suposición a priori de que las normas del Pacto no deben considerarse de aplicación inmediata, [pues] de hecho, muchas de ellas están redactadas en unos términos que son, por lo menos, tan claros y concretos como los de otros tratados sobre derechos humanos, cuyas disposiciones consideran generalmente los tribunales de aplicación inmediata”, la Observación General indica (punto 10) cuáles son las normas del Pacto de Nueva York que pueden y deben ser consideradas inmediatamente aplicables, y las identifica en los arts. 3 (prohibición de discriminación contra mujeres y niños); 7 (a) letra i) (derecho a un salario adecuado y prohibición de discriminación salarial); 8 (derecho de asociación sindical); 10 (3) (prohibición de discriminación y de trabajo peligroso para los niños); 13 (2a) (instrucción primaria obligatoria y gratuita); 13 (3) y (4) (libertad de escuela privada) y 15 (3) (libertad de investigación científica). En la vasta literatura relativa a la justiciabilidad de las normas “universales” sobre los derechos económicos, sociales y culturales, véase, por ejemplo, y por último, S. LECKIE, Violations of Economic, Social and Cultural Rights, SIM Specials, 20, 1998, capítulo 3, pp.32-86 y A. SACHS, Social and Economic Rights: Can They Be Made Justiciable?, SMULR, 2000, pp.1381-1391.
4. Para los derechos económicos, rige en efecto sólo la Carta Social Europea revisada, adoptada el 5 de marzo de 1996 y entrada en vigor el 1 de julio de 1999, y el sistema de reclamos colectivos (Cuarta Parte, art. D y Protocolo Adicional de 9 de noviembre de 1995) al Comité Europeo de los Derechos Económicos, y eventualmente al Comité de Ministros.
5. Se trata respectivamente, en lo que concierne al Continente Latinoamericano, del MERCOSUR (Mercado Común del Sur) constituido por el Tratado de Asunción, adoptado el 26 de marzo de 1991 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay (Bolivia y Chile participan sólo como miembros asociados) y, en lo que concierne a África, de la Comunidad Económica Africana (African Economic Community-AEC), instituida por el Tratado de Abuja, firmado el 3 de junio de 1991 y entrado en vigor el 12 de mayo de 1994. Respecto al primero, véase J. ZARAGOZÁ AMIEL, El Mercado Común del Sur (Mercosur): apuntes sobre sus objetivos, estructura, desarrollo y perspectivas, Themis, 1997, pp. 221-242. Sobre la segunda, véase el Documento CM/Dec.607 (LXXIV), redactado por el Comité de Ministros de la OUA en su última reunión de Lusaka, en julio de 2001, y la Declaración 2001 del Consejo de la Comunidad Económica Africana, en que esto “2. reiterates its

request to the Member States which have not yet done so, to ratify or accede to the Treaty establishing the African Economic Community as expeditiously as possible; 3. requests Member States, the General Secretariat and the Regional Economic Communities (RECs) to effectively implement all Community Decisions and Regulations [...].” Según informaciones encontradas en el web cuando estas notas ya habían sido redactadas, el Tratado de Lomé, fechado 11 de julio de 2000 y entrado en vigor el 26 de mayo de 2001, con el cual se ha instituido la Unión Africana, ha sido ya ratificado por 47 de los 53 Estados miembros de la OUA. La Unión Africana será oficialmente instituida en Durban, África del Sur, en julio de 2002, sustituyendo la OUA. Pero el comunicado de prensa n. 93/2002, “Eminent Persons Advisory Panel on the Transition to the African Union Sees Need for the Extension of the Transition Period”, en fecha 7 mayo de 2002, nos informa que “the Eminent Persons Advisory Panel (EPAP) on the transition to the African Union which was inaugurated on May 3, 2002 in Addis Ababa, Ethiopia, by the OAU Secretary General to examine the texts of the key organs prepared for the launching of the African Union has completed its deliberations. The consensus at the end of the three-day meeting, was that there was need for the transition period to the African Union to be extended. The Panel said that one year was inadequate for the transition work to be accomplished.”

6. Con relación a los “niños de la calle”, véanse sólo, por ejemplo, los Informes de la Comisión IDH n. 9/00 – 24.2.2000 – en el caso 11.598 (Alonso Eugênio da Silva); n. 10/00 en la misma fecha, en el caso 11.599 (Marcos Aurélio de Oliveira); n. 35/01 – 22.2.2001 – en el caso 11.634 (Jailton Neri da Fonseca); n. 55/01 – 16.4.2001 – sobre los casos reunidos 11.406 (Celso Bonfim de Lima), 11.416 (Marcos Almeida Ferreira), 11.413 (Delton Gomes da Mota), 11.415 (Carlos Eduardo Gomes Ribeiro), todos respecto de Brasil; el Informe n. 40/00 – 13.4.2000 – sobre los casos reunidos 10.588 (Isabela Velásquez y Francisco Velásquez), 10.608 (Ronal Homero Mota y otros), 10.796 (Eleodoro Polanco Arévalo), 10.856

(Adolfo René y Luis Pacheco Del Cid), 10.921 (Nicolás Matoj y otros), y el Informe n. 79/01-10.10.2001 – en el caso 12.101 (Marco Antonio Molina Theissen), todos respecto de Guatemala.

En cuanto a la doctrina, véase por último J. BOL, Using International Law to Fight Child Labor: A Case Study of Guatemala and the Inter-American System, Am.Univ. Int'l L. Rev., 1998, p. 1135 y sig.; CASA ALIANZA, Percepciones de la Vida Cotidiana de Niños, Niñas y Jóvenes en Guatemala, enero de 2002; G. CERQUEIRA FILHO y G. NEDER, Law, Family and Policies for Street Children in Brazil, Int. J. of Law, Policy and Family, 1998, pp. 279-287; M.CONNOLLY, Adrift in the City: A Comparative Study of Street Children in Bogota, Colombia, and Guatemala City, en Homeless Children: The Watchers and the Waiters, N. Boxill ed., The Haworth Press, New York, 1990, *passim*; A. DULITZKY y L. CUNILLERA TAPIA, A Non-Governmental Perspective Regarding the International Protection of Children in the Inter-American System of Human Rights, Florida State Univ.J. Transnat'l L. and Policy, 1999, pp. 265-291; GRUPO INTERAMERICANO SOBRE POBLACIÓN Y DESARROLLO, La alta incidencia de mortalidad infantil y las condiciones de vida de los niños de la calle: problemas especiales en América Latina y en el Caribe – The high child mortality and the life conditions of the street-children: special problems in Latin American and the Caribbean, New York, 1990; S. KOSSSEN, Five Murdered Street Children in Guatemala: A Precedent Before the Inter-American Court of Human Rights, HR Bief, 1999, pp.11-18; M. PERALTA y J. GUILLERMO, Niños de y en la calle de la ciudad de Guatemala, Universidad de San Carlos, Guatemala, 1987, *passim*; T. RACE LAVE, Breaking the Cycle of Despair: Street Children in Guatemala City, Columbia HR L. Rev., 1995, 27, pp. 57-118; M. SEITLES, Effect of the Convention on the Rights of the Child upon Street Children in Latin America: A Study of Brazil, Colombia and Guatemala, Buff. Jour. Pub. Int'l Law, 1997-1998, 16, pp. 159-193; J. R. SCHMERTZ JR. y M. MEIER, Nota en reo Villagrán Morales y otros. Transnational Law Associates, LLC International Law

Update, Human Rights, vol. 6, n.1, enero de 2000; TIERNEY, Robbed of Humanity: Lives of Guatemalan Street Children, Pangaea Press, St. Paul-Minn., 1997, *passim*; R. WILSON y J. PERLIN, The Inter-American Human Rights System: Activities during 1999 Through October 2000, Am. U. Int'l L. Rev., 2001, 16, pp. 316-352 y particularmente pp. 327-330 y I. ZARIFIS, Guatemala: Children's Rights Case Wins Judgment at Inter American Court of Human Rights, HR Brief, 2001,1, pp. 20-23. De interesante consultación son además el Reporte en fecha 27 de enero de 2000 de la Comisión DDHH de NU sobre los problemas de los menores en Guatemala (Doc.E/CN.4/2000/73/Add.2), y en particular los puntos 25-45; el Reporte 2001 de HUMAN RIGHTS WATCH AMERICA "Violencia Mundial contra los Niños", con relación a Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Cuba, México, Panamá, Perú y Venezuela; los comunicados de CASA ALIANZA sobre Honduras y Guatemala, en <http://www.casa-alianza.org>, y el Reporte "Niños de la calle en Paraguay", publicado en <http://www.humanrights-it.org> (n. 6, enero de 2001).

7. Definida por el Macrothesaurus OECD-CEPAL "pobreza que ni incluso puede afrontarse las necesidades." El Documento OEA "Superación de la pobreza" afirma que ésta es "el mayor reto hemisférico, cuyos efectos más perversos recaen sobre los grupos más vulnerables, entre que se cuentan...los niños. A los tradicionales riesgos que enfrenta la infancia pobre en relación a la mortalidad y morbilidad, se agregan en la actualidad los efectos dañinos de diversas formas de explotación, tales como el abuso sexual, [...] trabajo prematuro e incitación a participar en actos delictivos." La Carta Democrática Interamericana, adoptada el 11 de septiembre de 2001 por la Asamblea General de la OEA en su vigésimo octavo periodo extraordinario de sesiones, se ocupa también de la pobreza, reafirmando (séptimo considerando) "que la lucha contra la pobreza, especialmente la eliminación de la pobreza crítica, es esencial para la promoción y consolidación de la democracia y constituye una responsabilidad común y compartida de los Estados americanos." En

el mismo sentido, véase también el Documento titulado "Los Derechos Civiles y Políticos" (E/CN.4/2002/L.65) fechado 16 de abril de 2002, en que la Comisión DDHH de NU reafirma "que la eliminación de la pobreza extrema puede contribuir sustancialmente a la promoción y consolidación de la democracia y constituye una responsabilidad común y compartida de los Estados" y el Documento E/CN.4/2001/25, fechado 5 de enero de 2001, de la misma Comisión, titulado "El Derecho al Desarrollo", que contiene el Informe de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, presentado de conformidad con la resolución 2000/5 de la Comisión, y en el cual se subraya, punto 6, "que la existencia de una pobreza absoluta y generalizada impide el disfrute pleno y efectivo de los derechos humanos y debilita la democracia y la participación popular." Nótese que en el segundo compromiso de la Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social (Informe de la Cumbre sobre Desarrollo Social, Copenhague, 6 a 12 de marzo de 1995, capítulo I, resolución 1, anexo I), los gobiernos se comprometieron a lograr el objetivo de erradicar la pobreza, y en el vigésimo cuarto periodo extraordinario de sesiones de la Asamblea General acordaron nuevas iniciativas para contribuir al cumplimiento de ese compromiso (Resolución S-24/2, anexo, parte III, párr. 25 y 28), o sea reducir a la mitad, a más tardar en el año 2015, el número de personas que vive en la extrema pobreza, y establecer y aplicar estrategias de crecimiento sostenible en favor de los pobres." El Informe 2000 del PNUD sobre la pobreza señala que "más de tres cuartas partes de los países tienen estimaciones relativas a la pobreza, y más de dos tercios tienen planes para reducir la pobreza. Pero menos de un tercio de los países han fijado metas para erradicar la pobreza extrema y reducir en medida substancial la pobreza en general. Es una insuficiencia grave. Más aún, las metas relativas a la pobreza fijadas en la Cumbre Social se basan en medidas monetarias, en tanto que la mayoría de los practicantes del desarrollo concuerdan ahora en que la pobreza no se refiere sólo al ingreso, sino que es multidimensional. De esta manera, los países deben comenzar a incorporar en programas relativos a la pobreza metas

expresas relativas a la pobreza, como reducir la malnutrición, aumentar la alfabetización y la esperanza de vida. Otra insuficiencia: muchos planes contra la pobreza no son sino estrategias vagamente formuladas. Sólo una minoría de los países cuentan con auténticos planes de acción, con metas expresas, presupuestos suficientes y organizaciones eficaces. Muchos países no tienen planes expresas contra la pobreza sino que la incorporan en la planificación nacional. Y muchos de ellos parecen olvidarse del tema. Queda mucho por aprender acerca de la manera de lograr que los planes contra la pobreza sean eficaces.” Es por esto que el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral (CIDI) en su Resolución CIDI/RES. 105 (VI-O/01), aprobó el “Plan Estratégico de Cooperación Solidaria 2002-2005”, y lo ha puesto en ejecución a partir del 1 de enero de 2002. Dicho Plan Estratégico ha sido aprobado por la Asamblea General de la OEA el 2 de junio de 2002, en su trigésimo segundo periodo ordinario de sesiones (Documento OEA/Ser.P – AG/doc. 4070/02).

8. Piénsese en el fenómeno del “turismo sexual” en perjuicio de los menores en Costa Rica y Honduras (cfr. los comunicados de CASA ALIANZA) y a las adopciones internacionales en Guatemala (cfr. Sentencia Corte IDH, serie C, n. 77, párr. 56 letra b: “en Guatemala casi todas las adopciones son internacionales y extrajudiciales, es decir, no hay ningún control estatal sobre ellas. El Fondo de Naciones Unidas para la Infancia ha detectado una serie de irregularidades. Un estudio de dicho organismo demuestra que la gran mayoría de los niños que son adoptados viene de casa-cunas o de familias. Los abogados que tramitan las adopciones pagan a mujeres para cuidar a los bebés, quienes generalmente tienen menos de 18 meses. La Misión de Naciones Unidas para la Verificación de los Derechos Humanos en Guatemala (MINUGUA) ha tenido conocimiento sobre la existencia de redes de tráfico de niños e indica, en su “Informe sobre la Niñez” de 2000, que se sigue incumpliendo con el deber jurídico del Estado de prevenir, investigar y sancionar los delitos relacionados con el tráfico de niños... Con estos niños, en términos generales, pueden suceder dos cosas. Si son

niños de corta edad, muchas veces ingresan a los circuitos de adopción nacional e internacional. Si están por fuera de la edad común para la adopción, esto es, si tienen más de 5, 6 ó 7 años, estos niños alimentan permanentemente el circuito de las instituciones para la niñez.” Véanse además: “Construir equidad desde la infancia y la adolescencia en Iberoamérica”, Documento CEPAL LC/G.2144 de setiembre de 2001; la Resolución 48/136 (20 de diciembre de 1993) de la Asamblea General NU (Doc. A/48/49 (1993); los puntos III y VII de la Resolución 53/128 (9 de diciembre de 1999) de la misma Asamblea General (Doc. A/Res./53/128), respectivamente dedicados a la “Prevención y erradicación de la venta de niños y de su explotación y maltrato sexual, en particular la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía” y a la “Difícil situación de los niños que viven o trabajan en la calle”; el Informe del Comité de los Derechos del Niño (Doc. CRC/C/80 del 9 de octubre de 1998) sobre Bolivia y Ecuador; el Reporte del Instituto Interamericano del Niño en fecha 30 de junio de 2001, sobre “The Situation of Commercial Sexual Exploitation of Children and the Adolescents in the Americas”, aparecido en el sitio web <http://www.unicef.org/events/yokohama/analysis-americas.html>; el Reporte del Special Rapporteur de NU on Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography, Ofelia Calcetas-Santos: “Mission to Mexico”, Documento E/CN.4/1998/101/Add.2.; la Resolución del Parlamento Europeo del 21 de enero de 1999, intitulada “Illegal trafficking of babies in Guatemala”; “The Yokohama Global Commitment 2001”, adoptado en fecha 20 de diciembre de 2001 por “The 2nd World Congress against Commercial and Sexual Exploitation of Children” (<http://www.focalpointngo.org/yokohama/latestnews/CongressOutcome.htm>); “Más países restringen o prohíben adopciones provenientes de Guatemala”, comunicado de CASA ALIANZA de febrero de 2001, y S. OLKON, Baby selling is a major business in Guatemala, The Miami Herald, Sunday, June 4, 2000, publicado en <http://www.humanrights-it.org>. En cuanto a la doctrina, véanse N. BEYER, The Sex Tourism Industry Spreads to Costa Rica and Honduras: Are these Countries Doing

Enough to Protect Their Children from Sexual Exploitation?, Georgia J. Int'l and Comp. L., 2001, pp. 301-333; M. HEALY, Prosecuting Child Sex Tourists at Home: Do Laws in Sweden, Australia, and the United States Safeguard the Rights of Children as Mandated by International Law?, Fordham Int'l L.J., 1995, pp. 1852-1923; C. SACLIER, The Rights of the Child and Adoption in Guatemala, International Children's Monitor, 2001, 3, pp.18-21; S. STRONG, Children's Rights in Intercountry Adoption: Towards a New Goal, Boston Univ. Int'l L.J., 1995, p. 163 y sig.; G. VAN BUEREN, Child Sexual Exploitation and the Law: a Report on the International Legal Framework and Current National Legislative and Enforcement Responses, 2nd World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children, Yokohama, 17-20 December 2001, en <http://www.focalpointngo.org/yokohama/themepapers/theme5.htm>.

9. Además de la explotación sistemática del trabajo de menores (punto VI de la Resolución 53/128, *cit.*, y las Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto del Perú – Documento E/C.12/1/Add.14, fechado 20 de mayo de 1997, puntos 18, 24 y 25), piénsese, por ejemplo, a la deforestación de los bosques amazónicos. A este respecto, véanse, en lo que concierne a Bolivia, los documentos archivados en el sitio web <http://www.amazonia.net/Full-Index.htm>; en lo que concierne al Perú, A. LAMA, Malaysian Firms Eye Peru's Amazon Jungle, InterPress Service, March 6, 2000, en <http://forests.org/>, relativo a los gastos producidos por el proyecto de Royal Dutch Shell en la región de la Camisea; en lo que concierne a Colombia, los documentos que se encuentran en el sitio web <http://www.amazonia.net/Articles/391.htm>, relativos a los gastos y las masacres producidas a causa de Royal Dutch Shell y Oxy en la región de Cano Limon y de Arauca, respecto de la comunidad indígena U'wa y S. HOLWICK. Transnational Corporate Behavior and its Disparate and Unjust Effects on the Indigenous Cultures and the Environment of Developing Nations: Jota v. Texaco, a Case Study, Colorado

Journal of Int'l Env'tl Law and Policy, 2000, 11, pp. 183-221 [p.201: "The pollution dispute that stemmed from the development of Ecuador's oil and natural gas reserves occurred in the ancestral homeland of several indigenous tribes, as well as within a number of major national parks. The Ecuadorian government leased eighty-five percent of the Amazon lands occupied by indigenous people to oil companies. As the indigenous people fought the oil companies, they simultaneously fought their national government. In Ecuador, where seventy-nine percent of the population lives in poverty, the government depends on oil for nearly half of its revenues"]; en lo que concierne a Guatemala, los capítulos III (puntos 37 y 38), IV (puntos 44 y 49), V y VI (punto 60) del Informe de Verificación de MINUGUA titulado "Situación de los compromisos relativos a la tierra en los acuerdos de paz."

10. Adoptado el 5 de febrero de 1948 por los Estados participantes en la novena Conferencia Internacional Americana.
11. Adoptado en Washington DC, en fecha 8 de abril de 1959, y entrado en vigor el 30 de diciembre de 1959.
12. "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."
13. "1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley..."
14. El cual, bajo el título "Desarrollo Progresivo", reza: "Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas..., contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos

disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

15. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 17 de noviembre de 1988 y entrado en vigor el 16 de noviembre de 1999. Con la entrada en vigor del Protocolo, “aunque [esto] no sea un modelo de técnica legislativa, habiendo el proyecto original sido gradualmente debilitado en el curso de sus travaux préparatoires”, A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. loc. citt.*, pp. 576-577, pronostica la posibilidad que cesen “de ser negligenciados, como lo han sido en las últimas décadas, los derechos económicos..., en gran parte debido a una laguna histórica del sistema interamericano de protección.” El Autor, para quien “la vigencia del Protocolo es reveladora del reconocimiento inequívoco de la indivisibilidad de los derechos humanos, no sólo en la teoría, sino también en la práctica”, funda esta afirmación (*ibid.*, p. 578), aún no solamente, en “los esfuerzos doctrinales recientes, desarrollados sobre todo en relación con la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, referentes a la justiciabilidad y plena vigencia de aquellos derechos” y expresa su convencimiento (p. 577) de que “en el futuro próximo se podrá avanzar considerablemente en la protección de los derechos económicos...en nuestro continente.” No lo piensa así C. URQUILLA BONILLA, *op. loc. citt.*, pp. 267-268, para quien “el Protocolo de San Salvador...no llena ningún vacío en el sistema interamericano. Sólo genera alguna confusión en cuanto a la exigibilidad de los derechos económicos...frente a los órganos de protección del sistema, al habilitar de manera expresa la competencia de la Comisión y la Corte para conocer de la violación a los arts. 8.1.a. y 13 (es decir, del derecho de organización sindical y del derecho a la instrucción) del citado Protocolo, impidiendo que dicha competencia se extienda hacia los restantes artículos.” En cuanto a las normas citadas, “sin embargo, una adecuada interpretación del efecto procesal del Protocolo indica”,

según A. A. CANÇADO TRINDADE, *op. loc. citt.*, “que ahora, para la protección de los derechos ahí contemplados, como litigante ante los órganos del sistema, se cuenta con dos vías de protección: la vía inmediata y la vía mediata; la primera, sería invocar ante la Comisión la violación de cualquiera de esos dos artículos, y que ésta haga lo mismo ante la Corte; la segunda, sería invocar ante la Comisión la violación de los derechos genéricamente reconocidos en el art. 26 de la Convención, aludiendo en específico la alteración del derecho contemplado en el art. 45.c de la Carta de la OEA, luego de las reformas introducidas por el Protocolo de Buenos Aires, Cartagena de Indias, Washington y Managua, y que esta razonará de igual modo ante la Corte.” H. FAÚNDEZ LEDESMA, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales, 2a ed., IIDH, San José, 1999, p. 212, toma una posición en cierto modo intermedia, afirmando que “si bien es cierto que la obligación asumida por los Estados en materia de derechos económicos es una obligación de comportamiento y no de resultado, que sólo implica adoptar las providencias necesarias para lograr progresivamente la plena efectividad de esos derechos, también lo es que el Estado puede faltar a sus obligaciones si no realiza ningún esfuerzo serio y no adopta ninguna providencia orientada a ese fin, o si las medidas adoptadas desmejoran notablemente la situación de los individuos en lo que concierne al disfrute de esos derechos, o si las acciones emprendidas por el Estado para asegurar el ejercicio de tales derechos resultan discriminatorias.” R. WILSON y J. PERLIN, *The Inter-American Human Rights System...*, *cit.*, p. 317, subrayan que “one of the most important events occurring in the Inter-American human rights system in 1999 was the entry into force of a new treaty in the Americas, the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights, which reflects much of the same substantive content of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Article 19.6 of the Protocol of San Salvador contains an interesting provision permitting

- enforcement by the Commission and the Court of the rights to trade unionization (Article 8.1.a) and education (Article 13).” El considerando octavo de la Carta Democrática Interamericana señala que “el Protocolo de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales resalta la importancia de que tales derechos sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos en función de consolidar el régimen democrático representativo de gobierno.”
16. De aquí en adelante la Corte IDH.
 17. Art. 6 del Pacto de Nueva York y arts. 6 y 7 del Protocolo de San Salvador.
 18. Art. 11 (1) y (2) del Pacto de Nueva York.
 19. Art. 11 (1) y (2) del Pacto de Nueva York y arts. 8 y 15.3.b. del Protocolo de San Salvador.
 20. Art. 11 (1) y (2) del Pacto de Nueva York.
 21. Art. 12 (1) y (2) del Pacto de Nueva York y arts. 9 y 10 del Protocolo de San Salvador. El Editorial de CEJIL GACETA n. 12, 2000, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano”, nos relata (p. 2) dos casos relacionados con personas que viven con Vih-Sida, (“Medidas cautelares en favor de Odir Miranda y otros respecto de El Salvador” y “Medidas Cautelares en favor de dos ciudadanos chilenos”) en que ya la Comisión IDH otorgó medidas urgentes a los peticionarios, a fin de que, en el primer caso, se les brindara atención médica y se les suministrara el tratamiento y los medicamentos antirretrovirales y, en el segundo, a fin de que el seguro social les brindara atención médica sin discriminación, les suministrara medicamentos antirretrovirales y la correspondiente atención farmacológica y nutricional que permitiera fortalecer su sistema inmunológico e impidiera el desarrollo de enfermedades o infecciones. En cuanto al Estado salvadoreño, éste informó a la Comisión IDH que las autoridades estaban revisando los expedientes clínicos de las personas afectadas, a fin de evaluar la terapia antirretroviral y las atenciones necesarias para cada caso, y que estaban gestionando en el extranjero la obtención de los fondos complementarios para proveer el tratamiento. En cuanto al Estado chileno, el gobierno informó a la Comisión su compromiso a brindar la terapia a los dos pacientes. Cfr. también *infra*, nota 72.
 22. Art. 13 (1) y (2) del Pacto de Nueva York y art. 13 (2) del Protocolo de San Salvador. El noveno considerando de la Carta Democrática Interamericana señala que “la educación es [también] un medio eficaz para fomentar la conciencia de los ciudadanos con respecto a sus propios países y, de esa forma, lograr una participación significativa en el proceso de toma de decisiones”, y reafirma “la importancia del desarrollo de los recursos humanos para lograr un sistema democrático y sólido.”
 23. T. RACE LAVE, Breaking the Cycle of Despair..., *cit.*, pp. 58-59, subraya oportunamente que “it is important to begin by defining ‘street children’. In the past, scholars lumped all children who spent extended time on the street under the term ‘street children’. They made no distinction between children who worked on the streets and children who slept on the streets. Recently however, researchers and child advocates have acknowledged this distinction. UNICEF, for example, labels children who work during the day and return to their parents at night ‘children on the streets’. ‘Children of the streets’, in contrast, are those children who work and live on the streets while maintaining some bonds with their families but who essentially live self-sufficiently.” Las estimaciones sobre el número de los ‘niños de la calle’ no son precisas: the Minors Section of the National Police of Guatemala (Aug. 1993), estimated that there were 5,000 street children in Guatemala, of whom 800 lived in the capital. Casa Alianza, an orphanage that advocates for the rights of street children, placed the number in the capital at about 3,500. The U.S. House of Representatives, Select Committee on Hunger, published a fact sheet in late 1991 stating that 5,000 children lived on the streets of Guatemala City and 1.4 million children worked on those streets.” M. SEITLES, Effect of the Convention..., *cit.*, p. 162 considera que “in the cities of Rio de Janeiro and Bogota over

4,000 children reside on the street each night.” Según T. RACE LAVE, Breaking the Cycle of Despair..., *cit.*, p. 59, “the average age of street children is 11.6 years old. The average age of boys is 12.3 years old, and the average age of girls is 10.3 years old..”

24. “Existen en el presente caso evidencias numerosas y concurrentes de que fueron agentes del Estado y, más concretamente, miembros de la Policía Nacional, quienes dieron muerte a Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstram Aman Villagrán Morales. En efecto: fueron agentes del Estado quienes aprehendieron a los cuatro jóvenes cuyos cadáveres aparecieron en los Bosques de San Nicolás. Los hechos posteriores a la aprehensión, que remataron en el homicidio de los jóvenes, implicaron un despliegue de medios de movilización y agresión muy semejantes, si no idénticos, a los utilizados para realizar el secuestro; los homicidas de Anstram Aman Villagrán Morales actuaron, como los secuestradores de los cuatro jóvenes, en la vía pública, sin ocultar sus rostros, moviéndose con parsimonia, a la vista de numerosas personas, hasta el punto de que, después de haber ultimado a la víctima, permanecieron en los alrededores consumiendo cerveza y antes de retirarse definitivamente del lugar regresaron a las inmediaciones del cadáver y amenazaron a los eventuales testigos.” (fallo sobre el fondo, pár. 142). “En informes, anexados al acervo probatorio en este caso, de Casa Alianza y Amnistía Internacional, se mencionan como formas de tortura y malos tratos dirigidos a los “niños de la calle” en Guatemala, las heridas de bala, las quemaduras con cigarrillos, las patadas y otros golpes contundentes, el derrame de pegamento en las cabezas, las mordidas de perros amaestrados y diversas formas de humillación de palabra y de obra.” (*ibid.*, nota 35).
25. M. SEITLES. Effects of the Convention..., *cit.*, pp. 163 y 176 subraya que “ironically, law enforcement officials are the greatest threat to these children, particularly in Colombia, Guatemala, and Brazil. For example, in Colombia, the government-

supported policy of “social cleansing” is carried out by military officials and police officers and has resulted in the murder of one street child every four hours, six children per day: over 2,190 street children were murdered in 1994. In Brazil, police “death squads”, typically consisting of current, off-duty, or former policemen, have systematically killed street children without cause or justification. An estimated four street children per day have been and still are murdered. Meanwhile, in Guatemala, thousands of children living on city streets routinely face beatings, thefts, and sexual assaults at the hands of the National Police and private security guards working under the jurisdiction of the Interior Ministry. In 1996, numerous murders of children took place on the streets of Guatemala, including the horrific rape of a sixteen year old girl, Susana Gómez, by two National Police officers in Guatemala City, as a third officer watched.” En el mismo sentido, véase también E. FERNANDES, Extrajudicial Executions of Children: Shortcomings of Social Citizenship and the Fallacy of Criminal Justice in Brasil, NQHR, 1994, 2, pp. 117-135 y el fallo sobre reparaciones, pár. 56 letra c: “Guatemala firmó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño el 26 de enero de 1990 y depositó el respectivo instrumento de ratificación el 9 de junio de 1990. En 1995, durante el desarrollo de las audiencias ante el Comité de los Derechos del Niño, Guatemala presentó un informe en que manifestó que “podría sólo informar de la situación de los niños de la calle desde 1994” y agregó que “aunque el número de quejas relativas a brutalidades policiales sufridas por los niños de la calle había disminuido, el problema no había sido resuelto y el aparato policial no había sido completamente reestructurado.” Además, expresó que “existía en ese país una cultura violenta y que la policía no recibía entrenamiento para tratar a estos niños.” Por último, el Estado reconoció “que en los primeros tres meses de 1995, 84 niños habían sido asesinados y que de acuerdo a la información disponible había sólo siete condenas.” La Comisión aseveró que esta declaración constituyó un acto unilateral de reconocimiento de hechos que generan responsabilidad internacional. La Corte

- también ha reconocido como hecho público y notorio, que para la época de los sucesos que constituyen la materia de este caso, existía en Guatemala una práctica sistemática de agresiones en contra de los “niños de la calle”, ejercida por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, que comprendía amenazas, persecuciones, torturas, desapariciones forzadas y homicidios.” Véanse además los Reportes de HUMAN RIGHTS WATCH AMERICA “Police Brutality in Urban Brazil” y “Police and Death Squad Homicides of Adolescents in Brazil” y, en doctrina, P. GOETZ, *Is Brazil Complying with the U.N. Convention on the Rights of the Child?*, Temple Int’l and Comp. L.J., 1996, pp. 147-169 y E. SCHWARTZ, *Getting away with Murder: Social Cleansing in Colombia and the Role of the United States*, Univ. Miami Inter-Am.L. Rev., 1995, pp. 381-420.
26. T. RACE LAVE, Breaking the Cycle of Despair..., *cit.*, pp. 64, 72 y 78-79 se expresa de esta manera: “rapid urbanization is one of the primary causes of the street child phenomenon. Families who immigrate to cities are less likely to have a social network of extended family or friends on which they can depend. Under the poverty and pressure of urban life, the family unit begins to disintegrate. Another consequence of the poverty and the pressure is that some men abandon their families. Single women with large numbers of children are at the highest risk of having their children work or live on the street. Some children flee stepfathers who, at best, care little for them and, at worst, abuse them. A study conducted in Bogota found that of the 196 children interviewed, 55% had fled their homes because of violence, and of these, 33% said that the perpetrator was either a stepfather or a boyfriend of their mother. One survey conducted in Colombia found that 72% of street children stated that their biological father was missing and 60% stated that a stepfather was living in the home. Yet not all street children have broken their familial ties.” Estas anotaciones reflejan tanto fiel como trágicamente la historia personal de los cinco “niños” de la Zona 6 de Guatemala City.
27. T. RACE LAVE, Breaking the Cycle of Despair..., *cit.*, pp. 70-71 añade: “currently, 2.1% of the farm property owners possess 72% of the farmland and receive 90% of the farm credit. This land is divided into huge plantations worked by predominantly indigenous labor at extremely low wages...Those who are lucky enough to own land often do not have enough to sustain themselves. There are 548,000 small farms in Guatemala, with an average size of 4.6 acres. These farms receive only 4% of the farm credit. Consequently, significant numbers of people are forced to leave their land to work as seasonal laborers on coffee or sugar plantations. For the past several years, however, plantations have been swarmed with people seeking work, making it harder for people to make the money they need to survive. The lack of opportunity drives many people into the cities in search of jobs to support themselves. When people leave rural areas for the cities, they most likely will settle in extremely poor neighborhoods. Since parents often have only farming skills, they are unable to get jobs that earn adequate money to support the family. This creates financial strain and ultimately forces the children to go out and work.”
28. Según M. SEITLES, *Effect of the Convention...*, *cit.*, pp. 63 y 67, “the Central American Council for Housing calls Guatemala the country with the worst housing situation in Central America. 50% of the population lack minimal quarters; 62% of the population have only dirt floors and more than 50% of families have only one room for the entire family. In addition, over half of the existing housing do not have water supply services, and 63% percent do not have latrines... In “El Hoyo”, many children sleep indoors. They buy small bags of glue, priced between 50 centavos and one quetzal, that keep them high for about an hour. In exchange for buying glue, they are allowed to sleep on the floor of a bar or house of prostitution. Sometimes they exchange stolen goods for a few nights of shelter. Not all children sleep inside, however. Another set of boys, between the ages of ten and eighteen, spends its days at Concordia Park. At night, they sleep under a nylon/plastic shelter at the corner of 18th

Street and 6th Avenue. Another group sleeps in the Central Park...The promise of shelter attracts some to Jocotales, an extremely poor neighborhood in Zone 6. There, the children can sleep in or under parked buses. The children in Jocotales range in age from eleven to nineteen... The oldest children sleep in the hotels, a cluster of cheap, dirty hotels in Zone 1 that charge about two dollars a night. Many of the girls who live in the hotels have babies or small children.” *Ibid.*, p. 179, el Autor añade que “in Brazil, more than 50% of the families share one small room for the entire family; and over half the population lives in dirt houses without floors, latrines, or adequate water supplies.”

29. En este sentido, véase T. PENNA FIRME, Meeting at Risk Children where they Get Together: an Alternative Concept of Community, en Justice For Children, S. Asquith y M. Hill editores, 1994, pp. 93-94.
30. Se advierte la perspectiva clara y totalmente diferente, en la cual la Corte IDH se refiere a este fenómeno en el pár. 179 del fallo sobre el fondo: “existen en el expediente referencias documentales al hecho de que uno de los niños de que trata el presente caso estaba registrado en ‘archivos delincuenciales’ del Gabinete de Identificación de la Policía Nacional. Al respecto, la Corte considera pertinente destacar que, si los Estados tienen elementos para creer que los ‘niños de la calle’ están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad. Es evidente que, en el presente caso, el Estado actuó en grave contravención de esas directrices.”
31. Es éste también el motivo del consumo, por el 75% al menos de los “niños de la calle”, de drogas alternativas: se trata de sustancias neutras en sí mismas (colas industriales, disolventes de pinturas y otras similares) las cuales, una vez inhaladas, producen efectos anoréxicos y narcotizantes, sea con sueño prolongado, sea, por el contrario, con estados transitorios de excitación. T. RACE LAVE, Breaking the Cycle of Despair..., *cit.*, p. 65 subraya que “in the short term, inhaling industrial glue results in lightheadedness, nausea, and loss of appetite. The long-term effects are much more extreme; inhaling glue has been linked to irreversible brain and kidney damage, lung damage, malnourishment, and a general decline in health. Glue and paint thinner are more physically addictive than cocaine or alcohol because they become part of the blood tissue.” En el mismo sentido, véanse también M. A. ROLDÁN DEL AGUILA, Anemia, Benceno y Tolueno, Universidad de San Carlos, Guatemala, 1992, y M. SEITLES, Effect of the Convention..., *cit.*, p. 164.
32. Según el Informe PNUD sobre Guatemala de 1999, “en 1995, el gasto social en educación en Guatemala en relación al producto interno bruto fue del 1,8 %. En los otros países centroamericanos fue: El Salvador 2%; Honduras 3,7%; Nicaragua 4,3 %; Costa Rica 5,3% y Panamá 4,9 %. En América Latina solamente Haití asigna un porcentaje menor de su presupuesto en educación que Guatemala.” En cuanto al fallo sobre reparaciones, el pár. 56 letra b, afirma: “existe un índice de analfabetismo aproximado del 30% de la población. Sólo el 84% de los niños en edad escolar se inscriben en primaria y no todos ellos terminan. Los niveles de inversión estatal en la educación pública son de los más bajos de América Latina. Igualmente, los índices de nutrición son muy bajos, lo que es muy preocupante, porque los daños en el cerebro y en el desarrollo físico y psicológico del niño en los primeros años, a causa de la mala nutrición, son irreversibles. Según datos recientes, en Guatemala el 34% de los niños de entre 7 y 14 años trabajan, lo que repercute en su educación.” En doctrina véase A. BIRCH, Breaking Cycles of Poverty in Latin America –The Rights of the Child to Education, International Children’s Monitor, 2000, 3, pp. 32-34 y M. SALAZAR y W. GLASINOVICH, Child work and education: five case studies from

- Latin America, UNICEF, Firenze, 1998, *passim*. Véase también “Los Derechos Civiles y Políticos” (Documento E/CN.4/2002/L.65 fechado 16 de abril de 2002, *cit.*), en que la Comisión DDHH de NU subraya que “la educación es un medio eficaz para fomentar un vínculo entre los órganos políticos electos y la sociedad civil y, por tanto, para garantizar la verdadera participación de los ciudadanos en el proceso de adopción de decisiones, y reafirmando la importancia del desarrollo humano para el establecimiento de un sistema democrático sólido.”
33. T. RACE LAVE. Breaking the Cycle of Despair..., *cit.*, pp. 62 y 76, afirma: “to make money, many of the younger children beg. The younger the child, the easier it is to arouse sympathy and collect money. When a child gets older, however, begging no longer offers a viable form of income and he or she must turn to something else. Many girls are “muchachas”, servants who cook and clean: they sleep in the homes where they work, getting one day off a week. Others work at restaurants or stores. Although some girls earn money by cleaning or doing odd jobs, many are prostitutes. Many work out of “El Hoyo”, a dirty, polluted, high-crime area around the bus terminal in Zone 4 or in brothels in Zone 1. Since girls usually are unskilled and uneducated, prostitution is one of the only livelihoods available to them. Boys are more likely to work on their own, helping bus drivers to collect money, selling newspapers or candy, shining shoes or hauling garbage.” Véase también R. BARRI FLOWERS, The Sex Trade Industry’s Worldwide Exploitation of Children, *The Annals of The American Academy of Political and Social Science*, 2001, 575, pp. 148-157; C. MANTEI, It Takes a Village to Raise a Child: the Role of the Organization of American States in Eliminating the Worst Forms of Child Labor in Brazil, Univ. Miami Inter-Am. L. Rev., 2001, pp. 469-522 y M. MURSHED, Unraveling Child Labor and Labor Legislation, Journal of International Affairs, 2001, 55, pp. 169-184.
34. El Voto Razonado del Presidente Cançado Trindade, anexo al fallo sobre reparaciones señala (pár. 22) lo siguiente: “hoy día, simplemente no se divulga noticia alguna de numerosos otros casos similares al cas d’espèce, victimando diariamente personas igualmente pobres y humildes, que no logran alcanzar la jurisdicción internacional, tampoco la nacional, y ni siquiera están conscientes de sus derechos.”
35. Cfr. el pár. 184 del fallo sobre el fondo: “la Comisión describió a los tres niños víctimas de los hechos de este caso como personas que vivían en condiciones socioeconómicas extremadamente precarias y que luchaban por sobrevivir solos y temerosos en una sociedad que no los acogía, sino que los excluía.”
36. Cfr. el pár. 56, letra c, del fallo sobre reparaciones, que subraya: “Guatemala tiene un Código de Menores aprobado en 1979. Entre 1990 y 1991, ratificó y promulgó la Convención Internacional de los Derechos del Niño, lo que produjo la vigencia simultánea de dos leyes que, regulando la misma materia, tienen naturaleza antagónica. Desde el punto de vista técnico-jurídico se supondría que la ratificación y promulgación de la Convención ha dejado sin efecto el Código de Menores de 1979, pero éste se encuentra vigente porque constituye, de hecho, la fuente principal de las decisiones de los jueces de menores. Este Código es, además, técnicamente inconstitucional. Todos los principios generales del derecho contemplados en la Constitución Nacional de Guatemala y en la Convención mencionada, son técnica y sistemáticamente violados por el Código de 1979. Aunque sus disposiciones se supone rigen en favor del menor de edad, a éste no le son reconocidos los derechos que la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño le otorgan. El Código expresa la llamada “doctrina de la situación irregular”, que no distingue entre un niño víctima de la omisión de las políticas sociales que cae fuera de los circuitos institucionales, la escuela, por ejemplo, y el niño sujeto activo de la violencia, con lo cual a ambos se los puede hacer objeto de las mismas medidas en las mismas instituciones. Entonces la policía, al aplicar la ley, está cumpliendo estrictamente con un mandato del Código, por un lado, y por el otro, violando flagrantemente tanto la Convención como la propia Constitución. El

Código es una ley profundamente criminalizadora de la pobreza [...] Al no establecer una diferencia entre la familia que realmente expulsa al niño y la que no puede mantenerlo, es técnicamente posible quitarle a una familia un niño por la mera falta o carencia de recursos materiales. El Código de la Niñez y la Juventud aprobado por el Congreso guatemalteco en 1996, cuya vigencia está suspendida, corresponde a lo que se podría llamar una adecuación sustancial a la Convención sobre los Derechos del Niño, al conjunto de los instrumentos que conforman la llamada doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, a las Reglas de Beijing y a las Reglas de Riad.” En el mismo sentido, véase también el Reporte 2000 “Children’s Rights” de HUMAN RIGHTS WATCH AMERICA. Cuando se estaban culminando de redactar estas notas, se difundió el comunicado de prensa de CASA ALIANZA en fecha 17 de mayo de 2002, del cual se desprende que “The Guatemalan Constitutional Court has ordered the Guatemalan Congress to set a date for the implementation of the country’s Children’s and Adolescent’s Code which was suspended indefinitely by the legislative body in January 2000. In what is considered to be a major victory for child rights activists, the highest Guatemalan Court ruled in favor of an October 1st, 2000 legal suit brought against the Guatemalan Congress by the child’s rights group Casa Alianza and the Rigoberta Menchu Tun Foundation. Guatemala was the 6th country in the world to ratify the UN Convention on the Rights of the Child in 1990, which required the Congress to change national legislation affecting children to reflect the spirit of the Convention. After six years of discussion between governments and non governmental organizations (NGOs), a consensus was reached and a new Children’s and Adolescent’s Code was passed in 1996 and signed into force by then President Alvaro Arzu. But the innovative code, which looks upon children as a subject of law with participatory rights rather than an object who’s future is decided upon solely by adults, was immediately suspended for one year by the legislators who argued that time was needed to implement the necessary changes in the juvenile justice system. In

late 1997, when the Code was about to come into force, the then President of the Supreme Court, Ricardo Umana requested a further extension. The Code, which – amongst other things – includes necessary controls to stop the flow of illegal adoptions, was again suspended by a Congress of the same political party as the Supreme Court President. This move was highly criticized by UNICEF and by civil society. The Code was suspended yet again until after the general elections in 1999. Soon after taking power, the Congress decided to suspend indefinitely the implementation of the new children’s code. “The Congress has the power to implement new laws or to take old laws off the books, but not to suspend them for ever”, argued Bruce Harris, Executive Director of Casa Alianza in Latin America. “What the Congress did with this law was unconstitutional”. And the highest court in the land agreed and in their February 14th, 2002 ruling – which was just notified this week – ordered the Guatemalan Congress to change Article 1 of Decree n. 4-2000 and, citing Article 180 of the Guatemalan Constitution, set a specific date when the important law will come into effect.” Para una crítica de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y más específicamente al hecho de que ella “requires only that the State undertake appropriate measures in accordance with their available resources”, lo que puede “result in an unfortunate escape clause for the same countries where implementation is most necessary”, aún si “the Convention, unlike any other international human rights instrument, provides a clear linkage between reports on violations and aid”, véase M. SEITLES, *Effect of the Convention...*, *cit.*, p. 172.

37. El Documento OEA citado en la nota 7 describe que “la situación de pobreza que afecta a casi la mitad de los habitantes de América Latina y el Caribe, ha sido calificada por la Comisión Latinoamericana y del Caribe sobre el Desarrollo Social, como un obstáculo fundamental al desarrollo, así como una amenaza a la paz social y a la estabilidad política. [La Comisión] agrega que la consolidación democrática en la región corre el riesgo de verse amenazada si los gobiernos

- constitucionales elegidos por los pueblos no demuestran ser capaces de mejorar efectivamente la condición de vida de sus pobres. Concluye advirtiendo que si no se combate frontalmente a la pobreza, no puede ni debe descartarse el peligro de nuevas formas de subversión o de aventuras autoritarias.” Sobre el mismo problema, véase también el “Quinto Informe (2001) sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala” (Doc.OEA/Ser.L/V/II.111 Doc.21 rev. del 6 de abril de 2001), realizado por la Comisión IDH, y más específicamente los capítulos III, B, 7 (“Guatemala muestra la segunda más desigual distribución del ingreso del hemisferio, en donde el 20% más rico de la población consume el 63% de los ingresos totales en cambio el 20 % más pobre consume solamente el 2.1% de los ingresos totales. El 39.8% de la población gana menos de un dólar diario. Se estima que el 57% vive bajo la línea de la pobreza”) y XII, D, 30-36.
38. El pár. 56 letra c del fallo sobre reparaciones se expresa con estas palabras: “estos ejemplos de desatención a los derechos de los niños revelan dos cuestiones: primero, que casos como el del Bosque de San Nicolás son tal vez expresiones extremas de una negligencia estructural para los derechos de los niños y, segundo, que el número de niños que está en riesgo de ‘callejización’ es muy alto; las familias y los niños de la población en estado de pobreza, que es más del 80% del total de la población, están en riesgo.”
 39. A los efectos del cual "1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley... Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”
 40. Prohibición de privación de la libertad personal y prohibición de torturas y tratamientos crueles, inhumanos y degradantes. Sobre la aplicación, en particular, de la Convención de Cartagena de Indias (12 de diciembre de 1985-28 de febrero de 1987) para prevenir y sancionar la tortura, véase R. WILSON y J. PERLIN, *The Inter-American Human Rights System...*, *cit.*, p. 330.
 41. Permítome hacer referencia a mi estudio “Vittime e risarcimento del danno: l’ esperienza della Corte Interamericana dei Diritti dell’ Uomo”, que se encuentra en fase de publicación en “Comunicazioni e Studi di Diritto Internazionale della Università degli Studi di Milano”, 2002, 52 págs., punto 3.
 42. En cuanto a la falta de educación, debido a la negligencia del Estado, la Corte se refiere a este problema sólo per incidens, como consecuencia inevitable de la necesidad de las víctimas de sustentar a sí mismas y, al menos en parte, a sus familias.
 43. Esto vale tanto y por sobre todo para los más débiles, cuyas necesidades de protección “requieren una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna”: Voto Concurrente conjunto del Presidente y del Juez Abreu Burelli anexo a la Sentencia sobre el fondo, pár. 7.
 44. El pár. 139 de la Sentencia sobre el fondo dice al respecto: “en los alegatos finales, la Comisión destacó las características de jus cogens del derecho a la vida y el hecho de que constituye la base esencial del ejercicio de los demás derechos. La Comisión señaló que el cumplimiento del art. 4 relacionado con el art. 1.1 de la Convención, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva). Concluyó, entonces, que el Estado había violado los dos aspectos del mencionado derecho” y los párr. 1 y 2 del Voto Concurrente conjunto del Presidente Cançado y del Juez Abreu Burelli subrayan que “el derecho a la vida, además de inderrogable, requiere medidas positivas de protección por parte del Estado: implica no sólo 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.” En lo que se refiere a la aplicación del art. 19 de la

Convención (Derechos del Niño), véanse también los párr. 179-185 del fallo.

Para una evaluación completa del alcance de la decisión examinada, compárese la amplitud del concepto de obligación positiva que aquí se tuvo en cuenta con la que fuera expresada en el Voto Disidente de los Jueces Cançado Trindade, Picado Sotela y Aguiar-Aranguen anexo al fallo serie C, n. 16 del 21 de enero de 1994, en el caso Gangaram Panday vs. Suriname.

45. El Voto Razonado del Presidente anexo al fallo sobre reparaciones subraya (pár. 33) que “las cinco víctimas directas, antes de ser privadas cruel y arbitrariamente de sus vidas, ya se encontraban privadas de crear y desarrollar un proyecto de vida y de buscar un sentido para su existencia. Encontrábanse en las calles en situación de alto riesgo, vulnerabilidad e indefensión, en medio a la humillación de la miseria y a un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual, al igual que millones de otros niños (en contingentes crecientes) en toda América Latina y en todas partes del mundo globalizado.”

En cuanto a la teoría del “proyecto de vida”, ya acogida por la Corte en el caso Loayza Tamayo vs. Perú, reparaciones, Sentencia serie C, n. 42 del 27 de noviembre de 1998, véase C. F. SESSAREGO, Apuntes para una distinción entre el daño al “proyecto de vida” y el “daño psíquico”, Themis, 1995, 32, pp. 161-164; C. F. SESSAREGO, Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual, Themis, 1998, 38, pp. 179-210; C. F. SESSAREGO, El daño al “proyecto de vida” en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Themis, 1999, 39, pp. 453-464.

46. Cfr. párr. 199-238 de la Sentencia sobre el fondo. M. SEITLES, Effect of the Convention..., *cit.*, pp. 176-178 pone en evidencia que “since many of the murders of street children in Latin America are carried out by agents of the State, they are rarely investigated or properly prosecuted. Although there have recently been a number of high profile convictions of police officers for the murders of Latin American street children, few investigations result in more than dismissal for implicated

officers. Without a doubt, the State parties of Brazil, Colombia, and Guatemala are not providing street children the right to survival and development as mandated by Article 6 of the Convention. Although the Committee on the Rights of the Child has investigated these abuses and provided public recommendations to expose this grave situation to the international community, the Committee has been unsuccessful in reducing these abuses because of local government inaction and the Committee’s lack of enforcement authority, which, as with so many other treaties, is devoid of any mechanism to compel state compliance. Thus, the inherent inadequacies of the Committee, coupled with the complete apathy of these Latin signatories, has led to a violation of one of the most fundamental principles of the Convention, the right to life of its children.”

47. En este sentido el pár. 191 de la Sentencia de fondo. H. BICUDO y I. ALVAREZ, Notas respecto a la Relatoría de Derechos del Niño de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Revista IIDH, 1999, 29, pp. 161-170, se expresan así: “es sabido que un porcentaje muy alto de la niñez y la adolescencia de nuestro Continente vive una situación muy delicada, que tiende frecuentemente a su eliminación. El abandono marca a los niños y niñas desde su concepción. Cuando consiguen nacer, son recibidos por un mundo hostil que muchas veces los elimina. Y si eso no ocurre, acaban siendo lanzados a las calles, donde sólo pueden conocer las fachadas de las casas, sin ingresar a su interior. Tal escenario lo completan factores como la violencia de grupos policiales y paramilitares, el sometimiento de los niños a prisión ilegal, la tortura y los asesinatos en las calles. La erradicación de la violencia implica, entre otros aspectos, ...proveer a los padres de salarios dignos, que permitan el acceso a una vivienda, que colabore a impedir el abandono de los hijos.”
48. Éste es el incipit del Voto Razonado del Presidente anexo a la Sentencia sobre reparaciones.
49. En el pár. 196, la Corte se expresa textualmente en términos de “derecho a un nivel de vida adecuado”.

50. Para entender correctamente el monto global atribuido, no obstante la oposición del Estado demandado, a título de daño emergente y lucro cesante, equivalente a 140.764,00 dólares USA, es decir, a 1.086.698,08 quetzales (“el tipo de cambio era, en el año 2000, de Q 7.72 por US \$1,00, según información suministrada por el Banco Central de Costa Rica”), hay que tener en cuenta que el sueldo mensual medio (por al menos 44 horas de trabajo semanal) en actividad no agrícola era, en la época en que sucedieron los hechos, de 348,00 quetzales, “que equivale, al tipo de cambio de junio de 1990, a US \$ 80,93” (equivalentes a Q.4,30 por dólar USA), con una diferencial por expectativa media de vida para quienes fueron asesinados, equivalente a cuarenta y nueve años (pár. 81 del fallo). De estos datos se desprende que, en la década 1990-2000, la moneda guatemalteca perdió el 80% de su valor respecto al dólar, no obstante que ya (cfr. T. RACE LAVE, *Breaking the Cycle of Despair...*, cit., p. 75) “between 1980 and 1989, the poverty rate had increased from 63% to 77% of the population.” El fenómeno, lejos de disminuir, ha empeorado en los últimos dos años, de manera tal que (como se vio en la nota 37) un porcentaje elevado de la población gana ahora menos de 1 dólar USA pro die. En el mismo sentido, cfr. también Walden’s Country Reports-World Information-Business Intelligence Report 2002-Guatemala, p. 19, y el Quinto Informe sobre Guatemala citado en nota 37, cap. III, D – 16: “entre las principales causas que se han señalado para que en los años 1999 y 2000 haya una disminución en el crecimiento del producto interno bruto están: a) los efectos negativos del huracán Mitch; b) la caída de los precios internacionales del café, banano y caña de azúcar y los aumentos internacionales del petróleo; c) el aumento del déficit fiscal; d) la quiebra de algunas instituciones financieras..”
51. 359.236,00 dólares USA o su equivalente en moneda local. Child Labour in Guatemala – Latest News – Press Release – 18 de setiembre de 1999 – subraya que por el asesinato de Nahamán Carmona López, “a 13-year-old street child brutally kicked to death by four uniformed National Policemen in March 1990 on the streets of Guatemala City, the compensation handed over by the Guatemalan government to the dead child’s mother had been 52,000 quetzales (approximately \$ 6,700).”
52. La norma dispone que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”
53. El subrayado es mío.
54. A.A. CANÇADO TRINDADE, por último en *Reflexiones sobre el Futuro*, cit., p. 593, recalca que “lo que urge, en nuestros días, es un mejor entendimiento de las obligaciones convencionales de protección, que abarcan todo y cualquier acto u omisión del Estado Parte, de cualquier de sus órganos o agentes, sea del Poder Ejecutivo, sea del Legislativo o del Judicial. Es este principio fundamental del derecho de la responsabilidad del estado que debe orientarnos, sin que se justifique el recurso a fantasías como la de las “generaciones de derechos” (a admitir derechos “no-justiciables”).” Análogamente piensa S. LECKIE, *op.loc.citt.*, quien considera “a severe human rights violation the deliberate refusal to satisfy basic human needs” y afirma que la “possibility of claiming economic, social and cultural rights internationally or regionally must not be viewed as an act of ultimate futility.”
55. Cfr. art. 68. 2: “La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.” Sobre el problema del onus procesal de la acción de ejecución o de la obligación del Estado de cumplir directamente con los fallos sobre reparaciones, véase, por último, en forma clara pero no explícita, la Sentencia serie C, n. 86, pronunciada por la Corte el 27 de noviembre de 2001 sobre la interpretación de la decisión sobre reparaciones en el caso Cesti Hurtado vs. Perú, pár. 32, letra a): “el Estado debe facilitar las condiciones para que el

interesado realice las gestiones conducentes a obtener las indemnizaciones correspondientes a las violaciones declaradas en la Sentencia sobre el fondo en un plazo razonable..”

56. Dentro de los seis meses que a tal fin dispone en general la Corte: “el Estado de Guatemala debe cumplir con las medidas de reparación ordenadas en la presente Sentencia dentro de los seis meses contados a partir de su notificación. Los pagos dispuestos en la presente Sentencia estarán exentos de cualquier gravamen o impuesto existente o que llegue a existir en el futuro...” Sobre el art. 68 del Pacto de San José, véase, por último, además de H. FAÚNDEZ LEDESMA, *op. cit.*, pp. 566-574, H. BICUDO, Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2001, pp. 229-234; T. BUERGHENTHAL, Implementation of the Judgments of the Court, *ibid.*, pp. 185-193; S. GARCÍA RAMÍREZ. Las Reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, *ibid.*, pp. 129-159; V. KRSTICEVIC, Líneas de Trabajo para Mejorar la Eficacia del Sistema, en El futuro del Sistema..., *cit.*, pp. 413-448 y específicamente pp. 419-422 y V. RODRÍGUEZ RESCIA, La Ejecución de Sentencias de la Corte, *ibid.*, pp. 449-490.
57. Sólo a título de ejemplo, véase la reciente Resolución del 14 de diciembre de 2001, aún sin número, pronunciada en el caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, resuelto por la Corte desde hace ya años con la Sentencia serie C, n. 22 del 8 de diciembre de 1995 sobre el fondo, y con la Sentencia serie C, n. 31, de 29 de enero de 1997, sobre reparaciones. Véase también el editorial de CEJIL GACETA n. 10, 1998, titulado “Las Promesas Incumplidas: La Implementación de las Decisiones de la Comisión y de la Corte”.
58. “owner-rapid-response@casa-alianza.org – December 23rd, 2001 – The State of Guatemala complied with one of the four principal compensation rulings by the Inter American Court on Human Rights last Friday, having been found guilty of the murder of five street children in Guatemala City in 1990. Three weeks after the Court deadline expired, the President of Copredeh, the government’s human rights office, presented checks for a total of US\$ 500, 000 to the five families of the victims...The Guatemalan government must also name a school in memory of the young victims and re-open the criminal case against the policemen who killed the boys. The Court also ordered the State to let laws to better protect children come into effect, also a stipulation under the UN Convention on the Rights of the Child.”
59. *Ibid.*, “Some voices have criticized the fact that compensation is given to the families when they are considered by some to be responsible for the child leaving for the street.”
60. En el mismo sentido y con el mismo propósito, véase por último el pár. 77 de la Sentencia serie C n. 92, del 27 de febrero de 2002, en el caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, reparaciones.
61. “En cuanto a la solicitud de nombrar un centro educativo con los nombres de las víctimas, la Corte decide por unanimidad y ordena al Estado designar un centro educativo con un nombre alusivo con los jóvenes víctimas de este caso, y colocar en dicho centro una placa con el nombre de los asesinados”: pár. 103 de la Sentencia sobre reparaciones y séptimo punto resolutiveo.
62. “En relación con la solicitud relativa a la exhumación del cadáver de Henry Giovanni Contreras, esta Corte resuelve y decide por unanimidad que el Estado de Guatemala debe brindar los recursos y adoptar las demás medidas necesarias para el traslado de los restos mortales de Henry Giovanni Contreras y su posterior inhumación en el lugar de elección de sus familiares”: *ibid.*, pár. 102 y punto resolutiveo sexto. En el mismo sentido, véase también la Sentencia del 22 de febrero de 2002, serie C, n. 91 sobre reparaciones, en el caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala y M. HAGLER y F.RIVERA, Bámaca Velásquez V.

- Guatemala: An Expansion of the Inter-American System's Jurisprudence on Reparations, HR Brief, vol. 9, 3, 2002.
63. “La presente Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no sólo resuelve un caso concreto en cuanto a reparaciones, sino también contribuye a elevar los estándares del comportamiento humano en relación con los desposeídos”: así se expresa el incipit del Voto Razonado del Presidente anexo al fallo sobre reparaciones. A. DULITZKY y F. GONZÁLES, *Derechos humanos y la Organización de los Estados Americanos: 1999-2000*, *Revista IIDH*, 2000, 30-31, pp. 189-236, y en particular p. 220, aún subrayando que “es cierto que en determinadas circunstancias la decisión de casos paradigmáticos puede producir un efecto transformador que vaya más allá de ese caso particular”, advierten que “un sistema Interamericano de derechos humanos que sólo operara a través de una Corte que conociera de casos individuales sería claramente insuficiente...Es imprescindible disponer de otros medios para procurar la solución.”
64. “Que la presente Sentencia de reparaciones sirva, pues, también de aliento a todos los que, en nuestros países de América Latina, han experimentado el dolor de perder un ser querido en circunstancias similares de padecimiento y humillación, agravadas por la impunidad y la indiferencia del medio social”: Voto Razonado ult.cit., p. 33.
65. En sentido contrario ver C.URQUILLA BONILLA, *op.loc.citt.*, p. 266: “considerar que la Convención es sólo una Convención de derechos civiles y políticos, y que por lo tanto la competencia *ratione materiae* de la Comisión y la Corte se circunscribe sólo a esos derechos, es producto de una lectura incompleta del Pacto de San José, cuando no mal intencionada. No hay duda que existe una elaboración normativa más desarrollada frente a los derechos civiles y políticos, pero esto no puede conducir, en atención al principio *pro homine*, a conclusiones tendentes a señalar que los derechos económicos, sociales y culturales carecen de protección efectiva en el modelo normativo del sistema.”
66. Cfr. Sentencias serie C, n. 14 (del 3 de febrero de 1993), sobre excepciones preliminares en el caso *Cayara vs. Argentina*, serie C, n. 27 (del 2 de julio de 1996) sobre excepciones preliminares, y serie C, n. 36 (del 24 de enero de 1998) sobre el fondo, en el caso *Blake vs. Guatemala*.
67. “La jurisdicción del Tribunal” advierte el citado Voto Razonado del Presidente, p. 9, “se resume en su potestad de declarar el Derecho”, pero “la Sentencia es algo más que una operación lógica enmarcada en límites jurídicos predeterminados.”
68. Véase también el precedente igualmente histórico *Loayza Tamayo vs. Perú*, ya citado arriba.
69. En el mismo Voto Razonado de que *supra*, el Presidente afirma en el p. 16: “hace mucho tiempo vengo insistiendo en que la gran revolución jurídica del siglo XX ha sido la consolidada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al erigir el ser humano un sujeto del Derecho Internacional, dotado, como verdadera parte demandante contra el Estado, de plena capacidad jurídico-procesal a nivel internacional. El presente caso de los “Niños de la Calle”, en que los olvidados de ese mundo logran acudir a un tribunal internacional para hacer valer sus derechos como seres humanos, da elocuente testimonio de esto. En el ámbito de aplicación de ese nuevo *corpus juris*, es indudablemente la víctima que asume la posición central, como le corresponde. El impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en otras áreas del Derecho (tanto público como privado) ocurre en buena hora, en el sentido de humanizarlas. Este desarrollo muéstrase conforme a los propios fines del Derecho, cuyos destinatarios de sus normas son, en última instancia, los seres humanos.”
70. Quedando de lado a otros problemas, obsérvese, en lo que se refiere al *quantum* reparatorio, que la Corte Europea, con excepción de algunos casos contra Turquía y de un caso contra Italia (*E.P. vs. Italia*), decide sin tener suficientemente en cuenta la gravedad de los sufrimientos padecidos por las víctimas directas e indirectas. En sentido

igualmente crítico, véase T. VAN BOVEN, *Reparations: a requirement of justice*, en *El Sistema...*, *cit.*, pp. 653-672.

71. En el mismo Voto Razonado de *ut supra*, párr. 14-15, el Presidente subraya: “el derecho penal internacional parece correr el riesgo de incurrir en la misma distorsión de relegar a un plano secundario la figura de las víctimas, centrando la atención más bien en los responsables por crímenes de particular gravedad. Ésta no es una especulación teórica [...]. A mi modo de ver, es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, clara y decididamente, viene a rescatar la posición central de las víctimas, por cuanto encuéntrase orientado hacia su protección y al atendimiento de sus necesidades.”
72. Véase A.A. CANÇADO TRINDADE. La interdependencia de todos los derechos humanos. Obstáculos y desafíos en la implementación de los derechos humanos (traducción en castellano publicada por http://www.unesco.org/issj/rics158/trindades_pa.html del artículo homónimo parecido en la *Revue Internationale de Sciences Sociales*, Paris, UNESCO, 1998, pp. 571-582), donde el Autor subraya el enfoque holístico ya propugnado por la Declaración Universal de DDHH, y pone en evidencia que “el derecho fundamental a la vida misma, que comprende las condiciones de vida, ha sido cada vez más considerado como un derecho que pertenece tanto al ámbito de los derechos individuales como sociales”, y A. A. CANÇADO TRINDADE, Prefácio, en A. A., CANÇADO TRINDADE, G. PEYTRIGNET y J. R. DE SANTIAGO, *As Três vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana. Direitos Humanos, Direito Humanitário, Direito dos Refugiados*, publicados en el sitio web <http://www.icrc.org/ihrcspansf/4dc394db5b54f3fa4125673900241f2f/fee6377eea5d00d3412568b000381f0a?OpenDocument>: “A reasserção, pela Conferência de Viena, da universalidade dos direitos humanos, enriquecida pela diversidade cultural, e os esforços envidados no propósito de assegurar na prática a indivisibilidade de todos os direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais), com atenção especial aos mais necessitados de proteção (os socialmente excluídos e os segmentos mais carentes e vulneráveis da população), indicam que, depois de muitos anos de luta, os princípios do direito internacional dos direitos humanos parecem enfim ter alcançado as bases das sociedades nacionais. Da mesma forma, a preocupação externada em Viena em assegurar a incorporação da dimensão dos direitos humanos em todas as atividades e programas dos organismos que compõem o sistema das Nações Unidas, somada à ênfase no fortalecimento da interrelação entre os direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento (situando como sujeito central deste último o ser humano), apontam para o alentador reconhecimento de que os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados, e, em igual medida, os organismos internacionais e outras entidades ou grupos (e.g., os detentores do poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no quotidiano da vida de milhões de seres humanos). Os direitos humanos, em suma, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo como operacional, acarretam obrigações *erga omnes*.”
73. “Un mundo que se muestra determinado a proteger los capitales, bienes y servicios, pero no los seres humanos. Un mundo que ha sometido la mayoría de los seres humanos a servicio de los intereses y ganancias de unos pocos...”: Voto Razonado *ult. cit.*, p. 20.
74. “El sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo”: *loc. ult. cit.*, p. 22. Un adelanto del concepto de “daño social” se encuentra ya en la Sentencia serie C, n. 31 del 29 de enero de 1997 sobre reparaciones, en el caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, p. 22, donde todavía se afirma “que el daño debe demostrarse con sustento probatorio suficiente en relación con la existencia y magnitud del mismo.”
75. En el mismo sentido, véase A.A. CANÇADO TRINDADE. La interdependencia..., *cit.*, donde el Autor

subraya que “la promoción y defensa de los derechos humanos sólo se puede concebir y desarrollar a partir de una concepción integral de la totalidad de los derechos, teniendo en cuenta su carácter interdependiente. Una percepción atomizada y fragmentada de los derechos humanos conduce inevitablemente a distorsiones, y posterga su realización a un futuro incierto e indefinido. [...] Numerosos Estados, que han progresado en materia de derechos civiles y políticos, continúan practicando políticas que sistemáticamente violan los derechos económicos, sociales y culturales. No puede haber prueba más sólida que las propias distorsiones, de la urgente necesidad de remplazar estas perspectivas fragmentadas por una concepción necesariamente integral de todos los derechos humanos. [...] El creciente deterioro de las condiciones de vida de la población, que actualmente aflige a tantos países, a la larga podría constituir una amenaza para los avances alcanzados en años recientes en el campo de los derechos civiles y políticos. No se puede dudar acerca del enfoque que deberíamos adoptar, a saber, una concepción global e integral de todos los derechos humanos” y “Los Derechos Civiles y Políticos”, Documento E/CN.4/2002/L.65 fechado 16 de abril de 2002, de la Comisión DDHH de NU, punto 2.

76. C. URQUILLA BONILLA, *op.loc.citt.*, subraya (p. 273) que “sin embargo, en la actualidad se puede apreciar que comienza a surgir una nueva tendencia sobre la posibilidad de que en el sistema interamericano, a través de las peticiones individuales, se logre la protección de los derechos económicos...de manera autónoma” y da el ejemplo de las medidas cautelares urgentes del 29 de febrero de 2000 y de la decisión sobre la admisibilidad n. 29/01, adoptadas por la Comisión en el caso 12.249 contra El Salvador, relativo a reclamos realizados por personas viviendo con Vih/Sida por falta de medicamentos antirretrovirales. “Con esa decisión”, agrega el Autor, “la Comisión admite su competencia ratione materiae para conocer de peticiones individuales sobre violaciones presuntas de derechos económicos...a través de la infracción del art. 26 del Pacto de San

José, interpretado por el Protocolo de San Salvador.”

77. Voto Razonado *ult. cit.*, párr. 8 y 9.
78. Cfr., por ejemplo, la Delaración de Cartagena de Indias y la Declaración de Margarita, adoptada en 1997 por el Vértice de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana: “Justicia Social: Concebimos la justicia social como la realización material de la justicia en el conjunto de las relaciones sociales, la cual exige medidas de compensación a favor de aquellos que requieran un tratamiento especial y diferenciado, que no pueden representar o hacer valer de forma efectiva y pública sus intereses, necesidades o aspiraciones; Superación de la Pobreza: Conscientes que en el contexto actual superar la pobreza en la Región demanda la ejecución de programas que garanticen a la población el acceso a los servicios de educación, salud, justicia e infraestructura, de modo que puedan tener una mejor calidad de vida, acceder a mejores empleos y obtener mayores ingresos, reafirmamos que la inversión social debe estar dirigida a la promoción de oportunidades para que las personas más pobres puedan incorporarse de manera productiva y sostenida a la economía; Juventud: Preocupados por los asuntos que inquietan a los jóvenes de nuestros países, estamos conscientes de que es necesario redoblar los esfuerzos de nuestra gestión gubernamental, con vistas a garantizar la ampliación de las oportunidades en educación, empleo, salud y participación democrática de las nuevas generaciones de iberoamericanos”, así como también, por último, el Documento CD/Res.08 (76-R/01) adoptado el 11 de mayo de 2001, en Montevideo, por el Consejo Directivo del Instituto Interamericano del Niño sobre la “Implementación del prototipo de políticas públicas focalizadas para la niñez y la adolescencia en circunstancias de vulnerabilidad y riesgo social.”
79. “El tema de esta Sentencia, y por ende ella misma, se sitúa en un punto de convergencia entre derechos civiles y derechos económicos, sociales y culturales; dicho de otra manera: se halla en el punto al que concurren el Derecho civil y el Derecho

social”: en este sentido el Voto Concurrente del Juez Salgado Pesantes en la decisión a la que se refiere aquí abajo.

80. Sólo formalmente precedida por la Sentencia serie C, n. 15 sobre reparaciones, emitida el 10 de setiembre de 1993 en el caso Aloeboetoe vs. Suriname, en que la Corte se refirió a los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civiles (art. 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), ante la falta de ratificación del Convenio n. 169 de la O.I.T. por el Estado demandado y de consuetudines generales. Sobre los derechos de las Comunidades indígenas de Gujaba, véase el reciente trabajo de J. MENDEZ, Derechos de las poblaciones indígenas, Iudicium et Vita, 1998, 6, pp. 11-41 y en particular pp.32-33.
81. Sobre el mismo problema, pero respecto a otro Estado, véase el Informe de la Comisión IDH n. 90/99 en el caso 11.713 – Enxet-Lamenxay and Kayleyphapopyet (Riachito) Comunidades Indígenas vs. Paraguay, que se concluyó con un arreglo amistoso [el Estado compró de nuevo a la sociedades extranjeras 21.884 ha del territorio de los Enxet en el Chaco paraguayo y les reconoció la propiedad de la Comunidad, atribuyéndole también una suma de dinero a título de indemnización], el caso 11.706 o Masacre Comunidad Indígena “Yanomami” [La comunidad indígena “Yanomami”, ubicada en la frontera entre Venezuela y Brasil, fue víctima de una masacre orquestada por buscadores de oro (garimpeiros) que habían ocupado su área indígena, muriendo 16 indígenas en dos confrontaciones con los invasores. El 10 de diciembre de 1999 se firmó un acuerdo de solución amistosa en el que el Estado de Venezuela se comprometió a asegurar la integridad de la comunidad, atender su derecho a la salud y realizar reformas legislativas. En especial, el Estado Venezolano se comprometió a firmar un acuerdo binacional con Brasil con el fin de establecer un plan de vigilancia y controlar la actividad minera en la zona. El acuerdo se encuentra en proceso de ejecución], y el caso 12.094 o de 35 comunidades aborígenes nominadas Asociación de Comunidades Aborígenes “Lhaka Honat” vs. Argentina, donde las víctimas alegan su derecho a supervivencia física (vida y salud), integridad cultural y ambiente sano. Ante la amenaza de ser expulsados de su lugar de residencia por la decisión del Estado de construir un puente internacional y un plan de urbanización en su territorio, se está discutiendo una propuesta de acuerdo de solución amistosa, cuyo tema principal es el reconocimiento de la posesión de la propiedad de la tierra y el informe de impacto ambiental). Todos estos casos son relatados por “Derechos Económicos, Sociales y Culturales en El Sistema Interamericano”, Editorial de CEJIL GACETA, n. 12, 2000, p. 2.
82. En la vasta literatura sobre tierra y poblaciones indígenas, véase, por último, con referencia específica al Continente Latinoamericano M.L. ACOSTA, Las Acciones Legales Tomadas por la Comunidad Mayagna de Awas Tingni para Defender su Tierra de la Usurpación Estatal: El Caso de Solcarsa, Centro de Documentación de Pueblos Indígenas, en <http://www.geocities.com/RainForest/Andes/8976/centro.htm>; S. JANAYA y T.CRIDER, Indigenous Peoples, The Environment, and Commercial Forests in Developing Countries: The Case of Awas Tingni, Nicaragua, HRQ, 1996, 2, pp. 345-367; S. J. ANAYA, The Awas Tingni Petition to the Interamerican Commission on Human Rights: Indigenous Lands, Loggers and Government Neglect in Nicaragua, St. Thomas L. Rev., 1996, 9, p.157 y sig.; S. JANAYA y R. WILLIAMS JR., The Protection of Indigenous Peoples’ Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System, Harv.HR J., 2001, 14, p. 33 y sig.; A. ANGHIE, Time Present and Time Past: Globalization, International Financial Institutions, and the Third World, N.Y.U. J. Int’l L. and Pol., 2000, pp. 243-290 y especialmente pp. 247-263; J. AUBÉRIQUE CHARLES, Pueblos indígenas y tierra-Guyanas, ALAI, América Latina en Movimiento, 298,18 de agosto de 1999; R. L.BARSH, The Challenge of Indigenous Self-Determination, U. Mich. J.L. Ref., 1993, 26, p. 277 y sig.; R. L.BARSH, Indigenous Peoples in the 1990s: from Object to Subject of International Law?, Harv. HR J., 1994, 7, pp. 33-86 y

especialmente pp. 38-40; 43-48; 52-57; 58-63 y 70-75; R. L. BARSH, *Indigenous Peoples and the UN Commission on Human Rights: A Case of the Immovable Object and the Irresistible Force*, HRQ, 1996, 18, pp. 796-800; R. L. BARSH, *Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis*, Harv. HR J., 1999, 12, p. 57 y sig. y especialmente pp. 74-90; H. R. CLARK y A. VELAZQUEZ, *Foreign Direct Investment in Latin America: Nicaragua – a Case Study*, Am. U. Int'l L. Rev., 2001, 16, pp. 743-807; S. ERCMANN, *Linking Human Rights: Rights of Indigenous People and the Environment*, Buff. Envir.L.J., 1999 – 2000, pp. 15-46; W. FELICE, *The U.N. Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: Race, and Economic and Social Rights*, HRQ, 2002, 1, pp. 205-236; B. FREY, *The Legal and Ethical Responsibilities of Transnational Corporations in the Protection of International Human Rights*, Minnesota J. Global Trade, 1997, pp. 153-188; F. GONZALES, *Persistencia de la identidad indígena*, en <http://www.geocities.com/Athens/Atrium/9449/s3fgon2.htm>; C. GROSSMANN, *Awas Tingni vs. Nicaragua: A Landmark Case for the Inter-American System*, HR Brief, vol. 8, 3, 2001; F. LOPEZ BERMUDEZ, *Indigenous Peoples and International Law: The Case of Ecuador*, St. Thomas L. Rev., 1997, pp.175-196 y especialmente p.186 y sig.; M. JENNINGS y J. ENTINE, *Business with a Soul: A Reexamination of what Counts in Business Ethics*, Hamline J. Pub. L. Policy, 1998, 20, pp. 1-88; C. JOCHNICK, *Confronting the Impunity of Non-State Actors: New Fields for the Promotion of Human Rights*, NHRQ, 1999, 1, pp.56-79; F. MACKAY, *Universal Rights or a Universe unto Itself? Indigenous Peoples' Human Rights and the World Bank's Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples*, Am. U. Int'l L. Rev., 2002, 17, pp.527-624 y especialmente pp. 582-624; T. MACDONALD, *Internationalizing indigenous community land rights: Nicaraguan Indians and the Inter-American Court of Human Rights*, en Nicaragua – The Awas Tingni Land Demarcation Case: Focus on Compliance, 2001; J. P. STEDILE, *Reforma agraria en Brasil*, ALAI, América Latina en

Movimiento, 24 de enero de 2000; S. WIESSNER, *Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis*, Harv. HR J., 1999, p. 57 y sig., especialmente pp. 74-90; H. THOMPSON, *Las Empresas Transnacionales y los Derechos Indígenas*, en <http://www.puebloindio.org/moskitia/-empresas%20transnacionales%20y%20-di.html>; S. WIESSNER y M. A. BATTISTE, *The 2000 Revision of the United Nations Draft Principles and Guidelines on the Protection of the Heritage of Indigenous People*, St. Thomas L.R., 2000, 13, pp. 383-414; R. WILSON y J. PERLIN, *The Inter-American Human Rights System...*, *cit.*, p. 330 y L. ZAPIOLA, *El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes respecto de la República Argentina, Aprobado por Ley n. 24.071*, en Centro de Documentación de Pueblos Indígenas.

Véanse, también, en general, las Resolución 2000/22 (fecha 28 de julio de 2000) de ECOSOC sobre la creación de un “foro permanente para las cuestiones indígenas”; la Resolución 2001/57 (Doc. E/CN.4/RES/2001/57 de 24 de abril de 2001) de la Comisión DDHH de NU; el capítulo VII, sobre “Las Poblaciones Indígenas”, del Informe de la Comisión DDHH de NU (Doc. E/CN.4/2001/25 del 5 de enero de 2001) titulado “El Derecho al Desarrollo”, que contiene el Informe de la Alta Comisionada de NU para los Derechos Humanos al Consejo Económico y Social, Periodo de sesiones sustantivo de 2001, Ginebra, 2 a 27 de julio de 2001, y especialmente los puntos 1 y 2: “Las poblaciones indígenas también se ven afectadas desproporcionadamente por las actividades de desarrollo nacional que las desplazan de sus tierras y territorios tradicionales, frecuentemente con una indemnización mínima o sin ella, por lo que, en vez de beneficiarios, se convierten en víctimas del desarrollo. También es importante destacar que las poblaciones indígenas son particularmente vulnerables al racismo y a la discriminación, tienen índices de encarcelamiento más elevados que otros sectores de la población y son víctimas de la violencia desatada contra ellas a causa de su origen étnico. Los intereses de las

poblaciones indígenas, uno de los grupos particularmente afectados por la discriminación, deben ser uno de los temas centrales de la declaración y el programa de acción”, y el “Documento de trabajo sobre la lucha contra el racismo sufrido por los pueblos indígenas”, presentado por la Sra. Erica – Irene Daes, miembro del “Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, al Comité Preparatorio de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia de la Asamblea General de NU (Documento A/CONF.189/PC.3/4, en fecha de 20 de julio de 2001), puntos 1, 2, 4, 6 y 7: “Los pueblos indígenas son por lo general vulnerables al desposeimiento de sus tierras y recursos naturales, entre otras cosas debido a que carecen de poder para defenderse. No sólo carecen de poder físico, sino de estatuto jurídico y de acceso a recursos jurídicos y asequibles. El racismo es a menudo el motivo por el cual los territorios indígenas son invadidos por otros grupos; el racismo es asimismo el motivo por el cual se deniega a los pueblos indígenas el acceso a recursos jurídicos eficaces. De ese modo, el racismo crea un círculo vicioso de desposeimiento, de inacción por parte de las autoridades públicas y de nuevo desposeimiento. El desposeimiento provoca una situación de pobreza extrema entre los pueblos indígenas, que a su vez intensifica el racismo dirigido contra ellos. El problema de la tierra y el problema del racismo deben abordarse conjuntamente; son un único problema. Los últimos diez años de liberalización global del comercio y de crecimiento rápido de las inversiones en los países en desarrollo han agravado el círculo vicioso del racismo y el desposeimiento. Con objeto de atraer inversiones extranjeras y promover el comercio exterior, muchos países en desarrollo han abierto a empresas dedicadas a la extracción, como las de explotación minera y forestal, zonas hasta ahora aisladas de sus territorios que constituyen a menudo los últimos refugios de los pueblos indígenas y de su diversidad cultural. De ese modo, los pueblos indígenas son sacrificados colectivamente a fin de aumentar los ingresos de otros ciudadanos.

El racismo contra los pueblos indígenas hace que sea relativamente fácil para los dirigentes políticos y empresariales nacionales concebir esas medidas y movilizar un amplio apoyo del público en favor de ellas. Si las comunidades indígenas se resisten al desposeimiento, el racismo hace más fácil que los políticos justifiquen la utilización de la violencia para aplastar las protestas. Desde ese punto de vista, es imposible separar el racismo y los derechos a la tierra de la política de comercio. En la medida en que avanzamos hacia un comercio más libre, creamos mayores incentivos para que los Estados y sus sectores de exportación invadan las tierras de los pueblos indígenas y estimulen de ese modo el crecimiento de las exportaciones en sectores como los de petróleo, metales, productos de la madera y cultivos en plantaciones. El vínculo entre el comercio y el desposeimiento será máximo en los países en que el racismo es más fuerte y en que las instituciones nacionales de lucha contra el racismo y de resarcimiento de sus víctimas son relativamente débiles. Este problema presenta una gran paradoja. Los Estados sometidos a la máxima presión económica para aumentar sus ingresos por exportaciones, y que por ello desplazan a los pueblos indígenas, tienden a ser Estados que han sido ellos mismos las mayores víctimas de racismo colectivo en el plano internacional. Los países en desarrollo han argumentado repetidamente que las actitudes y creencias racistas en los países más industrializados han sido la causa de relaciones de intercambio punitivas, plazos de reembolso de la deuda estrictos y medidas represivas de ajuste estructural. Si esto fuera verdad, y no considero que ello pueda negarse por completo, de ahí se deduce que el racismo entre países puede provocar la intensificación del racismo dentro de los países, en particular contra grupos extremadamente aislados o marginados como los pueblos indígenas; Este análisis de las relaciones entre los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, el racismo y la liberalización del comercio me lleva a hacer tres recomendaciones principales: a) No puede haber comercio ‘libre’ o ‘leal’ entre los Estados a menos que éstos respeten y protejan los derechos de los pueblos indígenas a la tierra. En la

actualidad, los Estados que expropiaron las tierras de los pueblos indígenas sin consentimiento o sin un resarcimiento pleno, o condonan la invasión de los territorios de los pueblos indígenas, están obteniendo una ventaja competitiva injusta en relación con los Estados que respetan los derechos de los pueblos indígenas a la tierra. Están subvencionando sus sectores de exportaciones con los recursos naturales de los pueblos indígenas. Esto es potencialmente una distorsión grave del comercio, así como una violación de los derechos básicos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, y la Conferencia Mundial contra el Racismo debería considerar medidas eficaces de señalar ese problema a la atención de la Organización Mundial del Comercio y de las organizaciones intergubernamentales regionales de comercio.”

83. Aún si las prácticas exterminadoras de algunos Estados, como, por ejemplo, Guatemala, han logrado decimar poblaciones indígenas, como lo muestra el “mapa de las masacres” anexo al Reporte de la “Comisión Histórica de la Verdad”, del cual se desprende que el 83,33% de las víctimas del conflicto interno guatemalteco ha sido de etnia maya. A este propósito, véanse también T. BENDIKSBY, *Minority Rights, Justice and Ethnicity in Guatemala*, en Human Rights in Development, H. Stokke y A. Tostenes editores, SIM Yearbook 1999/2000, 2001, p. 163 y sig. y M. HOLLEY, *Recognizing the Rights of Indigenous People to their Traditional Lands: A Case Study of an Internally-Displaced Community in Guatemala*, Berk. J. Int'l Law, 1997, pp. 119-157. A. A. CANÇADO TRINDADE, *La interdependencia...*, *cit.*, subraya que hoy en día “además de las violaciones ‘tradicionales’, hay otras graves discriminaciones contra miembros de minorías y otros grupos vulnerables, con criterios étnicos, nacionales, religiosos y lingüísticos.” En lo que se refiere en particular a la región andina, los pueblos indígenas constituyen, en promedio, el 30% de la población de la región. Más de 20 millones de habitantes de la región corresponden a esta realidad: en Bolivia el 71% de la población es indígena,

en el Perú el 47% y en el Ecuador el 43%. Estos tres países juntos tienen una población indígena que sobrepasa el 50% de su población total reunida. Según estimaciones, en Chile hay un millón de indígenas, en Colombia 600,000 y en Venezuela 400,000. Así, el concepto de “minorías” que se utiliza a nivel de las Naciones Unidas se relativiza en grado sumo en la región andina, donde viven 17,3 millones de ellos en los Andes y 2,7 millones asentados en Amazonia. Para una reseña amplia y detallada sobre los derechos de las poblaciones indígenas en los Estados de la Comunidad Andina, véase la página “Pueblos Indígenas” de la CAJ, Comunidad Andina de Juristas: “Los pueblos indígenas se definen como aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos. Esta continuidad histórica se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la autoidentificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos. Estos pueblos se conocen en nuestros países porque mantienen formas de vida y de cultura que los distinguen del resto de la sociedad, y han estado subordinados y marginados tradicionalmente por estructuras económicas, políticas y sociales discriminatorias, que prácticamente los han mantenido en condición de ciudadanía de segunda clase, a pesar de que en las legislaciones, formalmente, los indígenas tienen los mismos derechos que tienen los no indígenas. Pero, en la realidad, esta ciudadanía es como imaginaria, porque siguen sufriendo de formas estructurales de discriminación, de exclusión social, de marginación.” F. LOPEZ BERMUDEZ, *Indigenous Peoples and International Law...*, *cit.*, p. 195, subraya que “as it is stated by the Inter-American Commission on Human Rights, in its report on Ecuadorian poverty, exclusion is the reality for the ten Indigenous nationalities.” Una reseña de las normas constitucionales y de la jurisprudencia doméstica latinoamericana relativa a las poblaciones indígenas en general y a la “tierra y territorio, propiedad y posesión” en particular la proporciona, con comentarios en anexos, el número 6 (1998)

ya citado de Iudicium et Vita, IIDH, enteramente dedicado al tema, y en particular las pp.73-156.

84. El párr. 69 de la Sentencia señala que se trata, además de la Comunidad Awas Tingni (Comunidad Mayagna), de las “Diez Comunidades” (Comunidad Miskita), de la “Comunidad Indígena de Tasba Raya”, conocida también como “Seis Comunidades”, que comprende las siguientes Comunidades: de Miguel Bikan, Wisconsin, Esperanza, Francia Sirpi, Santa Clara y Tasba Pain (Comunidades Miskitas) y de la “Comunidad Indígena de Karatá” (Comunidad Miskita). La misma Sentencia (párr. 83 letra d) así se expresa: “un tema fundamental en la definición de los pueblos indígenas es la relación de éstos con la tierra. Todos los estudios antropológicos y etnográficos demuestran que la relación entre los pueblos indígenas y la tierra es un vínculo esencial que da y mantiene la identidad cultural de estos pueblos. Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos. La mayoría de los pueblos indígenas en América Latina son pueblos cuya esencia se deriva de su relación con la tierra, ya sea como agricultores, como cazadores, como recolectores, como pescadores etc. El vínculo con la tierra es esencial para su autoidentificación. La salud física, la salud mental y la salud social del pueblo indígena están vinculadas con el concepto de tierra. Tradicionalmente, las comunidades y los pueblos indígenas de los distintos países en América Latina han tenido un concepto comunal de la tierra y de sus recursos. En las tierras bajas, tradicionalmente los pueblos indígenas han llevado a cabo una agricultura de subsistencia rotativa, sobre todo en los bosques tropicales. Con frecuencia, combinan esa agricultura de subsistencia con otras actividades que requieren un espacio económico relativamente más amplio que una parcela propiamente agrícola. Las comunidades indígenas de Nicaragua corresponden al modelo de las tierras bajas. El espacio en el cual se mueve la población indígena es un espacio colectivo. Las

autoridades locales de cada comunidad tienen mecanismos propios, usos y costumbres, derecho consuetudinario para distribuir el acceso equitativo entre las comunidades domésticas. Hay dos conceptos de tierra colectiva: el territorio, en su generalidad, que la comunidad considera común, pero internamente existen mecanismos para asignar utilización y ocupación eventual a sus miembros y que no permite ajenación a personas que no son miembros de la comunidad; y lo que son áreas exclusivas de utilización colectiva, “commons”, que no se dividen en parcelas. Casi todas las comunidades indígenas tienen una parte de “commons”, de uso colectivo, y luego otra parte que puede ser dividida y asignada a familias o a unidades domésticas. Sin embargo, se mantiene el concepto de propiedad colectiva, que cuando no está titulada es cuestionada por otros, por el Estado mismo muchas veces. Cuando hay problemas surge la necesidad de que existan títulos de propiedad porque la comunidad se arriesga a perderlo todo. La historia de América Latina ha consistido en un despojo prácticamente permanente de comunidades indígenas por intereses externos [...] En los siglos XIX y XX, los Estados declararon grandes espacios geográficos del territorio americano como tierras baldías, como tierras nacionales y autoasumieron el derecho de disponer de esas tierras, sin tomar en consideración los derechos originarios, los derechos históricos, y la presencia física de pueblos indígenas organizados de diferentes maneras en estas tierras desde tiempos inmemoriales. Los problemas surgen cuando los Estados deciden titular estas tierras o dar concesiones o permitir desmontes, autorizar la utilización de estas tierras para otras finalidades determinadas por intereses económicos diversos. En esos momentos es cuando muchos pueblos indígenas se dan cuenta de que no son, jurídicamente hablando, los dueños auténticos de los territorios que tradicionalmente ocupan.”

85. Véanse los párr. 83, 16, 116, 117, 118, 119 y 121 de la Sentencia. Con respecto al Perú, véanse las Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto del Perú (Documento E/C.12/1/Add.14 fechado 20 de mayo de 1997, *cit.*), puntos 15 y 16.

86. En cuanto al derecho del electorado pasivo de los miembros de las Comunidades indígenas en las elecciones administrativa de la RAAN (Región Autónoma del Atlántico del Norte), véase el Informe n. 125/01-3.12.2001 de la Comisión IDH sobre el caso Yatama, referido siempre a Nicaragua. Con referencia a otros Estados, véase S. SPEED y J. COLLIER, *Limiting indigenous Autonomy in Chiapas, Mexico: The State Government's Use of the Human Rights, HRQ*, 2000, 4, pp. 877-905.
87. “Los miembros de la Comunidad viven de la agricultura, la caza y la pesca, entre otras actividades. La Comunidad selecciona lo que consume, y así no destruye los recursos naturales. Las tierras son ocupadas y explotadas por toda la Comunidad. Nadie es individualmente dueño de la tierra, los recursos de ésta son colectivos. Si la persona no pertenece a la Comunidad no puede explotar la tierra. No existe el derecho de expulsar a alguien de la Comunidad. Para negar el derecho al uso de la tierra a alguno de los miembros de la Comunidad, el asunto tiene que ser considerado y decidido por la Junta de ésta. Cuando una persona muere sus familiares son dueños de aquellas cosas que poseía el difunto. Pero, al ser las tierras propiedad colectiva de la Comunidad, no hay manera de que un miembro transmita a otro libremente los derechos que tiene en relación con el uso de ellas [...] Las formas de explotación del suelo del área de la Comunidad Awas Tingni se basan en un sistema comunal, dentro del cual hay usufructo de parte de individuos, lo cual significa que nadie puede vender ni alquilar ese territorio a gente de fuera de la Comunidad. Sin embargo, dentro de la Comunidad, ciertos individuos utilizan un lote, un área determinada, año tras año. Así, la Comunidad respeta el derecho de usufructo pero no permite el abuso de ese derecho. Este derecho de usufructo se adquiere en muchos casos por herencia, pasando de generación en generación, pero principalmente se otorga por un consenso de la Comunidad. También puede transferirse de una familia a otra. Quien se beneficia de ese usufructo tiene la posibilidad de excluir del uso de esa tierra, del aprovechamiento de esos recursos, a los demás miembros de la Comunidad...”: pár. 83 letra c de la Sentencia.
88. *Ibid.*, párr. 83, 17, 18 y 23: “el 3 de abril de 1997 los peticionarios informaron a la Comisión sobre el fallo de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua de 27 de febrero de 1997, que...declaró la inconstitucionalidad de la concesión otorgada a ‘Solcarsa’, debido a que violaba el art. 181 de la Constitución nicaragüense [no habiendo sido exigida la previa opinión del entero Consejo de la RAAN, y por lo tanto, tampoco el de los indígenas quienes por derecho lo integraban]. También informaron que el Estado no había suspendido la concesión. El 23 de abril de 1997, Nicaragua solicitó a la Comisión que desechara las medidas cautelares solicitadas por los peticionarios, con fundamento en la sentencia dictada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual se comprometía a cumplir. Sin embargo, el 11 de junio del mismo año, los peticionarios informaron a la Comisión que el Estado y ‘Solcarsa’ continuaban actuando como si la concesión fuera válida, a pesar de la sentencia de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia... El 2 de marzo de 1998 el Estado comunicó a la Comisión que el 22 de enero del mismo año los peticionarios habían presentado ante la Corte Suprema de Justicia una solicitud de ejecución de la sentencia de 27 de febrero de 1997 dictada por ese tribunal. En esta oportunidad Nicaragua...solicitó a la Comisión que se abstuviera de continuar conociendo del caso. D. KNIGHT, *Devastating Logging in Nicaragua*, IPS World News, Washington, 9 de octubre de 1998 subraya que ‘Solcarsa’ was never even notified by the government when the Supreme Court ruled the concession illegal.” Suena entonces un poco irónico el Plan de Acción adoptado por los Jefes de Estado y de Gobierno en la III Cumbre de las Américas, en el punto donde (bajo el título “Registro de Propiedades”) se afirma que “de acuerdo a sus ordenamientos jurídicos, los Gobiernos adoptarán las medidas que sean necesarias para proteger los derechos reconocidos de las poblaciones indígenas.” Sobre el Plan de Acción, véase en doctrina T. LOZANO ESCRIBANO, *El Fondo*

indígena creado en el seno de las Cumbres Iberoamericanas, en *El Sistema...*, *cit.*, pp. 427-436.

89. Los párr. 83 letra f, 83 letra k, y 104 del fallo subrayan que “no hay uniformidad clara en todos los países de América Latina respecto al tema de si puede haber derecho a propiedad sin título. Algunas legislaciones, como es el caso, por ejemplo, de Colombia, aceptan que los pueblos indígenas son propietarios de la tierra y que el título es simplemente un reconocimiento, un medio de prueba. Esta posición puede ser sustentada por los indígenas de todos los países que han acogido el convenio de la Organización Internacional del Trabajo... Los países que hicieron reformas constitucionales han contribuido eficazmente a dar una mayor estabilidad a los pueblos indígenas y a mejorar sustancialmente las relaciones que existen entre estas poblaciones con el resto de la población nacional y con el Estado [...] El único título que aparece en Nicaragua es el de las Diez Comunidades, otorgado por la Comisión del Tratado Harrison-Altamirano entre 1905 y 1917. El territorio del resto de las comunidades no ha sido titulado [...] Desde 1987, Nicaragua no ha otorgado titulación alguna a favor de comunidades indígenas. La Comunidad Awas Tingni no goza de un título formal u otro instrumento de reconocimiento de un derecho sobre la tierra donde vive y desarrolla sus actividades culturales y de subsistencia, a pesar de que lo ha solicitado por años al Estado [...] La situación de la Comunidad ha persistido a pesar de los esfuerzos realizados desde 1991 para lograr la demarcación y la titulación de su tierra tradicional. El Estado ha sido negligente y arbitrario frente a las solicitudes de titulación de la Comunidad.”
90. *Ibid.*, pár. 83 letra i y letra j: “Los representantes del Estado ofrecieron titular a la Comunidad 12.000 hectáreas de tierras, con más de 50 cabezas de ganado y otros recursos y materiales para su desarrollo. El Estado llegó a esa cifra porque bajo la Ley de Reforma Agraria a cada familia se le asignan 58 hectáreas, por lo que, en razón de la población de la Comunidad Awas Tingni, ésa era la extensión de territorio que les correspondería. La Comunidad no aceptó el
- trato, porque la oferta no concordaba con sus pretensiones de titulación, conforme al mapa presentado por la Comunidad”; “El Instituto Nacional para la Reforma Agraria es visto por las comunidades indígenas como un actor hostil, representa una visión que no concuerda ni con las demandas ni con la comprensión de la cultura indígena misma. Sus acciones principales han sido efectuadas a favor de los campesinos inmigrantes del oeste.”
91. B. WEINBERG, *Land Grab in Nicaragua – Globalization meets indigenous opposition in the Nicaraguan rainforest*, Toward Freedom, June 1998, así se expresa: “with some stability returning after years of warfare, foreign timber and mineral companies are recolonizing the rainforest. Under the long Somoza dictatorship, local fiefdoms were granted to U.S. firms; today, the transnationals welcomed to Miskitnia by President Arnoldo Aleman are Asian. Following the growing trend in Latin America of granting logging concessions to Asian corporations, particularly in the Amazon, in March 1996, President Violeta Chamorro granted a 68,000 hectare logging concession to “Sol del Caribe SA”. The 30-year concession at Cerro Wakambay was the longest and biggest in Nicaragua. But the Mayangna village of Awas Tingni, which wasn’t consulted, considers Cerro Wakambay to be the heart of their traditional lands [...] “Solcarsa” is a subsidiary of the South Korean multinational corporation Kum Kyung Co.Ltd., primarily a clothing manufacturer. It boasts \$5 million annual profits in sales to such fashion icons as Christian Dior and Yves Saint Laurent. As the Asian financial crisis started to hit, Kum Kyung saw expanding into timber as a bold new strategy. “Solcarsa” first built a plant at Betania, outside Puerto Cabezas, but abandoned it in 1997 to build a new plant at Rosita, in the rainforest [...] The Betania plant was built to export mahogany from Puerto Cabezas [...] The new Rosita plant started turning less valuable rainforest trees into plywood, to be trucked out to Managua [...] The plywood was sold domestically, with plans to expand to other Central American markets. But the low-quality plywood was seen as a holdover until the precious mahogany and cedar of the Cerro

Wakambay concession area could be exploited.” Por hechos sustancialmente análogos, incluyendo la nacionalidad de la sociedad concesionaria, pero relativos a otros Estados, véase S. J. ANAYA, *Maya Aboriginal Land and Resource Rights and the Conflict Over Logging in Southern Belize*, *Yale Hum. Rts. Dev. L.J.*, 1998, 1, pp. 17-51. A.A. CANÇADO TRINDADE, *La interdependencia...*, *cit.*, subraya “que las formas de las violaciones de los derechos humanos se han diversificado. Por ejemplo, bastaría recordar las violaciones perpetradas por organismos financieros y por quienes detentan el poder económico, y cuyas decisiones pueden condenar a miles de seres humanos a la pobreza más o menos extrema; o las violaciones perpetradas por grupos de exterminio encubiertos, sin que el Estado, aparentemente, tenga ninguna participación.”

92. Sobre los casi 90.000 reclamados por la Comunidad (cfr. pár. 83 letra f de la Sentencia).
93. Con Resolución Ministerial 2/97 del MARENA, referida a la actividad de desemboscamiento realizadas en el territorio de otras comunidades indígenas.
94. De la Sentencia (pár. 83 letra l) se desprende que “la multa fue de 1.000.000, 00 de córdobas” y que “la Controlaría General de la República aprobó la extensión de esta multa [al MARENA] y volvió a sancionar a la autoridad competente. La Controlaría estableció una sanción que al menos es el doble de aquella multa, y solicitó que el ministro responsable cumpliera individualmente con el pago por no haber aplicado la ley, pero el ministro nunca pagó.” Sobre la cuestión véase M.G. SOMARRIBA, *Por el caso de Solcarsa y lenidad de Marena, Controlaría clava a Stadthagen – Responsabilidad administrativa y pliego de glosas por dos millones de córdobas*, *El Nuevo Diario*, Managua, Viernes 1 de Octubre de 1999, en [EL NUEVO DIARIO.\index.html](#). Obsérvese, además, el episodio de corrupción al que se refiere el pár. 83 letra h de la Sentencia: “después de la sentencia de la Corte Suprema, ‘Solcarsa’ asumió los gastos para montar una sesión en Puerto Cabezas, incluyendo el costo para movilizar a todos

los Concejales de la región, de los municipios a Puerto Cabezas. Luego de hacer la sesión en Puerto Cabezas, el señor J.B. ofreció por separado a cada uno de los Concejales, 5.000 córdobas para que votaran en favor de la concesión a la empresa ‘Solcarsa’. Cabe agregar que, después de haberse notificado a ‘Solcarsa’ la sentencia de la Corte Constitucional (más de dos años después que la misma fuera pronunciada), la sociedad se disolvió, pero los mismos socios constituyeron otra, denominada ‘Prada S.A’, que obtuvo la misma concesión que ‘Solcarsa’. H. THOMPSON, *Las empresas transnacionales...*, *cit.*, *loc.cit.*, señala que ante la ejecución de la resolución de la Corte Suprema de Justicia de cerrar la empresa ‘Solcarsa’, la fábrica de procesamiento de madera pasó a constituir una nueva razón social denominada ‘Prada S. A’, la cual no era más que una forma encubierta de la empresa coreana ‘Solcarsa’. Sólo que esta vez estaban involucrados algunos empresarios nacionales. ‘Prada’ con el mismo gerente y personal modificaron su funcionamiento: dejan que la extracción de la madera sea cortada por madereros locales y ellos se convierten en ‘clientes’ que les compran la madera. Actualmente, están gestionando nuevas concesiones para la explotación maderera a través de la Alcaldía de ese municipio (Rosita) para continuar el proceso iniciado por ‘Solcarsa’. Refleja esta situación una clara burla a la legislación nacional, a los derechos de los pueblos indígenas y al Consejo Regional, como la autoridad autónoma para decidir sobre este tipo de casos.”

95.
96. Prefiriéndose, no por casualidad, examinar la violación del art. 25 de la Convención (derecho a un recurso rápido y efectivo) antes que la del art. 21 (derecho al goce de los bienes).
97. El pár. 145 de la Sentencia subraya que durante los *travaux préparatoires* de la Convención, “se reemplazó la frase ‘toda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público’ por la de ‘toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. Es decir, se optó por

hacer referencia al ‘uso y goce de los bienes’ en lugar de “propiedad privada”.

98. *Ibid.*, párr. 146 y 148. GREENPEACE (“Deni Indians win Legal Right to their Amazon Land – 18 October 2001”) relata, respecto del Brazil, que “after a two year struggle supported by Brazilian organizations, the Deni Indians of the Brazilian Amazon won the right to legally protect their lands from illegal logging and industrial practices. According to the Brazilian Constitution, all Indian lands should have been demarcated by 1993 and the Deni themselves were first promised this in 1984. Of the 580 Indian territories identified in Brazil, only 360 have been formally demarcated. The Malaysian logging giant WTK had purchased 151, 000 hectares of land that overlapped with the Deni’s traditional territories. The formal decree signed by Brazil’s Minister of Justice was officially announced in Brasilia, granting formal recognition of the Deni’s rights to their traditional land, some 1, 530, 000 hectares in the remote south west of the Amazon inhabited by 670 people.”
99. El subrayado es mío. Cfr. segundo punto resolutivo: “por siete votos contra uno, la Corte declara que el Estado violó el derecho a la propiedad consagrado en el art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en conexión con los arts. s 1.1 y 2 de la Convención” y el cuarto punto resolutivo : “por siete votos contra uno [disiente el Juez nicaragüense *ad hoc*], decide que el Estado deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.”
100. El subrayado es mío.
101. El subrayado es mío. *Ibid.*, párr. 149 y 151 (el subrayado es mío). En materia de derecho consuetudinario de las poblaciones indígenas, véanse también, a nivel nacional, la decisión 29 de agosto de 1997 del Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal del Departamento del Alto Paraguay y Canindeyú (referida a lo penal) y la decisión de la Corte Constitucional paraguaya (sentencia T-428/92), ambas en *Iudicium et Vita, cit.*, pp.159-184.
102. La aplicación de las consuetudines de las poblaciones maya ya había sido afirmada por el Presidente de la Corte IADH en el pár. 13 de su Voto Razonado anexo a la Sentencia serie C n. 70 de 25 de noviembre de 2000 sobre el fondo, en el caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala, también con referencia a la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 16 de octubre de 1975 sobre el Sahara Occidental.
103. “Conforme al cual los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas.” (párr. 116 y 148)
104. “Normas de Interpretación: Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:... b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.”
105. En los párr. 2-4 del mismo Voto Razonado, se sostiene que “en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, la Corte Interamericana está obligada a observar las disposiciones de la Convención, interpretándolas conforme a las reglas que ese mismo instrumento previene y a las demás que pudieran ser invocadas conforme al régimen jurídico de los tratados internacionales, que figura en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969. Igualmente, ha de tener en cuenta el principio de interpretación que obliga a considerar el objeto y fin de los tratados (art. 31.1 de la Convención de Viena) y la regla pro homine, inherente al derecho internacional de los derechos humanos. El citado art. 31.1 dispone: “Un

tratado deberá 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.” En la especie, el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se concentran en el reconocimiento de la dignidad humana y de las necesidades de protección y desarrollo de las personas, en la estipulación de compromisos a este respecto y en la provisión de instrumentos jurídicos que preserven aquélla y realicen éstos.”

106. El subrayado es mío. *Ibid.*, pár. 7, “en este orden de ideas, el Convenio n. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo sostuvo que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación” (art. 13.1), y señaló asimismo: “deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (art. 14.1).” El redactor hace también referencia sea al Proyecto de Convención sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, el cual, si bien fue aprobado por la Comisión IDH, aún no ha obtenido el consensus de los Estados miembros de la OEA, sea al Proyecto de Declaración sobre la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, emanado por la Subcomisión “Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías” de la Comisión DDHH de NU (Doc.E/CN.4/Sub.2/1994/2/Add.1 del 20 de abril de 1994). En relación a este último, véase en doctrina J. BURGER y P. HUNT, *Towards the International Protection of Indigenous Peoples’ Rights*, NQHR, 1994, 4, pp. 405-423 y R. COULTER, *The Draft UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: What is It? What does it Mean?*, NQHR, 1995, 2, pp. 123-138. En su trigésimo segundo periodo ordinario de sesiones, la Asamblea General de la OEA (Documento OEA/Ser. P – AG/doc. 4065/02, del 2 de junio de 2002) ha reiterado

que la adopción de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es una prioridad de la Organización de los Estados Americanos, subrayando además la importancia de la participación de los pueblos indígenas en el proceso de elaboración del Proyecto de Declaración.

107. El subrayado es mío.

108. En el pár. 13 el Autor precisa que “desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes que consagra el art. 21 de la Convención Americana, y pretender que únicamente existe una forma de usar y disfrutar de los bienes equivaldría a negar a millones de personas la tutela de ese precepto, sustrayéndolas así del reconocimiento y de la protección de derechos esenciales, que se brindan, en cambio, a las demás personas. De esta suerte, lejos de asegurar la igualdad de todas las personas, se establecería una desigualdad contraria a las convicciones y a los propósitos que inspiran el sistema continental de los derechos humanos.”

En cuanto a la Constitución de Paraguay, el comentario anónimo de Iudicium et Vita, *cit.*, pp. 137-138, nos relata que ésta reconoce abiertamente tres tipos de propiedad: la privada (art. 44); la pública, la del Estado (arts. 254 y 255), y la colectiva (arts. 122.1 y 123); esta última es prevista para las comunidades campesinas, en relación con tierras y predios agrarios (art. 122) y para las comunidades indígenas a fin de que éstas logren su bienestar económico y social (art. 123). Se trata de un tipo de propiedad distinto tanto de la propiedad privada, como de la propiedad del Estado, y la misma Constitución ha previsto que esta categoría de derecho real esté sujeta a un régimen legal diferente de las otras.

109. “En el análisis del tema sujeto a su jurisdicción, la Corte Interamericana contempló los derechos de uso y goce reconocidos en el art. 21 desde la perspectiva, perfectamente válida, de los miembros de las comunidades indígenas. Esta forma de analizar el tema, para los fines de la presente Sentencia, no implica en modo alguno desconocer o negar derechos de otra naturaleza o alcances vinculados con aquéllos, como son los de carácter colectivo,

- a los que con la mayor frecuencia aluden las normas e instrumentos nacionales e internacionales. Es indispensable observar que estos derechos comunitarios, que forman parte entrañable de la cultura jurídica de muchos pueblos indígenas, y por lo tanto de sus integrantes, constituyen la fuente y el amparo de los derechos subjetivos individuales. En suma, existe una íntima e indisoluble vinculación entre los derechos de ambos órdenes – individuales y colectivos –, de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las personas que forman parte de los grupos étnicos indígenas”: Voto Razonado ult.cit., párr. 13 y 14.
- 110.El párr. 5 *ibid.*, señala: “es relevante mencionar aquí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC -16/99 (párr. 113) hizo ver que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste, sino también el sistema dentro del cual se inscribe”, y a tal efecto citó a la Corte Internacional de Justicia cuando ésta sostiene que “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación” (Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pp. 16-31).”
El punto 1 (párr. 10, 12 y 15-16) del Voto Concurrente del Juez Salgado Pesantes pone de manifiesto la referencia a la Constitución nicaragüense, como también a una parte pertinente del sistema americano de garantía de las poblaciones indígenas
- 111.Disiente el Juez nicaragüense *ad hoc*, A. Montiel Argüello.
- 112.Trátase del caso Aloeboetoe vs. Suriname, Sentencia sobre reparaciones, cuyo punto resolutivo quinto ponía a cargo del Estado la obligación de reconstruir la escuela y de reabrir el dispensario médico-farmacológico de Gujaba, ambos destruidos por las tropas durante la operación de represión militar.
- 113.Punto resolutivo sexto (disiente el Juez *ad hoc*). Per lo demás, la Corte declara que la Sentencia constituye per sí misma una justa indemnización (punto resolutivo quinto). El octavo punto resolutivo decide “por unanimidad, que el Estado debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos cada seis meses a partir de la notificación de la presente sentencia, un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento.”
- 114.*Ibid.*, párr. 7.
- 115.El subrayado es mío.
- 116.Consciente de la posible “alcance conceptual” y con sagaz equilibrio, el Voto Razonado agrega: “del mismo modo, consideramos que la invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Así, al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado “relativismo cultural”.
- 117.A.A.CANÇADO TRINDADE, Reflexiones sobre el futuro del sistema, *cit.*, p. 577 recalca además que “la propia jurisprudencia internacional ya no podía seguir prescindiendo de la atención y del énfasis en la dimensión social, en la cual se ejercen todos los derechos” y agrega (p. 578) que “no hay cómo disociar lo económico de lo social y de lo político: sólo se puede concebir la promoción y la protección de los derechos humanos a partir de una concepción necesariamente integral de los mismos, abarcando todos en conjunto, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.”
- 118.Me refiero al caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó respecto de Colombia y al Caso de los Haitianos y de los Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana.
- 119.Véase el acta de la audiencia del 16 de enero de 2000 para la discusión de la demanda de medidas cautelares urgentes presentada por

la Comisión referida al caso de la Comunidad..., arriba citado. A la observación de la Comisión de que “se ha producido el desplazamiento de habitantes de la Comunidad a otras zonas del país debido a la violencia...”, los alegatos del Estado fueron: “a) en Colombia no existe una guerra civil, sino enfrentamientos y situaciones que se presentan por actores armados no estatales...No es una guerra civil porque no hay apoyo popular a los actores... El Estado tiene clara la observancia de los Convenios de Ginebra para permitir y facilitar toda la asistencia humanitaria que se requiera;...f) el Ministerio del Interior ha brindado asistencia humanitaria a los desplazados, en coordinación con el municipio y con la gobernación, y también asistencia técnica a la población.” En doctrina véase J. ESQUIROL, *Can International Law Help? An Analysis of the Colombian Peace Process*, Connecticut J. Int'l L., 2000, p. 23 y sig.

Respecto a Guatemala, véase J. F. FLORES, *Los Cimientos: Tierra sin Ley*, Tesis de graduación, que trata el caso de Los Cimientos, sea del conflicto agrario entre los quichés, desplazados internos producto del conflicto armado, y denominados por el gobierno chiules, y un grupo de ixiles vinculados con las desaparecidas Patrullas de Autodefensa Civil, denominados por el gobierno chajules. Aunque se ha reconocido en reiteradas ocasiones el derecho de propiedad de los quichés, el Estado no ha querido enfrentar a un grupo de invasores que ocupan la propiedad desde julio de 2001. El mismo día de la invasión el gobierno estaba presentando un informe que detallaba la legitimidad de la propiedad de los quichés. Sin embargo, lo que el gobierno les ha ofrecido a los quichés es la compra de otra finca en otro lugar.

120. Cfr. las Resoluciones de fecha 9 de octubre de 2000 (sin número) del Presidente y 24 de noviembre de 2000 (sin número) del plenum de la Corte en el mismo caso, y más particularmente el punto 9 a: “la Comunidad de Paz de San José de Apartadó es asentada en la región del Urabá antioqueño, uno de los epicentros del conflicto armado interno que se desarrolla en la República de Colombia. Dicha comunidad está integrada

por aproximadamente 1200 civiles y, desde su creación en 1997, se ha visto constantemente azotada por la violencia paramilitar...A los tres meses de haberse creado la Comunidad, se ubicó un retén paramilitar entre San José y el Municipio de Apartadó, a cuatro minutos de donde el Ejército tenía una base. En ese retén se restringe el paso de alimentos y se hacen listas de personas, que luego aparecen en las manos de los paramilitares, quienes asesinan a las personas que figuran en ellas.” Véase también la Sentencia serie C, n. 90, de fecha 6 de diciembre de 2001, sobre el fondo del caso Palmeras (Hernán Javier Cuarán y otros) vs. Colombia.

121. A. A., CANÇADO TRINDADE, en A. A., CANÇADO TRINDADE, G. PEYTRIGNET y J. R. DE SANTIAGO, *As Três Vertentes da Proteção...*, *cit.*, Parte I, subraya que “não há como negar que a pobreza se encontra na base de muitas das correntes de refugiados” y el “Segundo Informe...”, *cit.*, indica en el punto 40 de la Introducción que “en 1996, un obrero mexicano podía ganar en promedio hasta nueve veces más trabajando en Estados Unidos.” Véanse también K. S. GALBRAITH, *Moving People: Forced Migration and International Law*, Georgetown Immigr. L. J., 1999, 13, p. 597 y sig.; A. C. HELTON y E. JACOBS, *What is Forced Migration?*, *ibid.*, pp. 521-530 y particularmente pp. 528-529: “The term forced migrant applies to a person: (a) who has left his or her place of residence, where the reasons of displacement are arbitrary and there has been no change in circumstances so as to render the displacement non-arbitrary; and (b) who has a valid objection to return to his or her place of residence. The following shall be considered as valid objections to return: (a) risk to physical security associated with armed conflict; (b) risk to physical security associated with environmental catastrophe or ecological causes; (c) risk to physical security associated with violations of basic human rights, discrimination, or persecution; or (d) humanitarian reasons arising out of previous persecution, or infirmity or illness, which therefore precludes required return. Persons subject to forced migration have the following remedies, as warranted by the

particular circumstances: (d) the right to be protected against forcible return to or resettlement in any place where their physical security would be at risk..”

122. “De acuerdo a la OIM, hoy en el mundo hay 150 millones de migrantes (una cifra algo menor que la población de Brasil). La mayor parte de esta gente son personas que migran en busca de un futuro mejor, huyendo de pobreza, violencia y falta de oportunidades en sus países de origen. En uno de sus últimos informes, en tanto, la OIT afirma que entre 1965 y 1990 el número de migrantes creció casi un cincuenta por ciento, de 75 a 120 millones. De este número, entre 70 y 80 millones eran personas que migraron voluntariamente en busca de trabajo, mientras que el resto corresponde ya sea a refugiados o desplazados internos. De los entre 70 y 80 millones de migrantes voluntarios, un porcentaje alto, pero indeterminado corresponde a personas indocumentadas [...] De acuerdo al mismo estudio, entre 1970 y 1990 el número de países clasificados como receptores importantes de migrantes subió de 39 a 67, mientras el de países de origen subió de 29 a 55”: en este sentido el ‘Segundo Informe...’, *cit.*, cap. IV, punto 36. Según el Alto Comisario de las NU para los Refugiados, el número de los desplazados internos era, en el 2000, no inferior a 21 millones de unidades”: ACNUR, Refugees and Others of Concern to UNHCR, Ginebra, 2000, p. 6.

123. A propósito de los desplazados internos de Colombia, véanse el “Informe sobre el Desplazamiento Forzado en Colombia” relativo al periodo 1 de enero – 31 de octubre 1997, en <http://exodo.org.co/gad05-reporte.html> y el Comunicado de Prensa de la Comisión IDH, n. 33/01 – “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos Culmina Visita a la República de Colombia”, puntos 8-12: “La Comisión recibió testimonios de comunidades y personas desplazadas de la mayor parte de los departamentos del país que retratan repudiables actos de violencia destinados a terrorizar a la población civil. Estos actos, que se traducen en masacres, ejecuciones, mutilaciones, secuestros y amenazas, tienen como destinatarios a hombres y mujeres del

campo, líderes sociales... y golpean en forma dramática a los sectores más vulnerables de la población, entre quienes se destacan las comunidades afrocolombianas, las comunidades indígenas [...] La Comisión recibió información sobre cientos de miles de personas desplazadas como resultado de la violencia patrocinada por los grupos armados [...] Estos gravísimos hechos fuerzan a numerosas personas y familias a desplazarse por el territorio nacional [...] La Comisión reconoce y valora los esfuerzos del Estado para aliviar las consecuencias de este fenómeno. Sin embargo, los testimonios recogidos durante la visita demuestran la insuficiencia e ineficiencia de los mecanismos vigentes para aliviar tanto las consecuencias directas del abandono del lugar de origen, como el profundo desarraigo que sufren las víctimas y el impacto en sus hijos menores que en gran número ven truncada su educación y sus posibilidades futuras de desarrollo.” Véanse también los “Guiding Principles on Internal Displacement” de NU (Doc.E/CN.4/1998/53/Add.2) del 11 de febrero de 1998, C. PHUONG, Improving the United Nations Response to Crises of Internal Displacement, International Journal of Refugee Law, 2001, 13, 4, pp. 491-517 y N. GEISSLER, The International Protection of Internally Displaced Prsons, International Journal of Refugee Law, 11, 3, pp. 451-478.

124. No es intención enfrentar aquí el tema de los refugiados. Sobre los diversos problemas de los emigrantes y de los refugiados, y con referencia específica a la realidad latinoamericana, véase por último C. PHUONG, Internally Displaced Persons and Refugees: Conceptual Differences and Similarities, NOHR, 2000, 2, pp. 215-229 y J. RUIZ DE SANTIAGO, El derecho internacional de los refugiados: desarrollos en América Latina y sus perspectivas en el nuevo milenio, en El Sistema..., *cit.*, pp. 439-462. “Los flujos migratorios dependen en parte de los propios migrantes. Son diversas las razones que empujan a las personas a migrar. Gente sale de sus países en busca de un futuro mejor, huyendo de violencia, guerra, pobreza o de la falta de oportunidades económicas. Es importante recalcar, sin embargo, que la motivación de las personas a inmigrar trasciende razones

políticas y económicas. Muchas personas emigran para elevar su estatus social. En el caso de mujeres y minorías religiosas o étnicas, la emigración en ocasiones implica la posibilidad de obtener igualdad y un trato más digno”: en este sentido el pár. 61 del capítulo “Políticas Migratorias y Violaciones de Derechos Humanos” del “Segundo Informe...”, cit., en relación al cual véase P. SAAVEDRA, Algunas consideraciones sobre la Relatoría de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre trabajadores migratorios y miembros de sus familias en el hemisferio, Revista IIDH, 1999, 29, pp. 153-170.

125. El Voto Concurrente del Presidente, pár. 2, subraya que “la Delegación dominicana señaló que el presente caso refleja un problema que concierne también a la comunidad internacional y que la búsqueda de solución al mismo no debería recaer enteramente sobre los hombros de la República Dominicana. Entiendo que la Delegación dominicana tiene razón en señalar este aspecto del problema: no podemos, efectivamente, hacer abstracción de sus causas” y el punto 11 de la Resolución informa que “también la Comisión reconoce que la política inmigratoria de cada Estado es una decisión soberana suya; sin embargo, la misma tiene límites. Así, de conformidad con la Convención Americana, esta política debe reconocer a los extranjeros con status legal el derecho a no ser deportados, sino por decisión fundada en la ley y debe prohibir la expulsión colectiva de extranjeros, con o sin status legal. Asimismo, la política inmigratoria debe garantizar para cada caso una decisión individual con las garantías del debido proceso; debe respetar el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la familia y el derecho de los niños a obtener medidas especiales de protección. Por último, la ejecución de dicha política no puede resultar en tratos crueles, inhumanos y degradantes, ni en discriminaciones por razones de raza, color, religión o sexo.”

126. *Ibid.*, punto 62: “estas personas enfrentan una condición de vulnerabilidad estructural. A raíz de ella, los migrantes están expuestos a una serie de atropellos. Entre ellos se pueden mencionar arrestos arbitrarios y la

ausencia de debido proceso; deportaciones masivas; discriminación para concesión de la nacionalidad o para acceder a servicios sociales; condiciones de detención inhumanas; apremios ilegítimos por parte de autoridades como policías y funcionarios de inmigración; y completa indefensión cuando son expuestos a condiciones de explotación por parte de empleadores inescrupulosos. Ellos sufren también, en general, una discriminación estructural que se expresa en diversas formas de exclusión y de reducción de posibilidades en su inserción ocupacional y en su acceso a instituciones del Estado en igualdad de condiciones.”

127. Sobre todo cuando ella sea “iluminada” por las necesidades de la economía globalizada, como se señala en los puntos 11 y 14 de la memoria de respuesta de la República Dominicana: “[a causa de la caída internacional del precio del azúcar] la República Dominicana está obligada a mantener una política de retorno y expulsión permanente, pero es necesario precisar que el número de personas que son repatriadas no compensa ni remotamente el número de personas que entran al país ilegalmente. El problema de Haití es un problema de la comunidad internacional y, sobre todo, de los países más ricos; la República Dominicana tiene grandes limitaciones económicas, grandes niveles de pobreza y no puede cargar sola la realidad económica, social, ambiental, política, institucional y de seguridad que vive el pueblo haitiano. Además, la República Dominicana tiene serias dificultades para absorber un número indefinido y constante de ‘refugiados’ en razón de sus propias limitaciones, toda vez que éste es un problema que hay necesidad de resolver dentro de una coyuntura global. La deportación de extranjeros que se encuentran ilegalmente en territorio dominicano es un derecho irrenunciable e innegociable del Estado dominicano pues el mismo constituye uno de los atributos fundamentales de su soberanía, consagrado en su ordenamiento jurídico, el cual no viola ningún tratado o convención que el Estado haya firmado o ratificado.” Al respecto, véase también J. EXUMÉ, Le Pacte de San José et les Pays de la Région Caraïbe, en *El Sistema...*, cit., pp. 251-261 y

particularmente p. 260: “le sucre produit dans les “bayetes” dominicains essentiellement avec l’ aide des “braceros” haïtiens a un goût de plus en plus amer[...] La République Dominicaine, au mépris des normes de la Convention et du Droit International interdisant les expulsions massives, entreprend à l’ heure actuelle des rafles d’ Haïtiens que l’ Etat Dominicain expulse ensuite, dans des conditions intolérables, sur la base de leur prétendue situation illégale. S’ il est vrai que l’ on ne saurait méconnaître à un Etat le droit de faire sortir de son territoire tout individu qui s’ y trouve illégalement ou qui devient indésirable, cela ne justifie nullement les expulsions massives qui se pratiquent par la République Dominicaine.” Nótense las críticas expresadas por el Presidente en su Voto Concurrente (pár. 11), donde él correctamente subraya como “el desarraigo sigue siendo tratado de forma atomizada por los Estados, con la visión de un ordenamiento jurídico de carácter puramente interestatal, de tipo westphaliano.”

128. Para las categorías de personas que el Estado de inmigración considera caso a caso inútiles (o no más útiles) para alcanzar sus objetivos económicos: véase, para la República Dominicana, el Decreto de Repatriación n. 233-91 y la Ley de Inmigración de 1995. P. SAAVEDRA, *op. loc. cit.*, p. 155, señala que “el decreto establecía que las medidas de repatriación se aplicarían a los menores de 16 años y mayores de 60 según denuncias.” Véanse también el capítulo IX “Situación de los Trabajadores Migrantes Haitianos y sus Familias en la República Dominicana” contenido en el “Informe Especial 1999 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la Situación de los Derechos Humanos en la República Dominicana” (Doc.OEA/Ser.L/V/II.104 – doc.49 rev.1 – 7 de octubre de 1999); C. DE MATTEIS, Forced return of Haitian Migrants under Executive Order 12.807: a Violation of Domestic and International Law, North Car.J.Int’l L. Comm.Reg., 1993, pp. 431-455 y M. RODRÍGUEZ CALDERÓN, Un viejo problema de hoy – La expulsión de haitianos en República Dominicana, ALAI, América Latina en Movimiento, 29 de setiembre de 1999.

129. La Resolución del 14 de agosto de 2000, puntos 1, 11 y 13, nos relata que “la práctica de ‘deportaciones’ y ‘expulsiones’ afecta a dos grupos: trabajadores haitianos documentados e indocumentados y dominicanos de origen haitiano que residen en territorio dominicano documentados e indocumentados; las ‘expulsiones’ se realizan mediante redadas colectivas, sin procedimiento legal que permita identificar adecuadamente la nacionalidad de los ‘expulsados’, ni su status migratorio, ni sus vínculos familiares; simplemente, son separados de sus hogares, sin previo aviso, sin permitirles llevar sus pertenencias. El criterio utilizado para seleccionar a las personas que van a ser expulsadas es el color de la piel y su forma de hablar [...] Esta práctica sigue siendo dirigida contra individuos cuyo color de la piel es ‘negro’. Por ser negros, se sospecha de ser haitianos y, por ser haitianos, se presume que son ilegales y se les expulsa. La práctica referida produce daños y perjuicios de enorme magnitud para las personas haitianas y dominicanas de origen haitiano, quienes viven en continuo temor de ser deportadas o expulsadas. Además, algunas de las personas expulsadas son dominicanos que tienen su cédula, pero les dicen que dichas cédulas son falsas. Las presuntas víctimas viven en constante temor; algunas veces, las repatriaciones son conducidas de noche y las personas son sometidas a abusos, incluyendo las mujeres. Además, muchas de las personas expulsadas llevan 20-30 años en la República Dominicana y ya han perdido los lazos con Haití; muchos no hablan el idioma, no tienen las costumbres haitianas y cuando llegan a Haití se encuentran en un lugar completamente desconocido.”

130. Las expulsiones de masa son, en cuanto tales, prohibidas por todos los instrumentos internacionales sobre los derechos del hombre, inclusive la Convención Americana, en el art. 22.9. Nótense, entonces, como una vez más la Corte, en su elaboración decisonal, ha evitado la solución más inmediata y obvia para enfrentar el problema en sus aspectos más apremiantes, en una visión que escapa de un normal y simple examen del cas d’ espèce.

131.El Voto Concurrente del Presidente, pár. 6, añade correctamente que “con el desarraigo, uno pierde, por ejemplo, la familiaridad de lo cotidiano, el idioma materno y el trabajo que da a cada uno el sentido de la vida y de la utilidad a los demás, en la comunidad en que vive. Uno pierde sus medios genuinos de comunicación con el mundo exterior, así como la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida. Es, pues, un problema que concierne a todo el género humano, que involucra la totalidad de los derechos humanos.”

132.La Resolución de la Asamblea General de la OEA (Doc.OEA/Ser. P – AG. RES 1775 (XXXI-O/01) adoptada el 5 de junio de 2001 señala en sus consideranda que muchos Estados miembros no han aún ratificado la Convención Americana sobre los Derechos Humanos ni la Convención Internacional de NU sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, adoptada con Resolución de la Asamblea General 45/158 del 18 de diciembre de 1990 (UN Doc. A/45/49 – 1990), y en el punto resolutivo 2 invita los Estados a proceder cuanto antes a estas ratificaciones. Sobre la última Convención mencionada, véase S. HUNE y J. NIESSSEN, *Ratifying the UN Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects*, NQHR, 1994, 4, pp. 393-404; P. TARAN, *Status and Prospects for the UN Convention on Migrants’ Rights*, in European Journal of Migration and Law, 2000, 1, pp. 85-100 y W. WELLMANN, *La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, como Instrumento de Protección y Dignificación ante la Globalización y el Neoliberalismo*, ALAI, América Latina en Movimiento, 25 de noviembre de 2001.

133.Cfr.el Voto Concurrente del Presidente, párr. 7 y 8: “nadie cuestiona, por ejemplo, la existencia de un derecho a emigrar, como corolario del derecho a la libertad de movimiento. Pero los Estados aún no aceptaron un derecho a inmigrar y a permanecer donde uno se encuentre. En lugar de políticas poblacionales, los Estados, en su gran mayoría, ejercen más bien la función policial de proteger sus fronteras y

controlar los flujos migratorios, sancionando los llamados inmigrantes ilegales. Como, a juicio de los Estados, no hay un derecho humano de inmigrar y de permanecer donde uno esté, el control de los ingresos migratorios, sumado a los procedimientos de deportaciones y expulsiones, encuéntrase sujetos a sus propios criterios soberanos. No sorprende que de ahí advengan inconsistencias y arbitrariedades. El problema del desarraigo debe [en cambio] ser considerado en un marco de la acción orientada a la erradicación de la exclusión social y de la pobreza extrema, – si es que se desea llegar a sus causas y no solamente combatir sus síntomas.” *Ibid.*, pár.7, él denuncia: “se impone el desarrollo de respuestas a nuevas demandas de protección, aunque no estén literalmente contempladas en los instrumentos internacionales de protección del ser humano vigentes. El problema sólo puede ser enfrentado adecuadamente teniendo presente la indivisibilidad de todos los derechos humanos.” El mismo Autor, en *La interdependencia...*, *cit.*, con respecto al sistema actual de derecho internacional, afirma que “un sistema individualista y contractualista de este tipo conduce a una fragmentación (en relaciones bilaterales) de las obligaciones convencionales de los Estados asumidas con los tratados multilaterales; en nuestra opinión, y de forma concordante con nuestro pensamiento, esto es del todo incompatible con los tratados de derechos humanos, que encuentran su inspiración en intereses comunes superiores y se aplican según la noción de garantía colectiva.”

134.*Ibid.*, pár. 12: “la llamada ‘globalización’ todavía no ha abarcado los medios de protección del ser humano. Lamentablemente la consciencia jurídica universal no parece haberse despertado suficientemente tampoco para la necesidad del desarrollo conceptual de la responsabilidad internacional otra que la puramente estatal.” Análogamente, véase en doctrina M. MONSHIPOURI y C. WELCH, *The Search for International Human Rights and Justice: Coming to Terms with the new Global Realities*, HRQ, 2001, 2, pp. 370-401.

135. Ésta es, efectivamente, la consecuencia lógica de la concepción del derecho internacional que tienen los Estados, es decir, como la “de un ordenamiento jurídico de carácter puramente interestatal”: *ibíd.*, pág. 11 y *supra*, nota 126.
136. Tercer punto resolutivo.
137. Primo y segundo punto resolutivo.
138. Cuarto, quinto y sexto punto resolutivo.
139. Décimo punto resolutivo. El duodécimo punto fija además al Estado el plazo perentorio de seis semanas desde la notificación de la Resolución para responder detalladamente a las observaciones de la Comisión IDH.
140. Octavo punto de la Resolución sobre Colombia.
141. Cfr. Voto Razonado del Presidente anexo a la Resolución sobre la República Dominicana, pág. 18. Para más detalles, véanse las Resolución (sin número) del Presidente, en fecha 14 de setiembre de 2000, y la Resolución (igualmente sin número) del plenum de la Corte, en fecha 12 de noviembre de 2000.
142. La visión conceptual desarrollada por el redactor va efectivamente más allá de la necesidad de un debido proceso legal, y de las garantías jurisdiccionales en general, (sobre éstas véase también la Opinión Consultiva OC -16/99 de 1 de octubre de 1999, “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal y la Convención de Viena del 1963 sobre las Relaciones Consulares”) antes la ejecución de la medida de expulsión. El Autor toma la iniciativa de “forzar” los límites objetivos acreditados por la jurisprudencia internacional en materia de medidas cautelares urgentes, en modo tal que dichos límites incluyan al menos indirectamente los derechos económicos, y *ibíd.*, párr. 14 y 16, afirma: “la indivisibilidad de todos los derechos humanos se manifiesta tanto en el fenómeno del desarraigo como en la aplicación de las medidas provisionales de protección. Siendo así, no hay jurídica y epistemológicamente, impedimento alguno a que dichas medidas... sean aplicadas también en relación con 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. La presente Resolución de la Corte revela, además, que el concepto de proyecto de vida, tratado recientemente en el ejercicio de su función contenciosa en materia tanto de fondo (caso de los “Niños de la Calle”) como de reparaciones (caso Loayza Tamayo), marca igualmente presencia en el plano de las medidas provisionales de protección.” También la Comisión IDH había afirmado en el acto introductorio de la solicitud que “ni la letra ni el espíritu del art. 63.2 de la Convención Americana impiden o restringen a que el daño irreparable sea un daño a la vida, a la integridad o a algún otro derecho. Existe, entonces, la necesidad de reconocer que otros derechos consagrados en la Convención sean objeto de una protección semejante a la que hasta la fecha se le ha otorgado a la vida y a la integridad personal.”
143. Algunos de los expulsados eran, en efecto, de origen haitiano pero ya desde tiempo ciudadanos dominicanos.
144. Se manifiesta también esta circunstancia en los puntos 20 y 30 de la introducción del “Segundo Informe...”, *cit.*
145. Ejemplar en este sentido es el Voto Razonado concurrente de los Jueces Abreu Burelli y García Ramírez, párr. 4-8: “es verdad que en la mayoría de los casos resulta posible identificar, de manera individual, a las víctimas potenciales de la violación que se pretende impedir. Sin embargo, hay otros supuestos en que resulta difícil, al menos temporalmente, esa individualización precisa. Piénsese, por ejemplo, en las hipótesis en que la amenaza real e inminente se cierne sobre un amplio número de individuos que se hallan en determinada circunstancia o supuesto común, que los expone al riesgo. En tales situaciones es necesario proveer a la protección de los derechos que se hallan en peligro, aunque de momento no se pueda individualizar nominalmente a los sujetos de la tutela provisional, que es siempre, por

definición, una tutela urgente. Esa situación corresponde de alguna manera a la que se plantea bajo el concepto de intereses difusos: una pluralidad de individuos comparten determinado interés, jurídicamente relevante, que requiere tutela pública, aunque ninguno de esos sujetos pueda ser considerado como titular de un derecho subjetivo acerca de la prestación o la medida que se pretende o el bien jurídico que se invoca, o no pueda atribuírsele dicha titularidad en forma que excluya a los otros sujetos que se hallan en la misma situación. En esas condiciones, cualquiera de ellos podría acudir al órgano correspondiente y solicitar la adopción de providencias o resoluciones que preserven el interés común. En tal caso funcionaría una actio popularis o una acción de clase, conforme a las características que revista este asunto en las específicas circunstancias en que se plantea.”

Obsérvese que en el considerando octavo de la Resolución anterior, fechada 18 de agosto de 2000, relativa a las Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana – Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana, la Corte había juzgado “indispensable individualizar las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables, razón por la cual no es factible ordenar medidas provisionales de manera innominada, para proteger genéricamente a todos quienes se hallan en determinada situación o que sean afectados por determinadas medidas.” En el caso respecto de Colombia, la Corte IADH va más lejos, fijando un criterio de protección que amplía el ámbito subjetivo de las medidas provisionales, con evidente reconocimiento de lo que implica, en amplio sentido, la no0ción y la naturaleza jurídica de la “tutela cautelar.” En efecto, la Corte IADH admite que las medidas cautelares pueden alcanzar a una pluralidad de personas (aunque no previamente individualizables), víctimas potenciales del Estado o de personas vinculadas, de una u otra forma, con él. En tal sentido la Corte ha establecido, en el séptimo considerando de la Resolución, al que se asocia el Voto Concurrente, que la Comunidad de Paz de San José de Apartadó “constituye una comunidad organizada,

ubicada en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados y que, por el hecho de formar parte de dicha comunidad, todos sus integrantes se encuentran en una situación de igual riesgo de sufrir actos de agresión en su integridad personal y su vida..” Por lo tanto, la pertenencia al grupo de los posibles beneficiarios de las medidas urgentes no se establece en forma nominal, sino bajo criterios objetivos, atentos los vínculos de pertenencia y los riesgos advertidos, que permitirán individualizar a los beneficiarios. “Se trata, en fin, de abarcar el peligro que corren los integrantes de una comunidad, no sólo algunos individuos, aún si unos victimables optaron por no proporcionar sus nombres, ante el riesgo real de que esa identificación pudiera exponerlos, más todavía, a los daños irreparables que se trata de prevenir.”

146. Cfr. el Voto Razonado del Presidente Cançado Trindade, anexo a la Sentencia sobre reparaciones en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala.
147. *Ibid.*
148. También S. LECKIE, *op.loc.citt.*, habla de una “decency threshold”.
149. Véase al respecto A.A.CANÇADO TRINDADE, A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 46-50.
150. Con relación al nuevo Reglamento de la Corte véanse 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, Revista IIDH, 2001, 30-31, pp. 45-71; A. A. CANÇADO TRINDADE, La Emancipación del Ser Humano vis-à-vis su Propio Estado: El Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en *El Futuro del Sistema...*, *cit.*, pp. 595-603 y A. A. CANÇADO TRINDADE, The Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights: An Overview, en fase de publicación en “Studi in onore di G. Arangio – Ruiz”, 2002. A. A. CANÇADO TRINDADE, La

interdependencia..., *cit*, considera “la contraposición de los demandantes individuales, supuestas víctimas de violaciones de derechos humanos, a los Estados acusados, la esencia de la defensa internacional de los derechos humanos. Afirmer la personalidad jurídica y la plena capacidad jurídica a nivel internacional, de las personas implicadas en casos de supuestas violaciones de sus derechos significa ser fiel a los orígenes históricos del propio derecho internacional (droit des gens). Seguramente, éste es uno de los más grandes logros de la defensa internacional de

los derechos humanos, que resalta su jurisdiccionalización.”

151. “Quidquid delirant reges, plectuntur Achivi”.

152. Epistulae, Liber I, 2, 14.

153. “De Indis Relectio posterior, sive de jure belli Hispanorum in Barbaros”, punto 60, canon tercero.

La autora expresa su agradecimiento a Mariela Clérico Rhodes por la colaboración prestada en la revisión del texto en castellano.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TIPIFICAÇÃO DOS CRIMES INTERNACIONAIS PREVISTOS NO ESTATUTO DE ROMA

.....
OTAVIO AUGUSTO DRUMMOND CANÇADO TRINDADE

*Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC – UnB/CNPq (2000-2002);
Exerce funções de assessoria no Tribunal Regional Federal da 1ª Região.*

I - Introdução

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional surge, neste início de século, como o primeiro “código penal” de âmbito mundial para a proteção de um bem jurídico universal: a paz e a segurança do planeta. Foi o produto de um consenso mínimo entre as Nações e fruto da evolução do pensamento jurídico universal, pensamento este sempre delineado por diversos fatores históricos.

O presente artigo pretende analisar alguns aspectos jurídicos que levaram à tipificação dos crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma (1998), os elementos dos tipos penais, à luz da jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e para Ruanda a respeito destes crimes. Analisar-se-ão os tipos penais consubstanciados neste Estatuto pelos seguintes motivos: trata-se do primeiro tribunal penal internacional permanente, diferenciando-se dos tribunais penais internacionais, militares e *ad hoc*, criados anteriormente; o Estatuto de Roma foi incorporado ao direito interno brasileiro por intermédio do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, estando o Brasil, portanto, submetido à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

Cabe também ressaltar que a tipificação prevista neste Estatuto decorreu de princípios já consolidados, seja em convenções internacionais (*Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio*, de 1948, e as *Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário*, de 1949, e os dois *Protocolos Adicionais* de 1977), seja no próprio costume

internacional. No entanto, deve-se deixar claro, desde já, que o crime de agressão, previsto no art. 5º do Estatuto de Roma, não será objeto de análise no presente estudo, posto que ainda não foi tipificado.

II - Crimes Internacionais: Antecedentes Históricos

A origem da noção de crimes internacionais remonta ao período anterior à Primeira Guerra Mundial. A pirataria era considerada, naquele tempo, um dos *delicta juris gentium*, ou um dos crimes contra o direito das gentes. Também se reconhecia que crimes de guerra eram violações aos costumes de guerra, posteriormente consolidados nas Convenções de Haia de 1899 e 1907.

No entanto, os *delicta juris gentium* não eram julgados por órgãos jurisdicionais internacionais, e sim pelos próprios Estados beligerantes, nos casos de crimes de guerra. Após a Primeira Guerra, no período da Liga das Nações, cogitava-se do estabelecimento de um tribunal penal internacional. Para tanto, era necessário definir os crimes que este tribunal seria competente para julgar.

Diante do fracasso da Liga, foi o período das Nações Unidas que testemunhou o maior desenvolvimento da noção de crimes internacionais. Os tribunais de Nuremberg e Tóquio afirmaram a responsabilidade penal internacional do indivíduo. A fixação de critérios para a definição de crimes internacionais era necessária, porquanto tais crimes estariam

submetidos a uma jurisdição internacional e era indispensável distingui-los dos crimes sob jurisdição nacional. Conforme noticia Celso D. de Albuquerque Mello, em seu *Curso de Direito Internacional*, em 1950, a Comissão de Direito Internacional da ONU (CDI), a pedido da Assembléia Geral, formulou os “princípios de Direito Internacional, reconhecidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg”. Estes princípios estabeleciam, basicamente, a responsabilidade penal internacional do indivíduo bem como os crimes puníveis perante o Direito Internacional: crimes contra a paz (equivaleria ao crime de agressão), crimes de guerra e crimes contra a humanidade.¹

No entanto, somente no período pós-Guerra Fria a comunidade internacional começou a criar um consenso acerca da necessidade da tipificação dos crimes internacionais, que deveriam ser punidos e julgados por um tribunal internacional permanente. Isto se deveu, em grande parte, às atrocidades que continuaram a ser cometidas nos anos 90 (limpeza étnica, estupro em massa, violações do direito humanitário), mesmo transcorridos 50 anos após o término da Segunda Guerra Mundial. Criou-se um comprometimento por parte da comunidade internacional de que os perpetradores de tais atrocidades não poderiam permanecer impunes.²

Tendo em vista este comprometimento, após a Resolução 44/39 da Assembléia Geral da ONU a CDI preparou o primeiro Projeto de Estatuto de um futuro tribunal penal internacional. Os crimes contemplados foram: genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, agressão e outros crimes listados em tratados anexados ao Projeto (como terrorismo, tortura e narcotráfico), estes últimos excluídos nas reuniões preparatórias da Conferência de Roma de 1998.

De acordo com o Estatuto do TPI, os crimes tipificados naquele tratado seriam “os crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional em seu conjunto” (art. 5º). Estes são os chamados *core crimes*, quais sejam: genocídio, crimes contra a humanidade, agressão e crimes de guerra. Importa ressaltar que estes crimes podem ser cometidos tanto em tempos de conflito armado como em tempos de paz. Os Estados Partes do Estatuto de Roma, pelo seu preâmbulo, obrigam-se a criminalizar as condutas tipificadas no Estatuto, bem como a

exercer sua jurisdição penal sobre os respectivos crimes.³

III - Crimes Internacionais: Tipificação

Observe-se, inicialmente, que os *core crimes*, considerados como uma ameaça aos interesses da comunidade internacional como um todo, são assim entendidos por ostentarem as seguintes características: as condutas são levadas a cabo em ataques sistemáticos dirigidos contra qualquer população civil (caso dos crimes contra a humanidade); são atos conduzidos como parte de um plano ou política e são condutas repetidas e em larga escala (caso dos crimes de guerra); são crimes geralmente ordenados por um chefe de Estado, funcionários de alto escalão, líderes políticos ou líderes de grupos criminosos organizados (exceto no caso de agressão).⁴ Dito isto, cabe passar à consideração de cada um dos crimes internacionais tipificados.

1 - Genocídio

O crime de genocídio, por se tratar de um ataque à diversidade humana, é estruturalmente ligado à gestão totalitária. A expressão é a junção do vocábulo grego *genos* (raça, nação ou tribo) e do sufixo latino *cidio* (matar). O termo surgiu oficialmente pela primeira vez na Resolução n. 96, adotada em 11 de dezembro de 1946, pela Assembléia Geral das Nações Unidas,⁵ certamente como uma reação às práticas nazistas de genocídio. No entanto, foi a *Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio*, de 1948, o primeiro tratado a conceituar juridicamente o genocídio como um crime internacional. Posteriormente, o genocídio foi separado do conceito de crimes contra a humanidade em razão de suas características próprias.

O Estatuto de Roma toma emprestada a definição do crime de genocídio prevista na *Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio*, de 1948, reproduzindo seu art. 2º. O art. 6º do Estatuto estatui que:

“Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “genocídio”, qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial;
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.”

Primeiramente, cumpre destacar, quanto aos elementos componentes do crime de genocídio, que, nos grupos vitimados por estes atos, não são incluídos grupos políticos. Quando da negociação da Convenção de 1948, a exclusão dos grupos políticos (defendida principalmente por União Soviética, Brasil, Peru e Egito) decorreu dos seguintes argumentos: eles não apresentam características estáveis, permanentes e homogêneas; o conceito daquilo que seja político é demasiado amplo para possibilitar qualquer análise objetiva; haveria uma perigosa interferência externa nos assuntos de política interna dos Estados.⁶ Esta posição foi alvo de críticas. Uma delas foi a de que, excluindo-se os grupos políticos, um Estado poderia justificar seus ataques a grupos étnicos ou religiosos pelas idéias supostamente políticas daqueles grupos, não incorrendo os autores destes ataques na prática de genocídio. O Estatuto do Tribunal Penal Internacional manteve esta exclusão.⁷

Outro elemento essencial ao crime de genocídio é a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo. No entanto, chegamos à seguinte indagação: a partir de onde devemos considerar uma destruição parcial do grupo? Qual seria a quantidade mínima para uma destruição parcial? Conforme ponderação de Bassiouni, o genocídio, geralmente consumado em um ataque a um grande número de pessoas, pode se constituir no assassinato de um único indivíduo se presente a intenção de destruição dos grupos listados no Estatuto. Do mesmo modo, o homicídio de vários membros de um grupo sem a intenção de destruí-lo não configuraria um genocídio. Portanto, a *mens rea*, ou o elemento anímico, deve estar dirigido contra a existência do grupo.⁸ Conclui-se que o art. 6º

do Estatuto refere-se primordialmente à qualidade do ato, e não à quantidade de vítimas.

Por fim, é importante mencionar que o crime de genocídio é “um crime de consumação antecipada, pois não se requer, para a sua consumação, a destruição do grupo, mas somente a realização de atos encaminhados para tal finalidade”; desde que o agente perpetre uma determinada ação “com o objetivo de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, está consumado o genocídio.”⁹ Desse modo, o referido crime obviamente não admite tentativa, tratando-se, portanto, de crime formal.¹⁰

A jurisprudência do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia tem dado contribuições inestimáveis para a evolução do conceito de crime de genocídio. A própria noção de “limpeza étnica” como uma forma de genocídio foi confirmada no julgamento do caso *Srebrenica*, em 1995, nos seguintes termos:

“Essas execuções foram cometidas no contexto de uma política mais ampla de ‘limpeza étnica’, que é diretamente dirigida contra a população bósnia de origem mulçumana e que também inclui deportações em massa. Essa política visa a criação de novas fronteiras mediante a violenta mudança da composição nacional ou religiosa da população. Como resultado dessa política, a população muçulmana de Srebrenica foi totalmente banida da área.

A política de ‘limpeza étnica’ referida acima apresenta, em sua última manifestação, características de genocídio. Ademais, no presente caso, a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, que são específicos do genocídio, pode claramente ser inferida a partir da gravidade da ‘limpeza étnica’ praticada em Srebrenica e em seus arredores, principalmente pelo extermínio em massa dos mulçumanos ocorrido após a queda de Srebrenica em julho de 1995, cometido em circunstâncias que manifestam uma crueldade sem paralelos.”¹¹ (tradução livre).

Também merece menção o caso *Karadzic e Mladic*. O Tribunal considerou, naquele caso,

que a prática de atos que violem as próprias bases sócio-culturais do grupo vitimado pode ser entendida como a intenção de destruição do grupo. Desse modo, certos métodos utilizados pelos sérvios para destruir grupos não sérvios, mais especificamente os muçulmanos, feriam o núcleo de valores cultivados por estes grupos, visando ao seu desmembramento com a sua conseqüente destruição. Nas considerações do Tribunal:

“Os estupros sistemáticos de mulheres (...) visam, em alguns casos, à transmissão de uma nova identidade étnica para a criança. Em outros casos, a humilhação e o terror servem para o desmembramento do grupo. A destruição de mesquitas ou igrejas católicas visam à aniquilação da presença de séculos do grupo ou grupos; a destruição das bibliotecas visam à aniquilação de uma cultura que era enriquecida por meio da participação dos diversos componentes nacionais da população.”¹² (tradução livre)

A jurisprudência do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia tem demonstrado, ademais, uma grande interação entre os princípios de direito internacional humanitário, de direito penal, e do direito internacional dos direitos humanos¹³.

A Corte Internacional de Justiça, ao se pronunciar sobre a alegação da Iugoslávia de que a OTAN estaria praticando genocídio contra os sérvios por meio de seus bombardeios, firmou o entendimento de que “a ameaça ou uso da força contra um Estado não poderia por si só constituir-se em um ato de genocídio.”¹⁴ Este ato seria antes abarcado pelo crime de agressão, ainda não tipificado. A Corte declarou, ademais, que os princípios consolidados na *Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio* são princípios “obrigatórios para os Estados, mesmo para aqueles sem obrigação convencional.”¹⁵

2 - Crimes contra a Humanidade

O conceito de crimes contra a humanidade foi concebido ao longo do século XX. A definição surgiu pela primeira vez na Carta de Nuremberg. Em razão da política de atrocidades e execuções contra a população civil durante a Segunda Guerra Mundial, que muitas vezes não poderia ser enquadrada como crimes

de guerra (como os ataques a civis que não eram beligerantes), e que era inquestionavelmente contrária à consciência pública e aos princípios gerais do direito, a Carta de Nuremberg incluiu em seu art. 6º a definição de crimes contra a humanidade. Tal definição continha uma lista de atos desumanos cometidos contra a população civil como, por exemplo, o extermínio, a escravidão e a deportação.¹⁶

O Tribunal de Nuremberg incorporou noções já reconhecidas em Convenções anteriores, como a *cláusula Martens*¹⁷ das Convenções da Haia de 1899 e 1907, que se referia a “leis da humanidade”; a Declaração Conjunta da França, Reino Unido e Rússia de 1915, denunciando o massacre dos armênios na Turquia como “crimes contra a humanidade e contra a civilização”; e um relatório da Comissão sobre a Responsabilidade dos Autores de Guerra, defendendo a responsabilidade penal de violadores de “leis da humanidade”.¹⁸

A adoção, pelo Conselho de Segurança da ONU, dos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda (em 1993 e 1994, respectivamente), que definem “crimes contra a humanidade”, possibilitou o desenvolvimento de uma jurisprudência internacional sobre estes crimes, preparando o caminho para sua tipificação no Estatuto do Tribunal Penal Internacional de 1998.

Segundo o *caput* do art. 7º do Estatuto de Roma: “Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crime contra a Humanidade’ qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque.” Os atos listados são, dentre outros, homicídio, extermínio, escravidão, deportação ou transferência forçada de uma população, tortura, desaparecimento forçado de pessoas, o crime de *apartheid*.

As principais características dos crimes contra a humanidade são: a ausência do nexo necessário com um conflito armado, a ausência de um motivo discriminatório como condição para sua caracterização (exceto no caso do crime de perseguição), o requisito de um ataque generalizado e sistemático, e o elemento anímico (a *mens rea*).¹⁹

Apesar de uma minoria das Delegações presentes na Conferência de Roma ter defendido que os crimes contra a humanidade seriam cometidos apenas durante conflitos armados, a maioria não compartilhou desse ponto de vista. Se assim não fosse, esses crimes iriam se confundir com os crimes de guerra. Portanto, um traço significativo do Estatuto de Roma reside na exclusão do requisito da existência de um conflito armado para a caracterização de um crime contra a humanidade. Isto permitirá uma maior efetividade do futuro TPI em resposta às atrocidades em larga escala cometidas por governos contra suas próprias populações.

Entretanto, a caracterização de um crime como *crime contra a humanidade* deve necessariamente atender ao requisito de integrar um ataque generalizado ou sistemático. Este elemento, no entender da CDI, confere ao crime uma grande dimensão, tornando-o um crime contra a humanidade. Em outras palavras, o crime deixa de ser interno e passa a ser internacional. O Tribunal Penal Internacional para Ruanda, no caso *Prosecutor versus Akayesu*, considerou que o termo *generalizado* “pode ser definido como uma ação em massa, freqüente e em larga escala, levada a cabo coletivamente com considerável gravidade e dirigida contra uma multiplicidade de vítimas. O conceito de *sistemático* pode ser definido como meticulosamente organizado e seguindo um padrão regular baseado em uma política comum envolvendo recursos substanciais públicos ou privados.”²⁰

O art. 7 (2) (a) do Estatuto de Roma declara que “por ‘ataque contra uma população civil’ entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 1º contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização no sentido de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política.” Portanto, esta disposição não exige uma política estatal necessariamente. Uma organização que não esteja ligada ao Estado pode ser sujeito ativo de um crime contra a humanidade. No caso *Tadic*, o Tribunal para a ex-Iugoslávia entendeu que tais organizações podem corresponder àquelas com um controle *de facto* sobre um território. Forças de oposição estruturadas também poderiam perpetrar tais crimes (como o IRA, as FARC e a Al Qaeda).²¹

Quanto ao sujeito passivo dos crimes contra a humanidade, declarou o Tribunal para a ex-Iugoslávia, no mesmo caso *Tadic*, que são crimes “contra não apenas as próprias vítimas, mas contra a humanidade como um todo”²². O mesmo conceito caracterizador dos crimes contra a humanidade, qual seja, o de toda a humanidade como vítima, foi adotado no caso *Erdemovic*, em que o Tribunal assim declarou:

“Crimes contra a humanidade são graves atos de violência que lesam os seres humanos eliminando o que lhes é mais essencial: vida, liberdade, integridade física, saúde e dignidade. São atos desumanos que, por sua extensão e gravidade, ultrapassam os limites do tolerável pela comunidade internacional, que deve, necessariamente, requerer sua punição. Mas os crimes contra a humanidade também transcendem o indivíduo, uma vez que, quando este vitimado, a humanidade é atacada e negada. Assim, o conceito da humanidade como vítima é o elemento caracterizador dos crimes contra a humanidade.”²³ (tradução livre).

Vê-se que a tipificação dos crimes contra a humanidade deveu-se, em grande parte, à jurisprudência dos tribunais penais internacionais *ad hoc*, que primeiro determinou os elementos constitutivos destes tipos penais.²⁴ É oportuna, ademais, a menção de que o propósito da tipificação dos crimes contra a humanidade pelas Delegações presentes na Conferência de Roma era o de identificar o direito internacional consuetudinário existente, e não o de criar um novo direito.²⁵

3 - Crimes de Guerra

A tipificação dos crimes de guerra previstos no Estatuto do Tribunal Penal Internacional decorreu de princípios já consolidados, seja nas Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário de 1949, seja em seus Protocolos Adicionais de 1977, seja no costume internacional. Primeiramente, é necessário fazer algumas breves considerações acerca do conceito de guerra e do chamado “direito de guerra”, sem, no entanto, alongarmo-

nos na matéria haja vista o próprio objeto deste estudo.²⁶

O conceito de guerra tem sido analisado sob os mais diversos pontos de vista, sejam eles jurídico, sociológico, filosófico ou até psicológico. Para o direito internacional, interessa definir a guerra como sendo “uma luta armada entre Estados, desejada ao menos por um deles e empreendida tendo em vista um interesse nacional.”²⁷ Há de serem considerados, pois, os elementos subjetivo (*animus belligerandi*) e objetivo (luta armada). Para o direito internacional humanitário, a guerra será um estado jurídico.

No final do século XIX e início do século XX, sendo a guerra considerada ainda uma necessidade nas relações entre os Estados, foram adotadas as Convenções da Haia de 1899 e 1907, que limitaram os métodos de combate. Apesar de a guerra ter sido considerada uma “necessidade”, ela não deveria “ocasionar mais sofrimentos e nem mais destruições que os imprescindíveis para o desenvolvimento de sua função”,²⁸ devendo-se, portanto, limitá-la. Aos princípios consubstanciados nestas duas Convenções denominou-se o “Direito da Haia”.

Até aquele momento, o recurso à guerra ainda não era ilícito. No entanto, com o intuito de diminuir a sua frequência bem como evitar o recurso abusivo à guerra, um conjunto de normas regulamentava o direito à guerra de que um Estado soberano dispunha. A esse conjunto de normas dava-se o nome de *jus ad bellum* (direito à guerra). Ao conjunto de normas que limitavam os métodos a serem utilizados em combate denominava-se *jus in bello* (direito aplicável na guerra).²⁹

Com a proibição do recurso ao uso da força consagrado na Carta das Nações Unidas, o *jus ad bellum* praticamente deixou de existir (exceto em três casos: medidas de segurança a serem tomadas pela ONU, guerras de libertação nacional e guerras defensivas).³⁰ Em 1949, as quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário (conformando o denominado “Direito de Genebra”) regulamentando, *inter alia*, a proteção aos feridos e prisioneiros de guerra, doentes, e civis, passaram a constituir a codificação daquele *corpus juris*. Seus dois Protocolos Adicionais de 1977 ampliaram esta proteção a funcionários de operações de paz e humanitárias (Protocolo I) e

aos envolvidos em conflitos armados não-internacionais (Protocolo II). Todos estes instrumentos de proteção formam o chamado Direito de Genebra.

O direito internacional humanitário é definido por Christophe Swinarski como “o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito.”³¹

Antes da tipificação dos crimes de guerra pelo Estatuto de Roma, eles já estavam previstos pelo Direito de Genebra. No entanto, o seu sistema de sanções limitava-se a instituir uma *competência penal universal* de todos os Estados-partes nas Convenções. Desse modo, caso um Estado não julgasse os acusados por tais crimes, estaria ele obrigado a extraditá-los se assim fosse requerido por outro Estado-parte.³²

Nos Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda, os crimes de guerra se encontram tipificados nos seus arts. 3 e 4 respectivamente. O art. 8º do Estatuto de Roma, ao tipificar estes crimes, reflete a evolução contemporânea do direito internacional humanitário. Assim, dispõe o Estatuto acerca dos crimes de guerra:

“Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crimes de guerra’:

a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

(...)

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:

(...)

c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo:

(...).”

Primeiramente, portanto, o Estatuto tipifica as violações às Convenções de Genebra de 1949, enumerando sete condutas. Em seguida, tipifica violações ao direito humanitário consuetudinário, listando, dentre outros atos, ataques ao pessoal, instalações e materiais de missões de manutenção de paz, ataques a alvos civis sem objetivos militares e o emprego de armas que causem sofrimentos desnecessários ou que produzam efeitos indiscriminados. Por fim, o Estatuto de Roma estende os crimes de guerra aos conflitos armados não-internacionais. Evidentemente, estas disposições não são aplicáveis a distúrbios internos ou atos isolados de violência (ocasiões em que poderão ser cometidos crimes contra a humanidade), conforme dispõe a alínea d do art. 8º, mas a conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos organizados ou entre esses grupos.

A noção de crimes de guerra em conflitos internos ganhou força ao longo dos anos 90. O fim da URSS e a independência da ex-repúblicas socialistas soviéticas provocou o ressurgimento de antigos conflitos nacionalistas e étnicos dentro das fronteiras dos novos Estados. Neste contexto, viu-se claramente que a possibilidade de perseguição penal apenas pelos crimes contra a humanidade e o genocídio deixariam impunes grandes atrocidades durante a guerra. Era necessária a extensão dos crimes de guerra a conflitos armados internos. O fundamento legal para essa extensão eram as obrigações impostas aos Estados pelo art. 1º da Convenções de Genebra de 1949 e o art. 89 do Protocolo Adicional n. 1. Estes dispositivos obrigam os Estados a assegurar o respeito às normas de direito humanitário e a reagir contra “graves violações” destas normas. Os Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc*

fundamentam-se nesta obrigação de reagir contra ‘graves violações’ das normas de direito humanitário (art. 1º) para estender os crimes de guerra aos conflitos internos (arts. 3 e 4).”³³

Quanto à aplicabilidade dos instrumentos do direito internacional humanitário em conflitos internos, vale registrar a interessante menção por parte do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a ex-Iugoslávia à jurisprudência dos tribunais nacionais nigerianos: “Muitos elementos da prática internacional demonstram que os Estados tendem a criminalizar graves violações a regras e princípios costumeiros em conflitos internos. Durante a Guerra Civil Nigeriana, tanto os membros do Exército Federal como os rebeldes foram trazidos aos tribunais nigerianos e julgados por violações aos princípios de direito internacional humanitário.”³⁴

O Estatuto de Roma, ao tipificar os crimes de guerra, contribui, desse modo, a assegurar maior eficácia aos instrumentos do direito internacional humanitário. No entanto, a disposição transitória do art. 124 do Estatuto, que faculta ao Estado o direito de não aceitar a jurisdição do TPI sobre os crimes de guerra cometidos por seus nacionais ou em seu território durante um período de sete anos contados a partir da data em que o Estatuto entrar em vigor para esse Estado, revela a dificuldade das negociações em busca de consenso para a consolidação dos crimes de guerra. Não obstante o referido artigo, o Estatuto do TPI constitui uma contribuição de considerável valor ao direito internacional humanitário contemporâneo.

IV - Considerações Finais

O processo de tipificação dos crimes internacionais no Estatuto de Roma foi fruto de uma longa construção jurídica. Tanto o direito internacional convencional como o consuetudinário, especialmente no caso dos crimes de guerra e de genocídio, ofereceram os elementos inerentes a tais crimes (elementos estes reiterados pelos Tribunais para a ex-Iugoslávia e Ruanda), possibilitando, desse modo, sua posterior tipificação.

O papel da jurisprudência dos Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* foi de fundamental importância para a tipificação dos crimes previstos no Estatuto, especialmente dos crimes

contra a humanidade. Percebe-se que a jurisprudência e o costume (este último especialmente no caso dos crimes de guerra) têm sempre precedido a tipificação dos crimes (“positivação”).

Apesar de todas estas conquistas na esfera do direito penal internacional, o Estatuto do TPI não se encontra livre de imperfeições. “A tipificação, pelo próprio Estatuto do TPI, dos *core crimes*, foi uma decisão acertada tomada pelas Delegações participantes na Conferência de Roma (...). Mas o Estatuto de Roma de 1998 é, como qualquer outro instrumento jurídico, produto de seu tempo, e, como tal, padece inevitavelmente de algumas imperfeições, próprias das vicissitudes das negociações de instrumentos internacionais.”³⁵ Algumas dessas imperfeições depreendem-se da ausência da

tipificação dos crimes de agressão, além da famigerada disposição transitória relativa aos crimes de guerra, “justamente os crimes já consolidados no amplo *corpus juris* do direito internacional humanitário”.³⁶

No entanto, a despeito dessas estas vicissitudes, o reconhecimento dos valores humanísticos, subjacentes ao estabelecimento de uma jurisdição penal internacional permanente é não apenas essencial para a realização da justiça, mas, também, em última análise, para a preservação, manutenção e o restabelecimento da paz.³⁷ O que se verá nos próximos anos será uma árdua batalha entre a consolidação de uma ordem pública internacional e a prevalência dos voluntarismos estatais. O Tribunal Penal Internacional será o palco deste embate.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASSIOUNI, M. Cherif. *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*. Ardsley: Transnational Publishers, 1998.
- CANÊDO, Carlos. *O Genocídio como Crime Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- FUJITA, Hisakazu. "Establishment of the International Criminal Court" in *The Japanese Annual of International Law*, n. 42, 1999.
- GREEN, L. C. "Drazen Erdemovic: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in Action" in *Leiden Journal of International Law*, n. 10, pp. 363-381, 1997.
- HEBEL, Herman von; ROBINSON, Darryl. "Crimes within the Jurisdiction of the Court" in *The International Criminal Court: the Making of the Rome Statute*. Haia: Kluwer Law International, 1999, pp. 79-126.
- JONES, John R. W. D. *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*. Ardsley: Transnational Publishers, 2000.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- POLITI, Mauro e GIUSEPPE, Nesi (Eds.). *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*. Burlington: Ashgate, 2001.
- ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice*. Nova York: The New Press, 2000.
- ROBINSON, Darryl. "Defining 'Crimes Against Humanity' at the Rome Conference" in *American Journal of International Law – vol. 93:43*, pp. 43-57, 1999.
- SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha e Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.
- _____. *Direito Internacional Humanitário*. São Paulo: RT, 1990.
- TRINDADE, A. A. Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. III*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2003.
- ZOUREK, Jaroslav. *L'Interdiction de l'Emploi de la Force en Droit International*. Genebra: Henry Dunant Institute, 1974.

NOTAS

1. Alguns dos princípios formulados foram os seguintes: “qualquer pessoa que cometa um ato que constituir um crime perante o direito internacional é responsável por ele e está sujeita à punição”; “o fato de que o direito interno não imponha uma penalidade para um ato que constitui um crime sob o direito internacional não isenta a pessoa que cometeu o ato de sua responsabilidade perante o direito internacional”; “o fato de que a pessoa que cometeu um ato que constitui crime perante o direito internacional tenha agido como chefe de Estado ou funcionário responsável do governo não a isenta de responsabilidade perante o direito internacional” in Celso D. de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, 14a. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 932-933.
2. Cf. Hisakazu Fujita. “Establishment of the International Criminal Court” in *The Japanese Annual of International Law*, n. 42, 1999, pp. 32-61.
3. *Idem*.
4. *Ibid*.
5. Cf. CANÊDO, Carlos. *O Genocídio como Crime Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 86.
6. Cf. CANÊDO, Carlos. *O Genocídio...*, p. 96.
7. Desse modo, um general que, por exemplo, ordenasse a captura de filhos cujas mães têm “inclinações de esquerda” para serem adotados por famílias leais ao seu exército, não estaria cometendo um genocídio. Cf. ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice*. Nova York: The New Press, 2000, p. 334.
8. *Apud* Carlos Canêdo. *O Genocídio...*, p. 104.
9. Carlos Canêdo. *O Genocídio...*, p. 122.
10. “São delitos formais aqueles que, não obstante reclame a lei que a vontade do agente se dirija à produção de um resultado que constituiria uma lesão do bem, não exigem para a consumação que esse resultado se verifique”. Damásio de Jesus, *Direito Penal – 1o. Volume, Parte Geral* – Saraiva, 1995, p. 167.
11. Caso *Srebrenica* (IT-95-18-I), de 16 de novembro de 1995 *apud* JONES, John R. W. D. *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*. Ardsley: Transnational Publishers, 2000, pp. 99-100.
12. Caso *Karadzic e Mladic* (IT-95-18-R61), decisão de 11 de julho de 1996 *apud* JONES, John R. W. D. *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*. Ardsley: Transnational Publishers, 2000, p. 102.
13. Faiza King e Anne-Marie La Rosa. “The Jurisprudence of the Yugoslavia Tribunal: 1994-1996”.
14. Cf. ROBERTSON, Geoffrey. *Crimes Against Humanity: The Struggle for Global Justice*. Nova York: The New Press, 2000, p. 334.
15. Cf. Roy S. Lee. “The Rwanda Tribunal” in *Leiden Journal of International Law*, vol. 1, n. 1, 1996, pp. 37-61. No caso de Ruanda, os dois grupos étnicos envolvidos foram os Hutu e os Tutsi, identificados não pelas suas características étnicas, mas pelas suas origens familiares.
16. Cf. ROBINSON, Darryl. “Defining ‘Crimes Against Humanity’ at the Rome Conference” in *American Journal of International Law* – vol. 93:43, pp. 43-57, 1999.
17. Para um estudo recente sobre a *Cláusula Martens* cf. A. A. Cançado Trindade “Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal” in *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*. San José de Costa Rica: ACNUR, 2001, pp. 73-78.
18. *Idem*.
19. Cf. HEBEL, Herman von; ROBINSON, Darryl. “Crimes within the Jurisdiction of the

- Court” in *The International Criminal Court: the Making of the Rome Statute*. Haia: Kluwer Law International, 1999, pp. 79-126.
20. Julgamento ICTR-96-4-T (2 de setembro de 1998) *apud* Hisakazu Fujita. “Establishment of the International Criminal Court” in *The Japanese Annual of International Law*, n. 42, 1999, pp. 32-61.
 21. Segundo Geoffrey Robertson, grupos terroristas, “se organizados no grau daquele liderado por Osmara Bin Laden [*sic*], que treina milhares de seguidores” seriam incluídos nestas organizações. Apesar de o terrorismo não estar incluído expressamente no rol dos crimes contra a humanidade, não haveria nenhum obstáculo em julgá-lo como tal. Isto é inclusive recomendado por Robertson para casos (como, e.g., o da Colômbia) em que o judiciário local é intimidado por tais grupos. Pelo princípio da complementaridade, o Estado pode optar pela jurisdição internacional.
 22. Caso *Tadic*, sentença de 14 de julho de 1997 in JONES, John R. W. D. *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*. Ardsley: Transnational Publishers, 2000, p.111.
 23. Caso *Erdemovic in L. C. Green*. “Drazen Erdemovic: The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in Action”, *Leiden Journal of International Law* 10, 1997, p. 370.
 24. Neste mesmo sentido, a prática da Comissão e da Corte Europeia de Direitos Humanos (*caso grego e caso Irlanda versus Reino Unido*) determinou os elementos constitutivos da tortura antes de suas definições convencionais. Cf. A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 346.
 25. Cf. ROBINSON, Darryl, *op. cit. supra*.
 26. Para um estudo geral cf., entre outros, Frits Kalshoven *Constraints on the Waging of War*. Genebra: International Committee of the Red Cross, 1987 e Charles Rousseau. *Le Droit des Conflits Armés*. Paris: Pedone, 1983.
 27. Celso D. de Albuquerque Mello, *op. cit. supra*, p. 1456. O autor adota a definição de Louis Delbez.
 28. Cf. Christophe Swinarski. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1996, p. 16.
 29. Sobre esta distinção ver Quincy Wright. *A Study of War*. Chicago: The University of Chicago Press, 1983, pp. 363-365; cf., ainda, Adriano D. Cançado Trindade “*Jus ad bellum e Jus in bello – Considerações acerca de sua Projeção Histórica*” in *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 113/118, 1998, pp. 255-274.
 30. Cf. Jaroslav Zourek. *L’Interdiction de l’Emploi de la Force en Droit International*. Genebra: Henry Dunant Institute, 1974.
 31. *Idem*, p. 18.
 32. Cf. Christophe Swinarski. *Direito Internacional Humanitário*. São Paulo: RT, 1990, p. 66. A respeito das sanções no direito internacional humanitário conferir, do mesmo autor, *A Norma e a Guerra*. Porto Alegre: SAFE, 1991, pp. 53-64.
 33. Cf. Luigi Condorelli. “War Crimes and Internal Conflicts in the Statute of the International Criminal Court” in *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Challenge to Impunity*, Ed. Mauro Politi e Giuseppe Nesi. Burlington: Ashgate, 2001, pp. 107-117.
 34. JONES, John R. W. D. *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*. Ardsley: Transnational Publishers, 2000, p. 91.
 35. Prefácio de A.A.Cançado Trindade in Marrielle Maia, *Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
 36. *Idem*.
 37. Ver M. Cherif Bassiouni. *The Statute of the International Criminal Court: a Documentary History*. Ardsley: Transnational Publishers, 1998, p. 1. Para uma reflexão a respeito do primado da razão de humanidade sobre a razão de Estado, ver A. A. Cançado Trindade. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III. Porto Alegre: SAFE, 2003, pp. 509-527.

CONSTITUIÇÃO, CIDADANIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

.....
WILBA LÚCIA MAIA BERNARDES

Professora de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG.

CIDADANIA

Inicialmente, cumpre-nos fazer uma distinção básica, embora pouco realizada. Partiremos do princípio de que, ao afirmarmos que a Constituição de 1988 é uma Constituição cidadã, temos definido o que seja o termo *cidadania*.

O termo *cidadão* é utilizado desde a construção da *polis* grega, quando os cidadãos tomavam as decisões de poder, pretendendo construir, na primeira definição de Heródoto, uma democracia. Entretanto, a estrutura do Estado grego, ao ser analisada contemporaneamente, apresenta-se muito mais próxima do que hoje poderíamos denominar de aristocracia. Apenas pequena parcela do povo grego era considerada cidadã, e assim mesmo havia gradações entre os cidadãos, de acordo com as respectivas condições econômicas.

O ideal de participação ampla dos cidadãos em uma sociedade democrática só será mesmo construído a partir da mudança no modo de encarar a relação política.

Como alerta Norberto Bobbio,¹ em determinado momento histórico, ocorrerá uma alteração na relação entre Estado e indivíduos, priorizando-se os direitos dos cidadãos em vez de os deveres dos súditos. Essa inversão característica do Estado moderno permite-nos visualizar a organização política não mais do ângulo do soberano, e sim do cidadão, o que implica o reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos.

Constatamos, dessa forma, que a concepção individualista está na base da construção do Estado moderno, assim entendido aquele edificado a partir do século XVIII. O todo

(concepção organicista do Estado) dá lugar ao particular (concepção individualista do Estado), inovando e atemorizando a sociedade de então, pois o “todo Estado” não mais está acima do “componente indivíduo”. O cidadão, antes de evitar a desagregação do grupo cumprindo a função que lhe é própria, procurará satisfazer suas próprias necessidades.

Somente a partir desse novo referencial poderemos retomar o termo cidadania como hoje é apresentado. Interessante observar que a Declaração francesa de 1789 é intitulada “Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão”. No entanto, como examinaremos, longe ainda estaria o tempo de verdadeiro exercício de cidadania.

Cumprir ainda dizer que dito termo, mesmo vinculado a essa nova concepção do Estado, não está devidamente caracterizado. No Estado brasileiro, temos de realizar uma distinção importante, para a definição terminológica adequada.

Desde a década de 30, o Estado brasileiro, no seu direito positivo, adota os termos *cidadão*, *nacional* e *natural* como expressões que possuem significados diferentes. Dentre eles, a expressão *natural* talvez escape com maior facilidade às generalizações empregadas. Considera-se o termo natural como aquele equivalente à definição do local do nascimento. Quando afirmamos que um indivíduo é natural de determinada localidade, estamos afirmando que o seu nascimento ocorreu em um local específico, o que não implica, necessariamente, atribuição de nacionalidade. Nos Estados que adotam o vínculo de solo como uma das formas de atribuição da nacionalidade, a naturalidade, definida na certidão respectiva, servirá como comprovação para a atribuição daquele vínculo;

nada além disso, no que se refere à sua relação com a nacionalidade.

Já o termo *nacionalidade*, numa análise que prioriza as suas formas de atribuição definidas no art. 12 da Constituição Federal, está vinculado àquelas pessoas que mantêm um vínculo efetivo com o Estado brasileiro, assim considerados os brasileiros natos e naturalizados, definidos como nossos nacionais. No que se refere à atribuição da nacionalidade originária (brasileiros natos), lembramos que o Estado brasileiro combina os critérios que admitem tanto os vínculos de solo como os de sangue.

O vocábulo *cidadão* talvez se preste a maiores generalizações. À parte de outras possíveis variantes, abordaremos neste trabalho a distinção entre cidadania ou cidadão em sentido amplo e cidadania ou cidadão em sentido estrito.

No aspecto estrito, é considerado cidadão aquele que pode votar e prova essa condição com o título de eleitor. A definição como aquele que pode votar e ser votado exclui várias categorias – assim, no Direito brasileiro, o analfabeto, o menor de 18 e maior de 16, os maiores de 70. Minimizando tais exclusões, talvez o conceito, mesmo neste sentido restrito, deveria estar ligado à noção daquele que detém o título de cidadão. O cidadão, assim considerado, está vinculado às disposições do art. 14 da nossa Constituição, ao sentido tradicional de titular de direitos políticos.

Não podemos deixar de notar, com José Afonso da Silva,² que este primeiro aspecto do termo cidadania reflete o discurso jurídico do Estado Liberal, expresso na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Salienta o autor que nesta Declaração a expressão *Direitos do Homem* está vinculada ao reconhecimento dos direitos individuais, enquanto a expressão *Direitos do Cidadão* dirige-se aos direitos políticos de votar e ser votado.

Na sociedade contemporânea, adota-se o sentido amplo de cidadania, e o termo cidadão recebe a conotação que verdadeiramente se pretende atribuir-lhe na sociedade moderna e democrática. Ser cidadão significa, antes de tudo, ser parte, no sentido próprio de compartilhar de uma mesma sociedade. A cidadania envolve, nesse aspecto, o reconhecimento do indivíduo como ser integrante da sociedade estatal e, portanto, incluído e acolhido pelo ordenamento jurídico. Valemo-nos daquele indivíduo que,

conhecendo os seus direitos e deveres, necessita também tê-los concretizados para alcançar o ideal da dignidade da pessoa humana.

Assim, o Estado deve garantir a cada um dos seus integrantes capacidade de participação e um espaço para realizarem o ideal em comum. Para estar inserido nessa sociedade, o indivíduo deve ter seus direitos reconhecidos pelo Estado, numa perspectiva sempre evolutiva: cada vez mais, mais direitos reconhecidos. Essa perspectiva liga-se à noção de cidadania passiva, que nem sempre garantiu uma sociedade livre e, principalmente, igualitária.

A concretização desses direitos está entre as tarefas a serem cumpridas pelo poder estatal, que deverá satisfazê-los, mas o ideal é que a sociedade conte também com um indivíduo questionador, participativo, atuante e propulsor de mudanças, fomentando uma nova proposta dialógica. Essa nova dimensão da cidadania está ligada à idéia de participação, pois pertencer a uma comunidade significa tomar parte nas decisões de sua própria associação, resgatando as noções de soberania popular e de cidadania ativa e conjugando, a partir de então, posse de direitos e exercício de responsabilidades cidadãs.

Como documento máximo do nosso Estado, erigido à categoria de norma suprema, a Constituição de 1988 trouxe um catálogo de direitos e garantias fundamentais que possibilita ao indivíduo o pleno desenvolvimento de sua personalidade, sendo, nesse sentido, extremamente avançado e propulsor da cidadania. Assim, as normas constitucionais permitem uma ampla atuação do indivíduo nos negócios da cidade, superam a dicotomia entre “público e privado”, entre “Estado e sociedade”.

Quando afirmamos que a nossa Constituição é um documento que promove a cidadania, estamos nos referindo a este último conceito, que envolve o seu aspecto amplo. Talvez algumas passagens particulares possam ser citadas, apenas a título exemplificativo, para reforçar essa idéia de cidadania inserida no Texto Constitucional, a qual, por si só, é sua condição intrínseca. Assim, os institutos da democracia participativa, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, a possibilidade de denúncias irregulares aos Tribunais de Contas, a ação popular, a inclusão das entidades de classe ou associações na propositura de ações diretas de inconstitucionalidade e tantos outros. Em

algumas dessas passagens constitucionais, o termo cidadão é tomado no aspecto estrito, revelando apenas uma faceta do sentido contemporâneo da expressão.

Essas formas de participação, e por que não dizer de transparência, não nos impedem de tecer algumas críticas no sentido de aprimorar a realização efetiva desse documento. Assim, todas as ações que caminhem no sentido de priorizar essa noção de cidadania são necessárias para a plena observância da Constituição vigente.

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Devemos frisar que as discussões que serão realizadas sobre temas constitucionais têm como paradigma o Estado Democrático de Direito, ou seja, o marco teórico para nossa abordagem está previamente posto. Ao nosso ver, para uma correta análise desse contexto é necessário definir quais os paradigmas do direito que podemos identificar ao longo de nossa vivência, quais as suas características básicas e como contribuíram para alcançarmos o momento atual.

Nesse sentido, tomaremos como base para nosso exame a definição de Menelick de Carvalho Netto,³ que identifica dois grandes paradigmas: o primeiro, que denomina de pré-moderno e envolve toda a Antiguidade e a Idade Média; e o segundo, o da modernidade, que, por sua vez, se subdivide em três outros paradigmas: o do Estado de Direito, o do Estado de Bem-Estar Social e o do Estado Democrático de Direito.

A sucessão desses paradigmas ao longo da História proporcionou-nos a superação dos valores que traziam consigo, permitindo o desenvolvimento de novas idéias e, sob alguns aspectos, a aceitação de pressupostos anteriores.

No primeiro paradigma identificado, não há uma concepção definida de organização política. Temos, sim, um conjunto normativo confuso de moral, família, religião, filosofia, direito e política em estreita relação com a organização política e divindade. Entre os poderes humano e divino varia apenas o grau de influência patrocinada por um ou outro, dependendo dos interesses das castas

dominantes. Temos uma sociedade estruturada em castas, e o direito do indivíduo é o direito do seu estamento social, perpetuando, portanto, sua desigualdade. Não há um ordenamento único, no sentido de ser válido para todos, genérico, abstrato e impessoal. O direito servia como forma de reproduzir privilégios, característica presente em todo o denominado “Estado Antigo e Medieval”.

A superação desse paradigma deve-se a vários fatores. Inicialmente podemos citar a necessidade de separar o poder temporal do espiritual. É também crescente a necessidade do indivíduo de romper com as estruturas sociais rígidas para poder desenvolver seu potencial criativo (liberdade) e seu valor – como dos seus iguais –, de ter o seu preço num mercado aberto e crescente (igualdade). Tais formas inovadoras de pensar a sociedade refletem-se também na estrutura do direito, que deverá conter enunciados racionais, fundado em ideais iluministas e contratualistas. Já dizia Rousseau que na passagem do estado de natureza para o estado civil o homem perde vantagens concedidas pela natureza, mas ganha o poder de desenvolver plenamente suas idéias e faculdades, transformando-se de um homem estúpido em um ser inteligente e racional.⁴

Por outro lado, a crescente necessidade de definição de fronteiras, do estabelecimento de um poder que promovesse uma ordem mais estável e duradoura e a sua consequência como o estabelecimento de um mercado livre, mas com regras mínimas definidas em um dado território (como moeda única), dão vazão ao nascimento de um novo modelo de Estado – o Estado nacional.

Podemos sintetizar as idéias que impregnam esse novo paradigma na visão de John Locke, considerado teórico do liberalismo e também contratualista, quando afirma que o indivíduo pode fazer tudo aquilo que as leis não proibem⁵. Contido nessa afirmação está o grande ideal de liberdade, considerado o fio condutor desse novo modelo de Estado, que é o da liberdade no seu aspecto negativo. Vale aqui a transcrição do conceito de liberdade oferecido por Stuart Mill como “situação em que ninguém deve ser impedido de fazer o que queira e nem constrangido a fazer o que não deseja. Essa liberdade deve ser a mais ampla possível só encontrando limite na liberdade dos demais.”⁶

Assim, ingressamos no paradigma da modernidade, no seu primeiro estágio, que é o do Estado de Direito ou, como é denominado por alguns autores, Estado Liberal ou Constitucional. O documento escrito que deveria garantir a todos esse novo modelo de organização política, contendo o princípio de limitação da autoridade governativa, denomina-se *Constituição*. O homem, agora, é encarado como um indivíduo sujeito de direitos, e para tanto esse documento constitucional deverá consagrar o princípio da separação de poderes e uma declaração de direitos individuais.

Há neste momento uma aprofunda desconfiança com o aparato estatal, que antes reproduzia o Estado Absolutista, e, assim, oficializa-se uma ruptura entre o público e o privado como esferas manifestamente distintas e, neste primeiro momento, inconciliáveis. No público, atua o Estado condicionado à lei; no privado os particulares submetidos à lei do mercado, apenas minimamente regulada pelo Estado.

Alerta-nos, mais uma vez, Menelick de Carvalho Netto⁷ de que há um fosso profundo entre a sociedade política e a sociedade civil. Na *sociedade política* devem prevalecer os interesses gerais convencionados e assegurados por uma parte da sociedade, “os seus melhores”, pois a representação é censitária.⁸ As leis gerais e abstratas devem reduzir-se a um mínimo, o que preserva a visão de liberdade negativa tão veementemente defendida pelo liberalismo. Já a *sociedade civil* é o espaço para o livre desenvolvimento dos direitos naturais (e racionais) do indivíduo. O direito deve reduzir o Estado à legalidade, produzindo um Estado mínimo que interfira o menos possível no livre jogo das vontades individuais, apenas preservando os direitos individuais (denominados pela doutrina de *direitos de primeira geração*).

Entretanto, a liberdade e a igualdade proclamadas pelo Estado de Direito reforçam práticas excludentes e só teoricamente consagram verdades evidentes que libertam o homem. O aprisionamento do indivíduo é real e perverso, à medida que ele não tem meios materiais que lhe permitam usufruir as liberdades consagradas. Com isso, surgem movimentos sociais que criticam os ideais liberais, agora contando com o apoio da doutrina social da Igreja e do marxismo. A sociedade de massas,

emergente no início século XX, pretende assegurar os direitos coletivos e sociais, que garantiriam uma vida digna.

Temos, então, a configuração de um novo paradigma moderno, o do Estado Social ou do Bem-Estar Social, que pretende concretizar materialmente os postulados do Estado de Direito, inclusive redefinindo-os. A liberdade há de ser entendida em correlação com o ideal de isonomia material. Esse novo Estado pretende promover medidas assistenciais sem serem, contudo, inicialmente, opostas aos direitos civis e políticos. Os direitos à saúde, à educação, ao trabalho, enfim, à subsistência (*direitos de segunda geração*), devem ser patrocinados pelo Estado, que tem o dever e as condições de evitar a exploração do homem pelo homem.⁹ O direito privado se publiciza. O Estado representa toda a dimensão do público e promove, sob a justificativa de alimentar a satisfação dessas necessidades básicas, políticas inseridas em regimes totalitários. O *Welfare State* produz um direito complexo com a finalidade, inclusive, de cumprir metas econômicas e sociais.

A crise do Estado do Bem-Estar é detectada através da crise fiscal do Estado. A relação entre o Estado e a sociedade se deteriora, e se, inicialmente, esse Estado Social rompeu com a separação, característica do Estado Liberal, entre esses dois pólos; agora a manutenção de um levaria à conseqüente eliminação do outro. O Estado não consegue cumprir suas metas de amparo social, o aumento do déficit público desestabiliza a economia e o aparelho burocrático inchado contribui para agravar essa perspectiva.

Segundo Glória Regonini,¹⁰ duas tendências são identificadas neste momento: a “estatalização da sociedade” e/ou a “socialização do Estado”, e as saídas para essas tendências estão, no primeiro caso, na capacidade de resistência de alguns setores da sociedade civil que não são filtrados pelas instituições e, no segundo, na capacidade de resistência das instituições em fase das contínuas e intermináveis pressões de grupos sociais.

Todos esses conflitos resultam também dos anseios de uma nova sociedade, – a da era da informação – ainda mais complexa que a sociedade anterior. Essa sociedade reivindica a proteção de um novo contexto de direitos, agora denominados direitos difusos (apresentam-se os

direitos de terceira geração),¹¹ e reclamam uma nova leitura dos direitos individuais e sociais. A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, indica o advento desse novo momento ao proclamar os direitos sociais, econômicos e culturais ao lado de direitos civis e políticos, o que levaria, necessariamente, à superação da antinomia entre o individual e o social e à revisão das estruturas tradicionais da teoria do Direito. A sociedade civil se organiza através de entidades e associações que acabam atuando em um espaço antes reservado ao Estado. O Estado falido tem agora os interesses públicos, muitas vezes, defendidos pela sociedade civil. As sociedades plurais atuais tentarão assumir uma posição não clientelista, sendo agente e, ao mesmo tempo, destinatária das leis elaboradas. Temos, então, uma sociedade que pressupõe atores sociais comprometidos com o debate político, que deverá ser público.

No desenrolar dessa crise surge o terceiro paradigma da modernidade – o Estado Democrático de Direito. Podemos afirmar que esse paradigma ainda está comprometido com o ideal da legalidade, mas busca sua sustentação e legitimidade também no ideal de justiça. Como realizar esses dois aspectos balizadores deste novo Estado é a tarefa que hoje enfrentamos.

Está claro que para superarmos as grandes questões desta sociedade hipercomplexa em que vivemos, teremos de construir a democracia, agora não mais formal, mas efetiva. É justamente sob esse novo enfoque que teremos de encarar questões como interpretação constitucional, jurisdição constitucional, remédios constitucionais, pacto federativo, partidos políticos, novos modos de governança, comunidades virtuais, dentre outros. Toda essa temática está diretamente vinculada à questão da efetividade da Constituição de 1988.

EFETIVIDADE E CONCRETIZAÇÃO

Diante desses fatos, somos colocados frente à necessidade de discutir os limites e possibilidades da força normativa do Direito Constitucional. Assim, podemos dizer que o nosso esforço converge para a necessidade de as normas constitucionais estarem abertas para a realidade constitucional. Neste momento,

colocamo-nos diante da definição da Teoria da Constituição.

Teoria da Constituição

A Teoria da Constituição como ciência autônoma é recente, e sua contribuição inicial prende-se à superação da crise do primeiro paradigma do Estado Moderno, o do Estado Liberal, e a impossibilidade de a Teoria Geral do Estado, à época (particularmente falamos da matriz alemã – Constituição de Weimar – 1919), interpretar e efetivar os documentos constitucionais. Há um afastamento do positivismo jurídico que limita a compreensão da Constituição à aplicação e interpretação da lei constitucional positiva.

Atualmente, a Teoria da Constituição pretende ainda revitalizar a abertura para a realidade constitucional, considerando suas condicionantes políticas e socioeconômicas. Nesse sentido, e visando ao desenvolvimento da Teoria da Constituição, podemos apresentar os estudos de Karl Loewenstein¹² que procuram imprimir às definições de Constituição o seu valor real, classificando-as, segundo uma perspectiva ontológica, como Constituições nominais, normativas e semânticas.

Se pretendemos realizar as promessas normativas constitucionais e evitar a classificação da Constituição de 1988 como Constituição semântica, é necessário redefinir o papel da Teoria da Constituição no Estado brasileiro.

Visando exatamente à discussão da Teoria da Constituição, coloca-se a questão da concretização dos direitos fundamentais, que envolve a perspectiva da interpretação constitucional, da jurisdição constitucional e dos mecanismos processuais colocados à disposição dos indivíduos para fazer valer os direitos declarados.

Interpretação Constitucional

Podemos afirmar que o objeto de preocupação dos juristas contemporâneos diz respeito à interpretação constitucional, que realça, evidentemente, o papel dos aplicadores do direito. Destacam-se as análises contemporâneas sobre o conceito de normas constitucionais,

definidas como um conjunto de regras e princípios, e como devem ser aplicadas.

Nesse sentido, e de acordo com o contexto de um Estado Democrático de Direito, a função interpretativa do juiz ganha novo destaque. Para decidir diante do caso concreto, sua postura não pode ser apenas resultado de uma atividade mecânica, de um aplicador de textos jurídicos positivados (como no Estado de Direito), nem se resume sua atividade, embora mais complexa, na escolha discricionária de uma postura definida em um quadro preestabelecido pela ciência do Direito (como se pretendia no Estado Social).

Definir como o juiz deve posicionar-se, num dado caso concreto, para realizar a um só tempo, através de suas decisões, os pressupostos da certeza jurídica e da sua aceitabilidade racional é questão sobre a qual têm se debruçado autores como Dworkin, Habermas, Robert Alexy, John Rawls, dentre outros. De qualquer forma, já podemos adiantar que o juiz está diante de um novo modo de pensar e sentir o direito, não mais reduzido a quadros normativos rígidos; sua função requer muito mais sensibilidade e comprometimento com os interesses sociais.

Como nos alerta Marcelo Cattoni,¹³ é preciso ler o texto da Constituição brasileira sabendo explorar as tensões entre o texto e o contexto, para evitar o contraste entre o ideal e o real, entre a inclusão e a exclusão, se pretendemos reconstruir adequadamente nosso Estado Democrático de Direito.

Jurisdição Constitucional

Toda a temática anterior está correlacionada à questão da jurisdição constitucional.

O termo *jurisdição constitucional* deve-se à contribuição da ciência jurídica alemã no final da década de 20 (sem, contudo, desprezar o papel fundamental reservado à Constituição austríaca de 1920, de evidente inspiração kelseniana), que introduz o modelo das cortes constitucionais em oposição ao modelo norte-americano.

O modelo do *judicial review* dos norte-americanos fundamenta-se na ênfase dada ao papel dos juízes como aqueles que estão aptos a realizar a verificação da legalidade sem, contudo,

realçar o papel político que assumem diante dessa tarefa.

A inicial contradição de fundamentos dos dois sistemas vai sendo aos poucos superada, e hoje, com a difusão do modelo das cortes constitucionais em toda a Europa, pouca ou nenhuma distinção de fundo pode-se detectar entre os dois modelos, que nos seus fins perseguem o mesmo objeto, que é a defesa da Constituição e a tutela dos direitos fundamentais (hierarquia da norma constitucional e concretização dos direitos).

Dessa forma, à jurisdição constitucional brasileira, na figura do Supremo Tribunal Federal, compete a satisfação de interesses jurídicos e socialmente relevantes. No exercício de sua função jurídica e política, o Supremo Tribunal Federal tem o dever de ser o guardião de nossa Constituição, assegurando o seu fiel cumprimento e os valores políticos dela depreendidos.

É nesse sentido que o Poder Judiciário deve estar aberto para uma nova forma de atuação, que invariavelmente estará revestida de uma dimensão política e social que poderá nos levar à superação de processos de total descrença nas normas constitucionais, possibilitando a inclusão dos cidadãos nos discursos jurídicos.

Remédios Constitucionais

A relação das ações constitucionais com a temática anterior também é intensa, uma vez que sua efetiva proteção dependerá da atuação comprometida dos nossos tribunais, particularmente do Supremo Tribunal Federal, que exercerá a jurisdição constitucional, devendo o aplicador da lei, na sua atividade interpretativa, priorizar uma leitura da norma constitucional condizente com os postulados do Estado Democrático de Direito.¹⁴

Não sendo o momento para discutir sobre a distinção feita por parte da doutrina entre direitos e garantias constitucionais,¹⁵ vamos adotar, segundo a moderna doutrina alemã, a expressão *garantia constitucional* como o mecanismo jurídico destinado aos indivíduos para tornar efetivos os direitos assegurados no Texto Constitucional, ou seja, os chamados *remédios constitucionais*.

Nesse sentido, nossa Constituição de 1988 também inova e fortalece sua perspectiva cidadã quando prevê mecanismos processuais que, em última análise, visam ao desenvolvimento da dignidade da pessoa humana. Assim, podemos nomear instrumentos inovadores, como o *habeas data*, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a implementação das ações coletivas. Por outro lado, a Constituição nos oferece uma nova dimensão para institutos já consagrados, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, a ação popular, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação civil pública. Cumpre ressaltar a nova leitura que se deve fazer do direito de petição, revigorado após a Constituição da República, como um instrumento estreitamente ligado à idéia de controle e participação do cidadão.

Tais remédios constitucionais só cumprirão concretamente o papel que lhes está reservado nesta Constituição se a atuação dos nossos tribunais conseguir superar a dicotomia texto *versus* realidade, que, não necessariamente, são excludentes.

SOCIEDADE PLURALISTA

Toda a temática anterior nos revela uma nova forma de encarar o direito, particularmente o Direito Constitucional. Fica clara a necessidade de revermos nossos postulados clássicos principalmente na forma de interpretar a Constituição da República.

Em um Estado que se pretende Democrático de Direito, assegurando valores como liberdade, igualdade e solidariedade, é vital ampliar as formas de participação do cidadão. Essa participação revela-se não só através dos negócios da cidade, mas também e principalmente pela ampla e ilimitada participação nas decisões judiciais. Uma maneira de garantir essa participação nas decisões judiciais é, dentre outras, criar mecanismos que permitam o acesso à justiça por parte de todos os segmentos sociais, ou seja, o direito de todos de atuar em juízo.

Ao falarmos de acesso à justiça, invariavelmente estamos nos referindo à garantia dos princípios do devido processo legal, do juiz natural, da ampla defesa e do contraditório e seus desdobramentos, como os princípios da

independência e da imparcialidade do juiz, da motivação da sentença e da justiça gratuita para os necessitados – princípios constitucionais do processo e também garantias constitucionais.

Somente a partir do momento em que o Poder Judiciário estiver apto a realizar efetivamente tais princípios poderemos falar que o cidadão terá o pleno reconhecimento dos direitos que lhe foram assegurados pela Constituição.

Como afirma José Alfredo de Oliveira Baracho,¹⁶ os cidadãos não podem ser impedidos do gozo dos múltiplos direitos reconhecidos na Constituição e na legislação infraconstitucional, mesmo aqueles cujas leis não foram promulgadas, pois isso inviabilizaria o exercício da plena cidadania, que, aliás, demanda uma estruturação complexa e sólida de todos os órgãos do Estado, particularmente do Poder Judiciário, que possibilita a defesa dos núcleos centrais de direitos (acesso à justiça, interpretação correta das normas constitucionais, nova concepção de justiça etc.).

No que se refere ao acesso à justiça, ênfase deve ser dada ao papel das defensorias públicas, que têm, a bem dizer, a possibilidade de concretizar ou não o ideal da plena cidadania. Se a defesa dos necessitados – os economicamente fracos – não se fizer ampla e contundente, nunca alcançaremos a democracia em uma sociedade pluralista, diversa e múltipla como a brasileira, repleta de desigualdades sociais e econômicas.

O precário funcionamento dessa instituição reforça a marca de uma sociedade discriminadora, de excluídos, que jamais poderão ser considerados parte do todo; aniquila-se a possibilidade de torná-los incluídos, partes atuantes nos discursos jurídicos. Só por meio de um processo justo, que envolva a participação com igualdade real-econômica, é que teremos a realização de uma justiça efetiva.

Também no sentido de implementar cada vez mais a participação dos cidadãos nas decisões de poder, deve ser analisada a nossa forma de Estado. O federalismo, opção brasileira desde a Constituição 1891, deve ser examinado liberto das suas condicionantes clássicas, que prejudicam uma atuação comprometida com a democracia, que hoje requer um Estado ágil,

eficiente e dinâmico sem ser, contudo, excludente.

A definição das bases que fundam o nosso pacto federativo deve ser feita levando-se em consideração o paradigma atual e, portanto, reforçando a tomada de decisão pelos núcleos menores de poder. Num país de vasta dimensão territorial e tamanha diversidade cultural como o nosso, não há como nos afastarmos de priorizar a descentralização política, administrativa e econômica se quisermos viabilizar a democracia.

Nesse sentido, a autonomia – *autos* (própria) e *nomia* (norma) – dos Estados-Membros e dos municípios ganha nova dimensão. Devemos adotar no nosso Estado os princípios do federalismo cooperativo, consensual e subsidiário. Devemos, como afirma José Luiz Quadros Magalhães,¹⁷ reestruturar nossa máquina administrativa para simplificar e acelerar os procedimentos e as decisões administrativas, valorizando mecanismos da democracia participativa.

As cidades e o campo só têm como crescer se as decisões tomadas espelharem as reais necessidades das comunidades locais e regionais. Tais decisões deverão ser sustentadas por pressupostos fáticos e tomadas com base no consenso, o que envolve uma comunidade com certo nível de educação e politização.

Desse modo, temos de mudar a forma de considerar o planejamento urbano e rural, anexando outras dimensões decisórias que tratem com seriedade e compromisso, principalmente, a questão da nossa desigualdade econômica. No que se refere ao processo de governança urbana, Edésio Fernandes¹⁸ ensina que experiências de parceria entre o setor privado e o estatal devem se dar de tal forma que os valores sociais não sejam sacrificados em favor de interesses particulares de grupos econômicos.

Pelo exposto, parece-nos necessário valorizar o poder de decisão das comunidades que estão mais próximas dos problemas vivenciados no seu cotidiano, comunidades que estariam mais abertas a um diálogo construtivo, fazendo uma ponte entre o estatal e o privado e capazes de identificar carecimentos e pleitear soluções possíveis.

Assim, falamos em novos modelos de governança que estariam se consolidando por

meio de algo além da democracia representativa. Estamos colocando em xeque a democracia partidária, que está longe de suprir as demandas protagonizadas pela sociedade complexa do século XXI.

A crise por que passam os partidos políticos na moderna sociedade reflete a desconfiança nos vínculos entre representantes e representados, gerando uma crise também a respeito da sua legitimidade. A democracia, que tem, única e exclusivamente, como seu interlocutor os representantes do povo, não está mais apta para lidar com os novos atores sociais que estão interagindo em nossas comunidades. É interessante observar que o hiato deixado pelos partidos políticos, e ainda não preenchido por atores sociais comprometidos, vem sendo ocupado pela mídia, que exerce um papel cada vez mais forte, monopolizador e avassalador. Precisamos garantir e assegurar, nesse sentido, o direito de todos os cidadãos de participarem igualmente da formação da opinião pública. Portanto, a democracia induz também à necessidade de livre acesso à informação.

Os temas abordados anteriormente – partidos políticos e formação de sistemas supranacionais – estão diretamente vinculados à crise do conceito clássico de soberania, que leva consigo, derogada abaixo, também o conceito clássico da soberania popular, e refletem a incapacidade de o Estado-Nação absorver a complexibilidade da sociedade pluralista.

Aliás, Antônio Augusto Cançado Trindade, ao discutir a proteção dos direitos básicos da pessoa humana já afastava a pretensa ‘competência nacional exclusiva’ e demonstrava a inadequação desta particularização da noção de soberania ao plano das relações internacionais, pois, como ensina, no ordenamento internacional, os Estados mais que independentes, necessitam ser juridicamente iguais.¹⁹

Assim, podemos afirmar que a crise da teoria constitucional contemporânea é reveladora da crise do ponto de vista externo e interno da noção de soberania.²⁰

No Direito brasileiro, vivenciamos, especialmente, a crise da soberania interna, com o Estado revelando-se incapaz de ser identificado como o espaço em que vigora determinada ordem jurídica. A perda dessa referência propicia

o nascimento de estruturas paralelas ao direito, retirando a legitimidade da ordem jurídica. Esse fenômeno leva à descrença no próprio ordenamento jurídico-estatal, que não consegue viabilizar a democracia concretizando os seus postulados, ou seja, não consegue operacionalizar-se, uma vez que, apesar de toda a sua estrutura jurídico-coercitiva, não reage aos fatos normativamente ou, quando reage, muitas vezes afirma processos de exclusão (por exemplo, como já afirmamos anteriormente, as partes não chegam num mesmo plano quando atuam no Poder Judiciário).

No aspecto externo, a soberania renuncia ao seu conceito clássico quando os Estados se auto-submetem às pressões do mercado globalizado, com as razões de ordem econômica ditando novas formas de organizações políticas. Numa abordagem genérica, podemos dizer que os Estados, como na nova organização da União Europeia, cedem, mediante alterações nas suas Constituições, sua soberania a uma forma supranacional de governança.

Essa questão remete-nos à discussão sobre a soberania popular e, é evidente, à teoria do Poder Constituinte e à sua consequência, que é a constatação ou não da legitimidade dos atos estatais. Nessas complexas formas supranacionais, não há como identificar a tradicional idéia de soberania popular – o poder pertence ao povo –, aliada à idéia da teoria da representatividade – que o exerce através de seus representantes. Nesse contexto, cabe a pergunta, atualíssima, formulada por Friedrich Muller: “Quem é o povo?”²¹

Não nos apoiamos mais na referência clássica do povo-soberano dos Estados nacionais. A definição de quem é o povo envolve a questão da identificação ou não do povo como suporte da legitimidade democrática. Afastar-se da tentativa de iconização do povo e aproximá-lo da noção de povo-destinatário confere maior legitimidade a um sistema que se pretende democrático, pois assegura a toda a população a plena fruição das prestações civilizatórias do Estado, corroborando, assim, para alcançarmos a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

Se devemos fortalecer nossos núcleos menores de poder para efetivamente produzir uma democracia real e efetiva, não podemos nos esquecer de que novas modalidades de

governança surgem no cenário internacional com os processos de integração, nos quais instâncias supranacionais convivem com os poderes nacionais, produzindo, mais uma vez, uma estrutura plural e complexa nesta sociedade atual não menos diversa. A questão da superposição de competências, com a qual convive a União Europeia, tem sido administrada por intermédio do princípio da subsidiariedade, que, ao definir que cada decisão deve ser tomada pela instância que está mais próxima e apta para resolver o assunto a ser decidido, também reforça a atuação de comunidades que podem, pronta e eficazmente, solucionar conflitos.

Neste novo cenário mundial dessa sociedade hipercomplexa, cabe também menção às denominadas *comunidades virtuais*. Vivemos a época que Pierre Lévy²² classifica como civilização da inteligência coletiva, e o ciberespaço, que é o local onde circula e se produz o conhecimento coletivo, abrange, cada vez mais, parcelas maiores da população, garantindo, assim, o livre acesso a informações. Este momento possibilitará a formação de grupos ou comunidades ligadas e interagindo movidas por interesses próprios. Estamos falando de comunidades criadas por atos de escolha que superam a barreira do Estado-Nação, com a possibilidade, via *Internet*, de interação com pessoas de vários locais do mundo, de credos, cor, cultura, opção sexual diferentes. Esse novo espaço que pressupõe diálogo deverá contribuir para a quebra de preconceitos.

O desenvolvimento de novas tecnologias possibilitará, na visão de Paulo Bonavides, a superação da democracia representativa que, para os juristas da escola liberal, era inevitável. Afirma o professor que o ceticismo com relação à introdução da democracia direta vai sendo aos poucos removido por intermédio da informática. Os novos processos tecnológicos criam espaços para a libertação do pensamento e dos meios de expressão, desbloqueando, dessa forma, a democracia. A utopia da democracia participativa começa a ser concretizada.²³

CONCLUSÃO

Desaguamos na nossa sociedade inclusiva. Esta sociedade que inclui, que comunga, sem absorver, sem uniformizar, é a que pretendemos construir em um Estado Democrático de Direito. A diversidade no uno,

para preservarmos valores como liberdade e igualdade, não é fácil de ser solidificada. É nesse sentido que alerta Friedrich Müller (24) quando diz que devemos evitar a sobreintegração de alguns em contradição com a subintegração de outros, revelando facetas cruéis de excessos de inclusão e exclusão que deslegitimam o Estado de Direito e sua base democrática, permitindo a criação de uma superestrutura e de um

metacódigo que se sobrepõem às estruturas da sociedade e da Constituição.

A idéia de cidadania deve ser entendida como a possibilidade de convivermos com as diferenças, de construirmos, por intermédio da nossa Constituição de 1988, um direito tanto legal quanto justo, tanto livre como igual – é o ideal a ser alcançado.

NOTAS:

1. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 3 *et seq.*
2. SILVA, José Afonso. *Acesso à Justiça e Cidadania*.
3. O requisito essencial da imparcialidade para a decisão constitucional adequada de um caso concreto no paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: Del Rey, v. 1, n. 1, p. 103 *et seq.*
4. *O Contrato Social*. Trad. Antônio de Pádua Panesi. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 24.
5. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Trad. Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Vozes, 1994.
6. *Sobre a Liberdade*. Petrópolis: Vozes, 1991, introdução. Como explica Isaiah Berlin, o sentido negativo de liberdade está vinculado à resposta dada a pergunta: “qual é a área em que o sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – deve ter ou receber para fazer o que pode fazer, ou ser o que pode ser, sem que outras pessoas interfiram?” (*Quatro ensaios sobre liberdade*. Trad. Wamberto H. Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981, p. 136).
7. *Op. cit.*, p.105.
8. Há de se observar que o sufrágio universal é proclamado como direito fundamental em quase todas as declarações setecentistas, mas somente a partir da revolução industrial e das formulações teóricas que criticam o Estado de Direito é que será efetivado; é uma conquista do final do século XIX e início do século XX.
9. Interessante verificar que a defesa das camadas mais pobres inicialmente se apresenta como barreira medieval oposta à liberdade, rivalizando-se com o nascimento do capitalismo.
10. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Trad. Cármelem C. Varriali. 5. ed., Brasília: UnB, 1993, verbete: Estado do Bem-estar, pp.418-419.
11. Como direitos de terceira geração temos o direito ao desenvolvimento, à paz internacional, ao meio ambiente equilibrado, do consumidor. São também identificados como direitos que corresponderiam ao ideal fraterno. Se tomamos como base a Declaração Francesa de 1789, estamos realizando o seu terceiro ideal entre os de liberdade, igualdade e fraternidade. É de salientar que alguns autores já apontam direitos de quarta geração, que seriam os referentes à genética e à pesquisa biológica.
12. *Teoria da Constituição*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1976, p. 216 *et seq.*
13. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 28.
14. É interessante observar com Menelick de Carvalho que nesse novo paradigma os direitos fundamentais revestem-se de uma característica eminentemente processual (1999:108).
15. Já afirmava Jorge Miranda que os direitos representam, por si sós, certos bens, são principais, declaram-se, e as garantias asseguram a fruição desses bens, são acessórias, estabelecem-se; “...direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projectam pelo nexó que possuem com os direitos...” (*Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1988, t. IV, p. 89 *et seq.*).
16. *Teoria Geral da Cidadania*. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 55 e 24. Como princípios constitucionais do processo o autor arrola: o princípio do juiz natural, as garantias da independência do juiz, o direito à defesa em juízo, o devido processo legal, o livre acesso ao processo, a motivação da sentença e o princípio da imparcialidade (p. 10).

17. *Poder Municipal*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
18. Legislação, Planejamento e Gestão Urbanístico-ambiental: A Ação dos Municípios. *Curso de Especialização Lato Sensu em Direito Público – Diretoria de Ensino a Distância da PUC Minas Virtual*, n. 1, junho de 2000, p. 28.
19. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 4.
20. Analisando intensamente o tema, ver MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, n. 2, v. 2, pp. 361-369.
21. *Quem é o Povo?* Trad. Peter Nauman. São Paulo: Max Limonad, 1998.
22. Palestra proferida na PUC. Minas Virtual, Belo Horizonte/MG, em 19/5/2000. O autor entende que a humanidade vive um processo de unificação que de forma alguma corresponde a um processo de uniformização ou de interdependência. Compreendemos que a formação das comunidades virtuais pode contribuir para a superação de preconceitos, mas também, não nos passa despercebida, a possibilidade da formação de guetos, que poderiam, mais ainda, fomentar estigmas. Nesse sentido, a criação de uma forma de controle é inevitável.
23. A democracia participativa e os bloqueios da classe dominante. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Fortaleza: Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, Ano 2, v. 2, n.2, p. 117 *et seq.* Também compartilhamos com o autor a idéia de que a democracia tem, com as tecnologias da era da informação, novas oportunidades de se operacionalizar. Apenas ponderamos que o impacto das novas tecnologias na formação da opinião pública e, conseqüentemente, na base das decisões políticas, dependerá mais uma vez do uso que se fará desse processo. As novas tecnologias devem estar acessíveis a toda população. E não podemos nos esquecer de que estamos falando, ainda, de uma população que vive em um Estado sem distribuição de renda, com altos graus de miséria e com índices mínimos de instrução. O uso das novas tecnologias não pode se transformar em mais uma técnica de bloqueio da democracia.
24. *Op. cit.*, p. 95 *et seq.*

ANEXOS

CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS

PRESENTACIÓN DEL PRESIDENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, JUEZ ANTÓNIO A. CANÇADO TRINDADE, ANTE LA COMISIÓN DE ASUNTOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS DEL CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, EN EL MARCO DEL DIÁLOGO SOBRE EL FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS:

“HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA INTERNACIONAL DE LOS PETICIONARIOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS”

(Sesión de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, celebrada en la sede de la OEA en Washington D.C., 19 de abril de 2002)

Señor Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA, Embajador Valter Pecly Moreira

Señoras y Señores Embajadores y Representantes de los Estados Miembros de la OEA

Señoras y Señores

Tengo el honor de volver a comparecer hoy, 19 de abril de 2002, ante esta Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos (OEA), para participar una vez más, al igual que el año pasado, del diálogo sobre el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, al cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos atribuye la mayor importancia. Por primera vez la CAJP invita conjuntamente los dos órganos de supervisión de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Corte y la Comisión Interamericanas. Es para mí motivo de satisfacción estar aquí acompañado, además del Vicepresidente de la Corte, Juez Alirio Abreu Burelli, y del Secretario de la misma, Dr. Manuel Ventura Robles, de la delegación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, encabezada por su Presidente, Dr. Juan E. Méndez, y su primera Vicepresidenta, Dra. Marta Altolaquirre.

Creo que las iniciativas en pro del fortalecimiento del sistema interamericano de protección deben ser fruto de consenso entre todos los actores del sistema, por cuanto se trata de un deber compartido de todos el velar por que el mecanismo de protección de la Convención Americana sea cada vez más eficaz, mediante los efectos propios en el derecho interno de los Estados Partes. Pero los Estados Partes en la Convención tienen la responsabilidad primordial ineludible de asegurar la plena vigencia de los derechos humanos en relación con todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones, y fungir colectivamente como *garantes* de la aplicación debida de la Convención.

El presente diálogo sobre el fortalecimiento y perfeccionamiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos tiene ya una larga historia, que ha dado sus frutos y ha abierto las esperanzas de millones de habitantes del hemisferio, – esperanzas estas reforzadas por los recientes cambios de sus Reglamentos que efectuaron recientemente la Corte y la Comisión Interamericanas. Como me permití señalar en mi presentación antier, 17 de abril de 2002, ante el Consejo Permanente de la OEA, el otorgamiento, por el nuevo Reglamento de la Corte (del 24.11.2000, en vigor desde 01.06.2001), del *locus standi in judicio* a los peticionarios, en todas las etapas del procedimiento ante la Corte, constituye quizás el

avance jurídico-procesal más importante en pro del perfeccionamiento del mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desde que ésta entró en vigor hace casi 25 años.

Este cambio representa la consecuencia lógica de la concepción y formulación de derechos a ser protegidos bajo la Convención Americana en el plano internacional, a las cuales debe necesariamente corresponder la capacidad jurídica plena de los individuos peticionarios de vindicarlos. Mediante esta histórica iniciativa de la Corte, los individuos han logrado el reconocimiento de su condición de verdaderos sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotados de capacidad jurídico-procesal internacional. Es por esto que, dada su trascendental importancia, ese notable avance procesal amerita, a mi juicio, más que una base reglamentaria, una base *convencional*, a ser debidamente consensuada por todos los actores del sistema interamericano de protección, de modo a asegurar el real compromiso de todos los Estados al respecto.

Con ese propósito, me permití presentar el año pasado, como contribución de la Corte, ante los órganos competentes de la OEA, el *Informe* conteniendo las *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección*, del cual tuve el honor de ser el relator, por designación de mis colegas los Jueces de la Corte, y el cual está siendo circulado una vez más a todas las Delegaciones presentes a esta sesión de labores de la CAJP.

El otorgamiento del *locus standi in iudicio* de los peticionarios en todas las etapas del procedimiento ante la Corte representa una etapa más y de las más importantes – de la evolución experimentada por el sistema interamericano de protección de derechos humanos, a lo largo de los años, de la cual hemos sido testigos y actores. Tengo la convicción de que el reconocimiento de la *legitimitatio ad causam* de los individuos ante las instancias internacionales atiende a una *necesidad* del propio ordenamiento jurídico internacional, no sólo en nuestro sistema regional de protección, sino también en el plano universal¹. Asistimos, en este inicio del siglo XXI, a un proceso histórico de *humanización* del propio Derecho Internacional contemporáneo.

La dura realidad de los hechos, y las necesidades de protección de los beneficiarios de nuestro sistema de derechos humanos, han demandado que este último se ajuste a los nuevos tiempos, y la evolución de la conciencia humana ha debidamente reaccionado con este propósito. Para mejor apreciar los desarrollos recientes del sistema interamericano de protección de derechos humanos, cabe contextualizarlos, y recordar las iniciativas recientes en cuanto al fortalecimiento del sistema interamericano de protección.

I. Breve Recapitulación de las Iniciativas de Fortalecimiento Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

Ya en 1996, la Asamblea General de la OEA, mediante su Resolución 1404, encomendó al Consejo Permanente de la OEA la evaluación del referido sistema de protección, para iniciar un proceso que permitiera su perfeccionamiento, incluida la posibilidad de reformar los instrumentos jurídicos correspondientes y los métodos y procedimientos de trabajo de los dos órganos de supervisión de la Convención Americana, para lo cual solicitaría la colaboración de ambos, en el marco de un diálogo y proceso de reflexión sobre el perfeccionamiento del sistema interamericano de derechos humanos. En noviembre del mismo año, la Secretaría General de la OEA presentó al Consejo Permanente un *Informe* titulado *Hacia una Nueva Visión del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*,² como su aporte para discusiones futuras sobre la materia.

La cuestión permaneció en la agenda de la Asamblea General, y se tornó objeto de nuevas Resoluciones de la misma.³ Mediante su Resolución 1633 (1999), la Asamblea General encomendó al Consejo Permanente de la OEA la promoción de un *Diálogo* institucionalizado; con base en este mandato, la CAJP, comisionada al efecto por el Consejo Permanente de la OEA (sesión del 13.09.1999), preparó una *Agenda Anotada del Diálogo* sobre el sistema interamericano de protección de derechos humanos, el que pasó a desarrollarse formalmente en sucesivas sesiones de la CAJP (entre el 22.09.1999 y 16.03.2000). He tenido la

ocasión de participar, en representación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en todas las etapas de ese Diálogo, desde su inicio hasta la fecha; a dicho Diálogo he presentado sustanciales *Informes*, como aportes de nuestro Tribunal al mismo.⁴

Otra iniciativa fue tomada por la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados Miembros de la OEA, realizada en San José de Costa Rica (22.11.1999), la cual acordó la creación del Grupo de Trabajo *Ad Hoc* sobre los Derechos Humanos de los Representantes de los Cancilleres. Este Grupo de Trabajo *Ad Hoc* se reunió en la misma ciudad de San José (10-11.02.2000), en la sede del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica; en dicha Reunión, hice una presentación de las propuestas de la Corte Interamericana sobre el desarrollo institucional del sistema de protección en general, y del mecanismo de protección de la Convención Americana en particular. Al final de los debates, la Reunión del Grupo de Trabajo *Ad Hoc* adoptó recomendaciones sobre seis temas, a saber: financiamiento del sistema interamericano de protección, universalidad de composición del mismo, promoción de los derechos humanos y medidas nacionales de implementación, cumplimiento de decisiones de los órganos del sistema interamericano de protección, aspectos procesales en las actividades de tales órganos, y continuidad y seguimiento de los trabajos.

En los meses siguientes, la Corte Interamericana realizó consultas informales con la Comisión Interamericana y, en lo concerniente a la labor de promoción internacional de los derechos humanos, con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos; tuve la ocasión de intervenir, en nombre de la Corte, en un Seminario organizado por el Instituto (en septiembre de 2000, en San José de Costa Rica) para las ONGs de todo el continente americano. La Corte, a fin de avanzar en el Diálogo sobre el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, deliberó, en su XLIII Período Ordinario de Sesiones, realizado en su sede en San José de Costa Rica, del 18 al 29 de enero de 1999, estudiar los posibles medios para fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos; para este fin, designó como su relator al Juez Antônio A. Cançado Trindade, y creó una Comisión de Seguimiento de las consultas que empezaría a realizar al respecto.

Asimismo, la Corte acordó realizar un gran Seminario titulado *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, que tuvo lugar en San José de Costa Rica, los días 23 y 24 de noviembre de 1999. Durante la realización del referido Seminario se discutieron, entre otros, temas relativos a las funciones contenciosa y consultiva de la Corte; las funciones de la Comisión; el compromiso de la comunidad internacional con la protección internacional efectiva de los derechos humanos y las implicaciones financieras del fortalecimiento del sistema interamericano; el acceso de los individuos a la justicia en el plano internacional y el fortalecimiento del papel de las ONGs en el sistema interamericano y se llegó a diversas conclusiones.

Entre tales conclusiones, se pueden señalar las siguientes: a) la necesidad de optimizar los recursos económicos y de contar con recursos adicionales; b) la agilización de los procedimientos sin perjuicio de la seguridad jurídica, evitando los retardos y duplicaciones en el actual mecanismo de protección de nuestro sistema; c) la aplicabilidad directa de las normas de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes, así como la adopción de medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención, de modo de asegurar dicha aplicabilidad directa de sus normas en el derecho interno de los Estados Partes; d) la participación directa de los individuos en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como parte del acceso a la justicia a nivel internacional y su complementariedad con el acceso a la justicia a nivel nacional; y e) la necesidad de lograr la universalidad del sistema, es decir, la ratificación de la Convención o adhesión a la misma por todos los Estados de la región, así como la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte por todos los Estados Parte de la Convención, acompañada de la previsión del automatismo de la jurisdicción obligatoria de la Corte por todos los Estados Partes sin restricciones.

Paralelamente a la realización del referido Seminario, la Corte Interamericana convocó a reconocidos expertos en derechos humanos y Derecho Internacional, así como, en general, a actores del sistema interamericano de protección, para debatir puntos centrales del mismo. Se

realizaron cuatro Reuniones de Expertos, presididas por el Juez Relator, en la sede de la Corte en San José de Costa Rica, los días 20 de septiembre de 1999; 24 de noviembre de 1999; 05-06 de febrero, y 08-09 de febrero de 2000. Durante estas Reuniones de Expertos se profundizaron temas como: a) la participación de los individuos en el procedimiento ante la Corte; b) la especificidad del rol de la Comisión Interamericana; c) la valoración de la prueba; d) el procedimiento en la fase de excepciones preliminares; e) el cumplimiento y supervisión de las sentencias de la Corte y de las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión; y f) los recursos económicos adicionales para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Un hito significativo en el curso del Diálogo sobre el fortalecimiento del sistema regional de protección se dio en la Asamblea General celebrada en Windsor, Canada, en junio de 2000. Su Resolución 1701, sobre Evaluación del Funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de Derechos Humanos para su Perfeccionamiento y Fortalecimiento, haciendo eco de los más de cuatro años de diálogo que se llevaba sobre la materia en ese entonces, y recogiendo los puntos más consensuados sobre el particular, vino a marcar la senda hacia donde debía dirigirse y concentrarse el futuro diálogo sobre el fortalecimiento: encomendó a los Estados miembros acciones concretas en aras del aumento sustancial de los recursos asignados a la Corte y Comisión, y, de manera específica, recomendó a la Corte y a la Comisión que tomaran medidas concretas para reformar sus respectivos Reglamentos, a fin de tornar los procedimientos más expeditos, y de permitir la participación de las presuntas víctimas en todas las etapas del procedimiento ante la Corte, – punto éste que sostuve en todas las reuniones de que participé, e inclusive en todas las reuniones conjuntas entre la Corte y la Comisión desde 1995 hasta la fecha.

Otro hito en este Diálogo lo marcó el claro apoyo que le dieron al mismo los Jefes de Estado y Gobierno durante la III Cumbre de las Américas, celebrada en Québec, Canadá, en abril de 2001. Éstos, de modo preciso, encomendaron a la XXXI Asamblea General de la OEA que considerara un adecuado incremento de los

recursos para las actividades de la Comisión y de la Corte, para perfeccionar los mecanismos de derechos humanos, y para promover la observancia de las recomendaciones de la Comisión y el cumplimiento de las sentencias de la Corte.

Posteriormente, en la Asamblea General de la OEA, celebrada en San José de Costa Rica, en junio de 2001, se adoptó la Resolución 1828 sobre la Evaluación del Funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos para su Perfeccionamiento y Fortalecimiento, la cual efectivamente señaló *inter alia* que las acciones concretas en este propósito debían concentrarse en: a) la universalización de composición del sistema interamericano de derechos humanos; b) el cumplimiento de las decisiones de la Corte y el seguimiento de las recomendaciones de la Comisión; c) la facilitación del acceso de los individuos a los mecanismos de protección del sistema interamericano de derechos humanos; y d) el incremento sustancial al presupuesto de la Corte y de la Comisión, de modo a que estas puedan gradualmente venir a funcionar de manera permanente. Asimismo, instó a los Estados Partes a que adoptaran las medidas necesarias para cumplir con las sentencias o decisiones de la Corte Interamericana y realicen sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana; y a que hagan efectivo el deber que les incumbe de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones convencionales. Además, la Resolución 1833 de la misma Asamblea General dispuso acerca del Estudio sobre el Acceso de las Personas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, acogiendo una tesis que vengo sosteniendo hace mucho.

Después de seis años de constructivo e intenso diálogo entre los diversos actores del sistema interamericano de derechos humanos, hemos podido constatar que éste ya ha identificado sus prioridades y la dirección hacia donde deben dirigirse los futuros esfuerzos, los cuales deben seguir siendo fruto de consensos entre todos los actores del sistema general de protección, con atención especial a las necesidades de protección de los seres humanos en el ámbito de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus dos Protocolos, y las Convenciones interamericanas sectoriales de protección.⁵ A lo largo de los

últimos años, el Reglamento de la Corte, en respuesta a las necesidades y los imperativos de protección, ha pasado por una significativa evolución, que amerita igualmente ser aquí recapitulada.

II. Evolución del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Tal como observé en dos de mis anteriores *Informes* a esta CAJP del Consejo Permanente de la OEA⁶ (cf. *supra*), cabe recapitular la evolución, a lo largo de los 22 años de existencia de la Corte Interamericana, de su Reglamento. Y para mejor apreciar esta evolución, hay que singularizar, aunque resumidamente, los trazos básicos de los cuatro Reglamentos que la tenida la Corte, desde su establecimiento hasta la fecha. De ese modo, estaremos en condiciones para mejor apreciar los cambios recientemente introducidos en el Reglamento por la Corte con su actual composición.

1. Los dos Primeros Reglamentos de la Corte (1980 y 1991)

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)⁷. En cuanto a la Corte Interamericana, Este primer *interna corporis* de la Corte Interamericana 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. Una vez presentado el caso ante la Corte Interamericana, el Presidente citaba a una reunión a los representantes de la Comisión (CIDH) y del Estado demandado, para recabar sus respectivas opiniones sobre el orden y los plazos para la presentación de la memoria, contra memoria, 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 contra memoria. 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.

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 propio 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. Dada la carencia de recursos humanos y materiales, y el carácter no-permanente (hasta la fecha) de la Corte, ésta se vio 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 periodo 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 supervenientes.

Por otro lado, este Reglamento amplió la facultad del Tribunal para solicitar a las partes, o procurar *motu proprio*, 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 CIDH 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 art. 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.⁸

En lugar de resolver el problema, esta *praxis* creó, sin embargo, ambigüedades que han persistido hasta recientemente. Al discutir el proyecto del 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 peticionarios (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.⁹ 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.¹⁰ 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.¹¹

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.¹²

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, fue dado en el nuevo Reglamento de la Corte, adoptado el 16.09.1996 y vigente a partir del 01.01.1997, cuyo art. 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 arts. 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 denunciante original y a la [presunta] víctima o sus familiares.

Quedó evidente que ya no había cómo pretender ignorar o menospreciar la posición de verdadera parte demandante de los individuos peticionarios. Pero fue la adopción sobre todo del art. 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 ella 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*).¹³ Consultados los demás magistrados, la 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). Esto, 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,¹⁴ quienes anteriormente presentaban sus alegaciones a través de la CIDH, la cual las hacía suyas. Siguiendo lo dispuesto en los arts. 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 éste 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 periodos 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.

3. El Amplio Alcance de los Cambios Introducidos por el Cuarto y Nuevo Reglamento de la Corte (de 2000)

En fin, la significación de los cambios introducidos por el nuevo Reglamento (de 2000) de la Corte para la operación del mecanismo de protección de la Convención Americana es considerable, – como lo señalé en mi *Informe* a la CAJP de la OEA del 09 de marzo de 2001.¹⁵ En efecto, 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 referido mecanismo de protección de la Convención Americana: la adopción del cuarto y nuevo Reglamento de la Corte Interamericana, el 24 de noviembre de 2000, el cual entró en vigor el 01 de junio de 2001.¹⁶ Para contextualizar los relevantes cambios introducidos en este nuevo Reglamento, cabe recordar que la Asamblea General de la OEA del año 2000 (realizada en Windsor, Canadá) adoptó una resolución¹⁷ acogiendo las recomendaciones del ya mencionado 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).¹⁸

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 2000¹⁹ (cf. *supra*), a que considerara la 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.²⁰

La adopción, por la Corte, de su *cuarto Reglamento*, el del año 2000, se hizo acompañar de 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 trascendencia consistió en el otorgamiento de participación directa de las presuntas víctimas, sus familiares, o sus representantes, en *todas* las etapas del procedimiento 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 (art. 36). Además, a pesar de que en la etapa de excepciones preliminares se aplica 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 art. 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 (art. 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 (art.

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 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 (art. 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 repetir las. 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 o sus familiares, o sus representantes legales, están en capacidad de aportar, durante todo el proceso, sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma (art. 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 (art. 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 consultivas, deberán ser transmitidas, además de al Presidente y a 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 (arts. 35(2) y 62(1)).

En cuanto a las medidas provisionales de protección, si bien la práctica de la Corte había sido, hasta entonces, la de celebrar – cuando estimara 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 (art. 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 (art. 33(1)). A su vez, las sentencias emitidas por la Corte deben contener, *inter alia*, el pronunciamiento sobre reparaciones y costas (art. 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 como fue 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 art. 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 intermediario común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas.
3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente.

Como ya señalado, 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. Sin embargo, 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 qué 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 (art. 23). 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 (art. 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 (art. 40(2)).²¹ 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 (art. 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,²² podrán coexistir, y manifestarse, tres posturas distintas: la de la presunta víctima (o sus familiares o representantes legales),²³ 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 el predominio de la justicia bajo la Convención Americana; reconoce ser de la esencia del contencioso internacional de los derechos humanos la 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.²⁴

En efecto, el fortalecimiento de la capacidad procesal de los individuos en los procedimientos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos se está logrando gradualmente, además de la evolución gradual del propio *Reglamento* de la Corte Interamericana (cf. *supra*), también mediante la *interpretación* de determinadas disposiciones de la Convención Americana, a la luz de su objeto y fin, así como del Estatuto de la Corte. En lo que concierne a las disposiciones convencionales relevantes, podría destacar las siguientes: a) los arts. 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 art. 63(1) de la Convención se refiere a parte lesionada, la cual sólo puede significar los individuos (y jamás la CIDH); c) el art. 57 de la Convención señala que la CIDH comparecerá en todos los casos ante la Corte, pero no especifica en qué condición, y no dice que la CIDH es parte; d) el propio art. 61 de la Convención, al determinar que sólo los Estados Partes y la CIDH pueden someter un caso a la decisión de la Corte, no habla de partes,²⁵ e) el art. 28 del Estatuto de la Corte señala que la CIDH será tenida como parte ante la Corte (o sea, parte en un sentido puramente procesal), pero no determina que efectivamente es parte.

También en relación con el procedimiento consultivo, no hay que pasar desapercibido que la histórica Opinión Consultiva n. 16 de la Corte Interamericana, del 01 de octubre de 1999, contó

con un procedimiento consultivo extraordinariamente rico, en el cual, a la par de los ocho Estados que intervinieron, 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 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.

La Corte Interamericana, en este inicio del siglo XXI, ha en definitiva alcanzado su madurez institucional. Nunca una generación de Jueces ha sido tan exigida como la actual,²⁶ como lo demuestran cabalmente los *Informes Anuales* de la Corte en los últimos años.²⁷ Sin embargo, para atender a las crecientes necesidades de protección, la Corte necesita considerables recursos adicionales, – humanos y materiales.²⁸ Con la entrada en vigor, el día 01 de junio de 2001, de su nuevo Reglamento (de 2000), dichos recursos serán imprescindibles para el propio funcionamiento o *mise-en-oeuvre* del mecanismo de protección de la Convención Americana, precisamente por haber otorgado a las presuntas víctimas o sus familiares, y a sus representantes legales, el *locus standi in iudicio*, como verdadera parte demandante, a la par de la participación de la CIDH y del Estado demandado. La Corte deberá, de ese modo, escuchar y tramitar los alegatos de los tres (peticionarios, CIDH y Estado), lo que implicará mayores costos.²⁹

Oportunamente habría que considerar aspectos específicos de la futura asignación de recursos materiales, a ejemplo de un mecanismo de asistencia judicial gratuita (*free legal aid*) para peticionarios carentes de recursos materiales (un punto directamente ligado al tema central del propio acceso a la justicia a nivel internacional), – tal como se hizo hace algunos años en el ámbito del sistema europeo de protección.³⁰ A los aspectos presupuestarios, para la gradual transformación del régimen de trabajo de la

Corte en un Tribunal permanente, ya me referí detalladamente en el *Informe* que presenté el martes pasado, día 16 de abril de 2002, a la reunión conjunta de esta CAJP y de la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios (CAAP) del Consejo Permanente de la OEA. Dicho *Informe*, titulado *El Financiamiento del Sistema Interamericano de Protección*, ha sido circulado a las Delegaciones presentes.

III. Informes Anteriores del Presidente y Relator de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la CAJP del Consejo Permanente, y a la Asamblea General, de la OEA (2000 y 2001)

Antes de referirme a los desafíos presentes y futuros del sistema interamericano de protección, permítome recapitular brevemente los puntos centrales que tuve ocasión de desarrollar en los anteriores *Informes* que presenté a esta CAJP así como a la Asamblea General de la OEA, en el bienio 2000-2001. En el primer *Informe* que presenté a esta CAJP, en el marco del Diálogo sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el 16 de marzo de 2000, evalué los resultados del Seminario de noviembre de 1999 en cuanto a los distintos temas en él tratados, así como de las cuatro Reuniones de Expertos realizadas en la sede de la Corte entre septiembre de 1999 y febrero de 2000.³¹ (*supra*). En seguida, el 13 de abril de 2000 volví a comparecer ante la misma CAJP para presentar las labores de la Corte durante el año 1999, inclusive sobre el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.³² El día 06 de junio de 2000, en mi presentación del referido *Informe Anual* de la Corte a la Asamblea General de la OEA, realizada en Windsor, Canadá,³³ me permití formular, *inter alia*, las siguientes ponderaciones:

– La Corte está conciente de los retos actuales y futuros que hay que enfrentar. Veo con mucha claridad las providencias que deben ser tomadas para el fortalecimiento de nuestro

sistema regional de protección, a operar en el ámbito de la universalidad e indivisibilidad de todos los derechos humanos. En primer lugar, se impone, como ya señalé, la ratificación de la Convención Americana y de sus dos Protocolos en vigor, o la adhesión a los mismos, por todos los Estados de la región. La segunda providencia reside en la adopción de las medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención Americana, de modo a asegurar la aplicabilidad directa de las normas de la Convención en el derecho interno de los Estados Partes y el fiel cumplimiento de las decisiones de la Corte.

El tercer punto consiste en la aceptación integral de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por todos los Estados Partes en la Convención, acompañada de la previsión del *automatismo* de la jurisdicción obligatoria de la Corte para todos los Estados Partes, sin restricciones.

Las cláusulas relativas a la jurisdicción obligatoria de la Corte y al derecho de petición individual, necesariamente conjugadas, constituyen verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos humanos: son ellas las que hacen viable el acceso de los individuos a la justicia en el plano internacional, lo que representa una verdadera revolución jurídica, tal vez el más importante legado que estamos llevando al siglo XXI.

Esto me conduce al cuarto punto, que es el imperativo del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana, el cual requiere, en un primer momento, que se asegure la más amplia participación de los individuos (*locus standi*) en todas las etapas del procedimiento ante la Corte, con la preservación de las funciones no contenciosas de la Comisión Interamericana. Tal participación puede ser asegurada mediante modificaciones que comenzamos a introducir en septiembre de 1996 en el Reglamento de la Corte, seguidas de la cristalización del derecho de acceso directo (*jus standi*) de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana (o sea, a la justicia en el plano internacional) mediante la adopción de un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos con este propósito. Los necesarios avances en este sentido, acompañados por los recursos humanos y materiales indispensables y adecuados, convienen a todos, puesto que la vía jurisdiccional representa la

forma más evolucionada y perfeccionada de la protección de los derechos humanos.

Por último, me parece necesario tener siempre presente el amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección bajo los tratados de derechos humanos, las cuales vinculan a todos los Poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) del Estado. Al crear obligaciones para los Estados Partes *vis-à-vis* todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, dichos tratados requieren el ejercicio de la *garantía colectiva* para la plena realización de su objeto y fin. La Corte Interamericana de Derechos Humanos confía en que, mediante el ejercicio permanente de dicha garantía colectiva, se contribuirá al fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en este umbral del nuevo siglo.

Dicho fortalecimiento habrá que erigirse, en resumen, en cuatro pilares básicos: la garantía del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la intangibilidad de tal jurisdicción (*cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos humanos), sumadas al fiel cumplimiento por los Estados de todas las decisiones de la Corte y el ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes de las obligaciones consagradas en la Convención Americana. Ésta es una tarea de todos, de los órganos convencionales de supervisión de la Convención así como de los Estados Partes, para que logremos contribuir a la construcción de un mundo mejor para nuestros descendientes; las generaciones futuras nos darán su juicio sobre nuestra labor de protección.³⁴

El día 09 de marzo de 2001, regresé a la CAJP del Consejo Permanente de la OEA, para presentar el *Informe* de labores de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, relativo al año de 2000, en mi condición de Presidente del Tribunal;³⁵ al final de mi presentación, tuve la ocasión de mantener un fructífero diálogo con las 12 Delegaciones que intervienen. El día 05 de abril de 2001, regresé a la CAJP para participar en el Diálogo – iniciado el año anterior en el mismo órgano – sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En esta ocasión presenté mi nuevo *Informe*, conteniendo lo que denominé las *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su*

Mecanismo de Protección. En dicho *Informe*, me permití avanzar una serie de propuestas (como, v.g., las de enmiendas a los arts. s 50(2), 51(1), 59, 62, 65, 75, y 77 de la Convención Americana), fruto de una intensa y prolongada reflexión personal sobre los medios de fortalecer el mecanismo de protección de la Convención Americana.³⁶

Formulé tales propuestas (cf. *infra*) en el entendimiento de que deben formar parte de un *proceso* de reflexión colectiva, a ser conducido en base permanente, con la participación de todos los actores del sistema interamericano de protección: Estados, órganos convencionales de supervisión internacional (Corte y Comisión Interamericanas de Derechos Humanos), el IIDH, las ONGs, y los beneficiarios del sistema en general. La realización de las más *amplias consultas* a todos estos actores (inclusive mediante la circulación de cuestionarios) es de la mayor importancia, para lograr consensos mediante un diálogo constructivo en los próximos años, imprescindibles para el éxito de la presentación futura, en el momento considerado oportuno, del referido Proyecto de Protocolo de amplias reformas a la Convención Americana, con miras, concretamente, a fortalecer su mecanismo de protección.

Dichas consultas requerirán tiempo, para la formación de los necesarios consensos, y sobretodo para la *formación de una conciencia*, entre todos los actores del sistema interamericano de protección, en cuanto a la necesidad de cambios, sin ideas preconcebidas. Tal como lo señalé en el mencionado intercambio de ideas en la CAJP, el 09 de marzo de 2001, estoy firmemente convencido de que la *conciencia* es la fuente material de todo el Derecho, responsable por sus avances y su evolución, a la par de sus fuentes formales. Sin esta *formación de una conciencia* poco lograremos avanzar en el perfeccionamiento de nuestro sistema de protección. Otros prerequisites para la consolidación de nuestro sistema regional de protección son, como vengo insistiendo hace mucho, la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos – o adhesión a la misma – por parte de todos los Estados miembros de la OEA, la aceptación integral de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana por todos los Estados Partes en la Convención, y la incorporación de

las normas sustantivas de esta última en el derecho interno de los Estados Partes.

Todas las propuestas que presenté tienen por objetivo perfeccionar y fortalecer el mecanismo de salvaguardia de los derechos humanos, teniendo presentes las crecientes demandas y necesidades de protección de la persona humana en nuestra parte del mundo,³⁷ y en particular los siguientes puntos: a) la evolución del Reglamento de la Corte en perspectiva histórica, y, en particular, la significación de los cambios introducidos por el nuevo Reglamento (de 2000) de la Corte para la operación del mecanismo de protección de la Convención Americana (cf. *supra*); b) el necesario fortalecimiento de la capacidad procesal internacional de los individuos bajo la Convención Americana; y c) la evolución del *locus standi* al *jus standi* de los individuos demandantes ante la Corte Interamericana. Con todo esto en mente, paso al último punto del presente *Informe* a la CAJP, a saber, los desafíos presentes y futuros del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

IV. Los Actuales Desafíos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

En mi presentación de 05 de abril de 2001 ante esta misma CAJP expuse detalladamente cuales consideraba ser los pasos y reformas que debían tomarse a fin de fortalecer y perfeccionar el sistema interamericano de derechos humanos. El día de hoy, 19 de abril de 2002, permítome retomar la consideración del tema, identificando los actuales desafíos del referido sistema, y los pasos que, a mi juicio, deben darse de manera urgente a fin de evitar una parálisis del mismo: Me refiero al incremento de los recursos humanos y financieros de la Corte y Comisión, y al establecimiento de un mecanismo internacional de monitoreo del cumplimiento de las decisiones de los dos órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Considero estos dos pasos un complemento esencial para asegurar una plena efectividad a las recientes reformas reglamentarias efectuadas por los dos órganos de supervisión de la Convención Americana.

1. Asignación de Recursos Humanos y Materiales Adecuados a la Corte Interamericana

En cuanto al primer paso, estamos todos conscientes de que, a pesar de los innegables avances y de la presencia hemisférica que ha logrado el sistema interamericano de derechos humanos, se trata de un sistema de protección hasta cierto punto entrabado dentro de un esquema de financiamiento sin el dinamismo necesario para atender las exigencias de una justicia pronta y cumplida, la cual la propia Convención Americana requiere. Es ésta una realidad que se torna más preocupante y alarmante ante las recientes reformas reglamentarias efectuadas por la Corte y la Comisión. Como me permití advertir en mi intervención ante la Asamblea General de la OEA el año pasado, en San José de Costa Rica, dichas reformas reglamentarias fueron efectuadas en el entendimiento de que se harían acompañar de los recursos presupuestarios adicionales que requerían, pero como la proyectada Asamblea General extraordinaria para los asuntos presupuestarios no se realizó en 2001, como originalmente programado, tales recursos nunca vinieron, amenazando así una parálisis del sistema.

En lo que a la Corte Interamericana se refiere, al no ser ésta actualmente un órgano judicial permanente, ha desarrollado su trabajo hasta la fecha en sesiones ordinarias y extraordinarias, que se celebran en su sede en San José de Costa Rica, para lo cual los Jueces deben viajar desde sus respectivos países en esas fechas. Es pertinente anotar que en un esfuerzo por dar un máximo nivel de rendimiento a los recursos materiales que le brinda la OEA, durante sus sesiones la Corte sesiona tanto en días hábiles como inhábiles y lo hace también en fines de semana.

La Corte es asistida por una Secretaría la cual cumple un rol esencial en el trabajo cotidiano del Tribunal, sobre todo en el trámite y las actuaciones procesales de los casos sometidos a la Corte, para que se resuelvan éstos durante sus breves periodos de sesiones.³⁸ Desde que se inició el diálogo sobre el fortalecimiento y perfeccionamiento del sistema interamericano de protección de derechos humanos en 1996 (cf.

supra), ha habido un consenso entre los participantes en el mismo sobre la necesidad imperiosa de aumentar los recursos humanos y materiales del sistema interamericano de protección a fin de que éste pueda cumplir a plenitud con sus funciones, pero dichos recursos todavía no han sido otorgados.

Los Jefes de Estado y Gobierno del hemisferio, reunidos en la III Cumbre de las Américas (Quebec, Canadá, abril de 2001) fueron claros, categóricos y explícitos al respecto, al encomendar a la OEA la adopción de las medidas necesarias para el *incremento sustancial de los fondos asignados a la Corte y Comisión para mantener sus operaciones en curso*, pero, sin embargo, a pesar de esa instrucción, el presupuesto anual de la Corte desde 1997³⁹ prácticamente no ha experimentado ningún incremento en términos reales. El actual presupuesto de la Corte le permite funcionar solamente con el mínimo de los recursos, con el consecuente deterioro de los servicios que se deben prestar para el adecuado trabajo de ésta. De igual manera, el presupuesto asignado a la Corte no le ha permitido cubrir adecuadamente año a año el constante incremento de los costos de operación por el volumen de casos que maneja y normalmente se hacen recortes o eliminan actividades importantes para no cerrar o terminar el año fiscal con déficit presupuestario.

Tal como lo señalé en la reciente reunión conjunta de esta CAJP y de la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios (CAAP) de la OEA, en mi Informe presentado el martes pasado, día 16 de abril de 2002, titulado *El Financiamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (pp. 1-23), circulado a las Delegaciones presentes, – las recientes reformas reglamentarias de la Corte y la Comisión necesariamente conllevan un aumento considerable en el trabajo de la Corte y de sus costos de operación.⁴⁰ En los debates que se siguieron a mi presentación en la mencionada reunión conjunta de la CAJP y la CAAP de la OEA, expresé mi entendimiento en el sentido de que ningún dominio de actuación legítima más la propia OEA hoy día que su labor en el dominio de la promoción y protección de los derechos humanos. Sin los derechos humanos no hay democracia ni Estado de Derecho.

La OEA y el Consejo de Europa tienen la buena fortuna de contar en nuestros días con los dos únicos tribunales internacionales – las Cortes

Interamericana y Europea – de derechos humanos, dotados de base convencional, existentes y en operación en la actualidad, y que en gran parte justifican la propia existencia de aquellos organismos internacionales. La Corte Interamericana no es un órgano como cualquier otro de la OEA; tiene jerarquía superior, es el órgano judicial máximo de la Convención Americana, que debe ser motivo de orgullo para la OEA como uno de los dos tribunales internacionales de derechos humanos hoy día existentes en el mundo, y debe ser tratado como tal.

En efecto, el nuevo Reglamento de la Corte anuncia un fuerte incremento en los costos del trámite de los casos, al haber otorgado a las presuntas víctimas (o sus familiares, y a sus representantes legales) el necesario *locus standi in iudicio*, como verdadera parte demandante, a la par de la participación de la Comisión y del Estado demandado. La Corte deberá, de ese modo, escuchar y tramitar los alegatos de los tres (los peticionarios como parte demandante, la Comisión, y el Estado demandado), lo que implicará mayores costos.

Además, con el inevitable aumento de casos sometidos a la Corte bajo el nuevo Reglamento, el actual sistema de 4 periodos ordinarios de sesiones por año se vuelve manifiestamente insuficiente e inadecuado para el fiel desempeño de las funciones otorgadas a la Corte por la Convención. De no tomarse medidas al respecto, se formará una lista de espera interminable de casos que esperarán su turno para llegar a etapa de sentencia. Para evitar esta virtual parálisis, y para atender en forma diligente la tramitación del volumen creciente de asuntos que estén en conocimiento de la Corte (mientras no sea ésta permanente), se requiere aumentar de manera urgente el número de semanas de las sesiones de la Corte al año.

En este sentido, en mi supracitado *Informe* a la CAJP y a la CAAP de la OEA, he identificado metas presupuestarias a corto, mediano y largo plazos, y he propuesto a la CAAP del Consejo Permanente de la OEA, *inter alia*, que se nos incremente el presupuesto para ampliar nuestro número de sesiones anuales de 08 para 12 semanas (como mínimo en el corto plazo), de 12 para 24 semanas (en el mediano plazo, con creciente permanencia en la sede de la Corte del Presidente y Vicepresidente) y que posteriormente se contemple el presupuesto necesario para contar con una Corte permanente

(en el largo plazo). Hacer posible el aumento de sesiones de la Corte en la manera que lo he propuesto es una medida concreta para fortalecer efectivamente el mecanismo de protección de la Convención Americana.⁴¹

2. Mecanismo de Monitoreo Internacional Permanente del Cumplimiento de Sentencias y Decisiones de la Corte Interamericana

Como ya me permití señalar, el complemento ineluctable de la gran conquista que representa el derecho de petición individual internacional reside en la *intangibilidad* de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana, la cual, a mi juicio, además de *obligatoria*, debe ser *automática* para todos los Estados Partes en la Convención. Sobre las cláusulas de dicha jurisdicción obligatoria y del derecho de petición individual se erige todo el mecanismo de salvaguardia internacional del ser humano (en mi entender el más importante legado de la ciencia jurídica del siglo XX), – razón por la cual me he permitido designarlas verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos de la persona humana.⁴²

Efectivamente gana cuerpo, en nuestros días, el viejo ideal de la justicia internacional, de la jurisdicción internacional obligatoria y permanente, como ilustrado por los importantes desarrollos al respecto que tenemos el privilegio de testimoniar. Cabe recordar, en ese sentido, que hoy día todos los Estados miembros del Consejo de Europa son Partes en la Convención Europea de Derechos Humanos, y la Corte Europea de Derechos Humanos, a la cual tienen acceso directo los individuos, cuenta con jurisdicción obligatoria y automática *vis-à-vis* todos los Estados Partes; del mismo modo, el Tribunal de Luxemburgo tiene jurisdicción obligatoria en relación con todos los Estados miembros de la Unión Europea; todos los Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana son hoy Partes en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y han decidido (mediante el Protocolo de Burkina Faso de 1998) establecer una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; y semana pasada, el 12 de abril de

2002, se anunció que el Estatuto de Roma de 1998 sobre el Establecimiento del Tribunal Penal Internacional alcanzó las sesenta ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, estableciendo una jurisdicción penal internacional permanente, obligatoria para todos los Estados Partes.

Todos estos ejemplos apuntan en la misma dirección: la *jurisdiccionalización* de los mecanismos internacionales de protección de los derechos de la persona humana, y la centralidad de estos últimos en el Derecho Internacional de este inicio del siglo XXI. Y han sido posibles gracias, en última instancia, al grado más elevado de evolución que ha alcanzado la conciencia humana. Es necesario tener siempre presente el amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección bajo los tratados de derechos humanos, las cuales vinculan a todos los Poderes (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) del Estado; al crear obligaciones para los Estados Partes *vis-à-vis* todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, dichos tratados requieren el ejercicio de la *garantía colectiva* para la plena realización de su objeto y fin. La Corte Interamericana está convencida que, mediante el ejercicio permanente de dicha garantía colectiva, se contribuirá al fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Me permito renovar, en esta ocasión ante la CAJP, la confianza que deposita la Corte Interamericana en los Estados Partes como *garantes* de la Convención Americana. Los Estados Partes asumen, cada uno individualmente, el deber de cumplir las decisiones de la Corte, como lo establece el art. 68 de la Convención, en aplicación del principio *pacta sunt servanda*, y por tratarse, además, de una obligación de su propio derecho interno. Los Estados Partes igualmente asumen, en conjunto, la obligación de velar por la integridad de la Convención Americana, como garantes de la misma. La supervisión de la fiel ejecución de las sentencias de la Corte es una tarea que recae sobre el conjunto de los Estados Partes en la Convención.

Sobre el particular, en mi presentación del 05 de abril de 2001 ante esta misma CAJP, propuse, con el fin de asegurar el *monitoreo continuo* del fiel cumplimiento de todas las obligaciones convencionales de protección, y en particular de las sentencias de la Corte, que en un

eventual futuro Protocolo a la Convención Americana, se agregara al final del art. 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.

Además, se encargaría a un grupo de trabajo permanente de la CAJP, integrado por Representantes de Estados Partes en la Convención Americana, supervisar en base permanente el estado de cumplimiento, por los Estados demandados, de las sentencias y decisiones de la Corte Interamericana, el cual presentaría sus informes a la CAJP; ésta, a su vez, relataría al Consejo Permanente, para preparar su informe para la deliberación de la Asamblea General al respecto. De ese modo, se supliría una 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 mi presentación de antier, día 17 de abril de 2002, ante el Consejo Permanente de la OEA, me permití agregar la siguiente consideración:

El ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención no debería ser sólo reactivo, cuando se produjera el incumplimiento de una sentencia de la Corte, sino también proactivo, en el sentido de que todos los Estados Partes adoptaran previamente *medidas positivas* de protección en conformidad con la normativa de la Convención Americana. Es indudable que una sentencia de la Corte es cosa juzgada, obligatoria para el Estado demandado en cuestión, pero también es cosa interpretada, válida *erga omnes partes*, en el sentido de que tiene implicaciones para todos los Estados Partes en la Convención, en su deber de prevención. Sólo mediante un claro entendimiento de esos puntos fundamentales lograremos construir un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos.

La jurisprudencia protectora de la Corte Interamericana, – conformada hoy día por 94 sentencias, 16 opiniones consultivas y 45 medidas provisionales de protección, – constituye hoy día un patrimonio jurídico de

todos los países y pueblos de la región, y debe ser salvaguardada conjuntamente por todos los Estados Partes en la Convención Americana.

V. Conclusiones

Al final de esta presentación, que me he permitido titular *Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, paso a mis conclusiones. La búsqueda de la plena salvaguarda y predominio de los derechos inherentes al ser humano, en todas y cualesquiera circunstancias, corresponde al nuevo *ethos* de la actualidad, en una clara manifestación, también en nuestra parte del mundo, *de la conciencia jurídica universal*, en este inicio del siglo XXI. Se reconoce hoy en día, inequívocamente, la necesidad de restituir a la persona humana la posición central que le corresponde, como *sujeto del derecho tanto interno como internacional*.

Este reconocimiento se manifiesta, a mi modo de ver, en el marco del proceso de *humanización* del derecho internacional, que tenemos el privilegio de testimoniar e impulsar en este inicio del siglo XXI, – el cual que pasa a ocuparse más directamente de la identificación y realización de valores y metas comunes superiores. Con este reconocimiento, además, volvemos a los orígenes conceptuales tanto del Estado nacional como del Derecho Internacional. En cuanto al primero, no hay que olvidarse que el Estado fue originalmente concebido para la realización del bien común, y que existe para el ser humano, y no *vice versa*. En cuanto al segundo, tampoco hay que olvidarse que el Derecho Internacional no era en sus orígenes un derecho estrictamente interestatal, sino más bien el *derecho de gentes*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos viene dando su valiosa contribución a este proceso histórico de humanización del Derecho Internacional. El impacto de su jurisprudencia protectora en el Derecho Internacional Público ya se hace sentir. Un ejemplo elocuente reside en el valioso aporte de la décimosexta Opinión Consultiva de la Corte Interamericana (del 01.10.1999) acerca del *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, que revela fielmente el impacto del Derecho Internacional de los

Derechos Humanos en un aspecto específico del Derecho Internacional contemporáneo, a saber, el atinente al derecho de los detenidos extranjeros a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido el primer tribunal internacional a afirmar la existencia de un derecho *individual* a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.⁴³ La referida Opinión Consultiva de la Corte Interamericana ha sido verdaderamente pionera en esta materia, y ha servido de inspiración y de guía a la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* al respecto, en particular al advertir que el incumplimiento del art. 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 se da en perjuicio no sólo de un Estado Parte sino también de los seres humanos en cuestión.⁴⁴

O sea, ya no hay cómo pretender disociar el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular (consagrado en el art. 36(1)(b) de la Convención de Viena de 1963) del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁴⁵ En efecto, en una dimensión más amplia, la subjetividad internacional de la persona humana, y su capacidad jurídico-procesal, además de un imperativo ético, constituyen una *necesidad* del ordenamiento jurídico internacional contemporáneo. Tenemos todos el deber inescapable de dar nuestra contribución en este sentido. Como me permití señalar en mi intervención ante los Cancilleres de los Estados miembros de la OEA en la Asamblea General de la Organización, en San José de Costa Rica, el 04 de junio de 2001, (...) Veo el desarrollo del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en (...) momentos distintos. El primer momento es el que estamos viviendo ahora con los cambios reglamentarios aprobados por la Corte y la Comisión; el segundo momento sería el de adopción de un Protocolo de Enmiendas consolidando los cambios reglamentarios y asegurando el *jus standi*, no solamente el *locus standi*, sino el acceso directo del ser humano a la jurisdicción internacional. Esto sólo se tornará realidad cuando se satisfagan algunos prerequisites básicos, como la admisión universal del sistema, la adopción de recursos

adecuados para la Corte y la Comisión, y la incorporación de las normas internacionales de protección a nivel de derecho interno.

Somos todos copartícipes en esta labor colectiva, los Estados Partes, los órganos de supervisión, y las entidades de la sociedad civil. (...).⁴⁶

Quisiera concluir mi presentación del día de hoy, 19 de abril de 2002, ante esta CAJP de la OEA, reiterando esta misma visión. Veo con mucha claridad las providencias que deben ser tomadas para el fortalecimiento de nuestro sistema regional de protección de los derechos humanos. En primer lugar, se impone la ratificación de la Convención Americana, de sus dos Protocolos en vigor, y de las Convenciones interamericanas sectoriales de protección, o la adhesión a los mismos, por *todos* los Estados de la región. Los Estados que se han autoexcluido del régimen jurídico del sistema interamericano de protección tienen una deuda histórica con el mismo, que hay que rescatar. En este sentido, tengo la firme convicción, – tal como la he expresado en sucesivas ocasiones ante la OEA y en seminarios internacionales, – 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 así 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. Todo esto debe ir necesariamente de la adopción de las medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención Americana, de modo a asegurar la aplicabilidad directa de las normas de la Convención en el derecho interno de los Estados Partes y el fiel cumplimiento de las decisiones de la Corte. 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 esto que me permito hoy reformular mi llamado, respetuoso pero franco, que espero repercuta debidamente en la conciencia jurídica de la totalidad de los Estados miembros de la OEA. Al tornarse Partes en los referidos tratados de derechos humanos, estarán todos los Estados de la región contribuyendo a que la razón de humanidad tenga primacía sobre la razón de Estado, tornando así los derechos humanos el lenguaje común de todos los pueblos de nuestra región del mundo. Sólo de ese modo lograremos construir un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos.

El segundo punto consiste en la consideración seria, por todos los actores del sistema interamericano de protección, de las bases para un Proyecto de Protocolo de enmiendas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con miras a fortalecer su mecanismo de protección.⁴⁷ Las recientes reformas reglamentarias serían así transpuestas, juntamente con otras providencias, a un instrumento internacional que vincule jurídicamente todos los Estados Partes, en una clara demostración del real compromiso de éstos con la vigencia de los derechos humanos.

El tercer punto consiste en la aceptación integral de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana por todos los Estados Partes en la Convención, acompañada de la previsión del *automatismo* de la jurisdicción obligatoria de la Corte para todos los Estados Partes, sin restricciones. Las cláusulas relativas a la jurisdicción obligatoria de la Corte y al derecho de petición individual, necesariamente conjugadas, constituyen verdaderas *cláusulas*

pétreas de la protección internacional de los derechos humanos: son ellas las que hacen viable el acceso de los individuos a la justicia en el plano internacional, lo que representa una verdadera revolución jurídica, tal vez el más importante legado que estamos llevando al siglo XXI.

El cuarto punto es el imperativo del acceso directo de los individuos a la jurisdicción de la Corte Interamericana. El día en que logremos evolucionar del *locus standi* al *jus standi* de los individuos ante la Corte, tendremos alcanzado el punto culminante de una larga evolución del Derecho hacia la emancipación del ser humano, como titular de derechos inalienables que le son inherentes como tal, y que emanan directamente del Derecho Internacional.⁴⁸ En quinto lugar, se impone la asignación de recursos adecuados a los dos órganos de supervisión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que puedan cumplir a cabalidad sus funciones.

En sexto lugar, son necesarias las medidas nacionales de implementación de la Convención Americana, de modo a asegurar la aplicabilidad directa de sus normas en el plano del derecho interno de los Estados partes, y la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana. Y, en séptimo lugar, se imponen el ejercicio de la *garantía colectiva*, conjuntamente por todos los Estados Partes en la Convención, así como el establecimiento de un mecanismo internacional de monitoreo permanente del cumplimiento por los Estados de las sentencias y decisiones de la Corte y las recomendaciones de la Comisión. Son éstas las propuestas concretas que me permito presentar a las Delegaciones presentes, juntamente con mis agradecimientos por la atención con que me han distinguido.

Washington D.C., 19 de abril de 2002

NOTAS

1. A. A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 15-427; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo I. Porto Alegre/Brasil: S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 1-486; y tomo II, 1999, pp. 1-440.
2. OEA, documento EA/Ser.G/CP/doc.2828/96.
3. A.G., Resoluciones 1488 y 1489 (1997), y 1546 (1998).
4. Cf., e.g., presenté el detallado Informe que presenté, en el marco del Diálogo (OEA, documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1627/00), en la sesión de la CAJP del 16 de marzo de 2000.
5. Para un examen del estado actual y de las perspectivas del *corpus juris* que conforma el sistema interamericano de protección, cf., e.g., A. A. Cançado Trindade, “Le système inter-américain de protection des droits de l’homme: état actuel et perspectives d’évolution à l’aube du XXIème siècle”, 46 *Annuaire français de Droit international* – Paris (2000) pp. 547-577.
6. 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); 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 (05 de abril de 2001), OEA documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1781/01, de 10.04.2001, pp. 06-19 (también disponible en portugués, inglés y francés).
7. Pero muy temprano en su experiencia la Corte Europea se dio cuenta de que tendría que reformar su Reglamento para ajustarlo a la naturaleza distinta de los casos contenciosos de derechos humanos.
8. 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.
9. A. A. Cançado Trindade. *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2001, pp. 17-96; 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.
10. Cf. los arts. 44(2) y 22(2), – y también los arts. 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).
11. 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).
12. 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.

13. 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 iudicio* de las víctimas 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 ambigüedad 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 iudicio* 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 Interamericana 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 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 Interamericana de Derechos Humanos, en el periodo de 1995 hasta la fecha (como consta de las transcripciones de las mismas).

14. Según el art. 23 del Reglamento de 1996, “en la etapa de reparaciones los representantes de las víctimas o de sus familiares podrán presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma.”
15. Cf. 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 (09 de marzo de 2001), OEA documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1770/01, de 16.03.2001, pp. 06-08 (también disponible en portugués, inglés y francés).
16. Para un comentario reciente, 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.
17. OEA/A.G., resolución AG/RES.1701 (XXX-0/00), de 2000.
 18. 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.
 19. Reproducidos *in* OEA, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – 2000, doc. OEA/Ser.L/V/III.50-doc. 4. San José de Costa Rica, 2001, pp. 657-790.
 20. Nunca es demás resaltar que esta resolución no se produjo en el vacío, 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. Al respecto, 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, además del Seminario internacional supracitado de noviembre de 1999. Cf. actas *in* Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI – Memoria del Seminario, vol. I. San José de Costa Rica: CIADH, 2001, pp. 1-726.
 21. En cuanto a la demanda de interpretación, será comunicada por el Secretario de la Corte a las partes en el caso – incluidas 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 (art. 58(2)).
 22. 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 art. 23 del mismo.
 23. 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...
 24. 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 Haya/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; 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; A. A. Cançado Trindade, El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2001, pp. 17-96.
25. 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.
 26. Es decir, la generación conformada por los Jueces que hoy día componen la Corte Interamericana, a saber: Antônio A. Cançado Trindade, Presidente; Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente; Máximo Pacheco Gómez; Hernán Salgado Pesantes; Oliver Jackman; Sergio García Ramírez; y Carlos Vicente de Roux Rengifo.
 27. 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; transcurrida una década, el Informe Anual de la Corte, relativo al año 2000, tiene 818 páginas; y el Informe Anual de la Corte, relativo al año 2001, por primera vez en dos tomos, tiene 1277 páginas; y, aún más relevante que el volumen 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 al apoyo permanente de su Secretaría.
 28. En el último bienio, la Corte ha señalado, en los dos últimos proyectos de presupuesto transmitidos (en 2000-2001) a la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios de la OEA (para los años fiscales 2001-2002), la necesidad apremiante de dichos recursos adicionales, – en realidad, de un presupuesto por lo menos cinco veces mayor que el actual.
 29. Además, con el inevitable aumento de casos sometidos a la Corte bajo el nuevo Reglamento, el actual sistema de tres o cuatro periodos ordinarios de sesiones por año se tornará manifiestamente insuficiente e inadecuado para el fiel desempeño de las funciones otorgadas al Tribunal por la Convención. El incremento en el volumen y la complejidad del trabajo, a raíz de las modificaciones introducidas en el nuevo Reglamento de la Corte, de conformidad con lo recomendado en la resolución AG/RES.1701(XXX-0/00) de la Asamblea General de la OEA, requiere, además, el aumento del personal del área legal de la Corte – que hoy día opera con un mínimo esencial, – con los consecuentes ajustes en los niveles salariales de sus integrantes. Esto, sin tener en cuenta que los Magistrados de la Corte Interamericana – distintamente de los de otros tribunales internacionales existentes, – siguen trabajando sin recibir salario alguno, lo que significa que su labor sigue siendo más bien un apostolado.
 30. En razón de todo esto, surgió en buena hora la oportuna propuesta de Costa Rica de incrementar, en forma escalonada, el presupuesto de la Corte y la CIDH en al menos 1% al año, de los actuales 5,7% del Fondo Regular de la OEA hasta que alcance el 10% de dicho Fondo para el año 2006. Dicha propuesta ha contado con el firme apoyo de la Corte, y amerita, a mi juicio, el respaldo de todos los Estados miembros de la OEA; cf. OEA, documento OEA/Ser.G-CP/doc.3407/01, del 23.01.2001, p. 3.
 31. Cf. 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. 21-32 (también disponible en portugués, inglés y francés). A mi presentación de este Informe se siguió un debate de cerca de cuatro horas, durante el cual las 16 Delegaciones que intervinieron respaldaron el contenido del mismo.
32. Cf. texto reproducido in OEA, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – 2000, Anexo L, pp. 775-783, esp. pp. 778-779.
 33. Cf. texto in *ibid.*, Anexo LI, pp. 785-790.
 34. *Ibid.*, pp. 789-790.
 35. Cf. 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 (09 de marzo de 2001), OEA documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1770/01, de 16.03.2001, pp. 01-14 (también disponible en portugués, inglés y francés).
 36. Cf. OEA, Informe y Propuestas del Presidente y Relator 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: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección (05 de abril de 2001), OEA documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1781/01, de 10.04.2001, pp. 01-37 (también disponible en portugués, inglés y francés).
 37. Ya había tenido ocasión de presentarlas, una por una, en la reunión conjunta entre la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, realizada en la ciudad de Washington, el día 08 de marzo de 2001; también las presenté en otras ocasiones, como, v.g., en la reunión anual del Consejo Directivo del IIDH, el día 16 de marzo de 2001, así como en el Seminario para ONGs actuantes en el dominio de los derechos humanos en todo el continente americano, organizado por el IIDH, en San José de Costa Rica, en septiembre de 2000. – En el seno de la Corte Interamericana, las presenté a mis colegas, los Jueces del Tribunal, en sucesivas ocasiones: les entregué un *progress report*, que concluí el día 15 de junio de 2000, conteniendo mis observaciones provisionales, para su conocimiento y comentarios; y les rendí informes de los avances de mis trabajos, y conclusión de los mismos, los días 31 de enero de 2001, y 21 de mayo de 2001, respectivamente. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Acta de la Sesión n. 6, del 31 de enero de 2001; y Acta de la Sesión n. 1, del 21 de mayo de 2001.
 38. La Secretaría de la Corte está compuesta por un Secretario, un Secretario Adjunto, cuatro abogados, cinco asistentes (que son estudiantes de derecho), tres secretarias, además del personal administrativo correspondiente. Esta realidad de la Secretaría de la Corte, contrasta con sus homólogos de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual cuenta con más de 100 abogados. El número de profesionales que la Corte Interamericana tiene hoy en día es equivalente a aquel que tenía la Comisión a finales de la década de los ochenta.
 39. El que es actualmente de un millón trescientos cincuenta mil dólares, equivalente al 1,5% de los recursos del Fondo Regular de la OEA, siendo una de las reparticiones de esta que tiene menor asignación presupuestaria.
 40. En este sentido, valga recordar que el nuevo Reglamento de la Comisión dispone (art. 44) que todos los casos que ella conozca deben pasar a la Corte, salvo que por mayoría absoluta de sus miembros decida lo contrario. Esta situación implica necesariamente un gran aumento en el número de casos que llegarán a conocimiento de la Corte.
 41. Otras propuestas formuladas en mi referido Informe incluyen el aumento del personal del área legal de la Corte (a fin de poder contar en el corto plazo con tres nuevos abogados, una secretaria y tres asistentes, capaces de expresarse en los cuatro idiomas oficiales de la OEA), con los consecuentes

- ajustes en los niveles salariales de sus integrantes. Asimismo, la Corte entiende que las relatorías de los Jueces deberían ser remuneradas, como se hace en todos los demás tribunales internacionales existentes.
42. 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.
 43. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva n. 16 (OC-16/99), del 01.10.1999, Serie A, n. 16, pp. 3-123, esp. paras. 76, 78, 82, 84, 90, 122-124 y 137, y puntos resolutivos ns. 1, 2, 4 y 6.
 44. Tal como también lo admitió, con posterioridad, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia en el caso LaGrand (Alemania versus Estados Unidos, junio de 2001).
 45. Como bien lo señaló la Corte Interamericana, en su mencionada décimosexta Opinión Consultiva, el titular de aquel derecho es el individuo. Y agregó: – “En efecto, el precepto es inequívoco al expresar que ‘reconoce’ los derechos de información y notificación consular a la persona interesada. En esto, el art. 36 constituye una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y representa, en los términos en que lo interpreta esta Corte en la presente Opinión Consultiva, un notable avance respecto de las concepciones tradicionales del Derecho Internacional sobre la materia” (*op. cit. supra* n. (44), pp. 92-93, para. 82).
 46. Intervención reproducida *in* OEA, XXXI Periodo Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA (San José de Costa Rica, 03-05.06.2001) – Actas y Documentos, vol. II. Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 2001, p. 59.
 47. Cf. A. A. Cançado Trindade (Relator), Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección, tomo II. San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 1-669.
 48. El desarrollo, a partir de la plena participación de los individuos demandantes en todo el procedimiento (*locus standi*) ante la Corte, hacia el derecho de acceso directo de los individuos al Tribunal (*jus standi*), es, a mi juicio, una consecuencia lógica de la evolución, en perspectiva histórica, del propio mecanismo de protección bajo la Convención Americana. El día en que alcancemos este grado de evolución, estará realizado el ideal de la plena igualdad jurídica, ante la Corte Interamericana, entre el individuo como verdadera parte demandante, y el Estado como parte demandada. Los necesarios avances en este sentido, acompañados por los recursos humanos y materiales indispensables y adecuados, convienen a todos, puesto que la vía jurisdiccional representa la forma más evolucionada y perfeccionada de la protección de los derechos humanos.

***II CONGRESSO INTERNACIONAL DE PREVENÇÃO
CRIMINAL, SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO
DA JUSTIÇA: UMA VISÃO DO PRESENTE E DO FUTURO
À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS
(FORTALEZA, 24 a 27 DE ABRIL DE 2003)***

***DISCURSO PRONUNCIADO NA SOLENIDADE
DE ABERTURA***

Senhoras e senhores

Quase três anos decorreram desde o I Congresso Internacional de Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração da Justiça que, sob o comando do Professor Néstor José Méndez González, realizou-se na cidade do México, e no qual participamos, na companhia do Dr. Damásio Evangelista de Jesus, de painel sobre os problemas contemporâneos da segurança pública.

Naquele país irmão, nasceu então a idéia, sedimentada nos meses subseqüentes, de levar a efeito no Brasil o II Congresso. Estimulou-nos na consecução desse projeto o concurso da Dra. Meire Lúcia Gomes Monteiro, com quem somamos esforços para criar em Brasília, numa etapa preliminar, um curso pioneiro no país, de especialização em Política Criminal e Penitenciária e Segurança Pública, com o selo da Escola de Governo do Distrito Federal e o apoio do Ministério da Justiça.

A definição da presente data não foi aleatória. Ao revés. Concluimos que, com a eleição do Presidente Luis Inácio Lula da Silva, dos novos governadores, senadores, deputados federais e estaduais, bem assim com a renovação gerencial na área da segurança pública, seja no âmbito dos estados, seja no âmbito federal, haveria de manifestar-se um interesse maior no debate dos temas apresentados, ante o repto imposto pela violência ubíqua e assustadora, pela insegurança generalizada, a demandarem do Estado e da sociedade uma definição menos retórica, mais objetiva das medidas que devem ser tomadas a curto, médio e longo prazo.

A agenda do II Consejus, que reúne 28 presidentes de mesa, 10 conferencistas e 54 painelistas, alguns provenientes de países como Uruguai, Argentina, México, Portugal e Itália, sinaliza a preocupação de seus organizadores de fomentar a reflexão sobre dilatado elenco de temas que curam de três vertentes, a saber: prevenção criminal, segurança pública e administração da justiça, embora se tenha dado ênfase, tal como ocorreu no México, às questões magnas e atuais da segurança pública.

É importante pontuar que, sendo o Congresso promovido pelo Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, uma entidade civil, sem fins lucrativos, com sede em Fortaleza, que tem como objetivo a educação em direitos humanos como instrumento de promoção e proteção preventiva e em seu conselho consultivo conta com eminentes juristas como o Dr. Antonio Augusto Cançado Trindade, o Dr. Paulo Bonavides, o Dr. Fernando Luiz Ximenes Rocha, Dr. Washinton Peluso Albino de Souza, o Min. Nilmário Miranda e o Dr. Dalmo de Abreu Dallari, pretendeu-se realçar a vinculação dos temas propostos com os direitos humanos, visualizados em sua universalidade e indivisibilidade. Entre os conferencistas, inclusive, estão dois ilustres juízes, membros da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede na Costa Rica, a saber: o Dr. Sergio García Ramírez, vice-Presidente da Corte, que discorrerá amanhã sobre “Crime e Prisão no Novo Milênio” e o Dr. Cançado Trindade, Presidente da Corte, a quem incumbe ministrar a conferência de encerramento sobre “Direitos Humanos, Ética e Acesso à Justiça no Plano Internacional.”

Pois bem, senhoras e senhores. Com oportunidade se leva a cabo, em Fortaleza, um evento desta envergadura, de natureza manifestamente acadêmica.

No plano internacional, agudiza-se a insegurança ante o avanço no mundo globalizado dos delitos transnacionais, a exacerbação do terrorismo e o recrudescimento de conflitos localizados, na África, no Oriente Médio, mais precisamente em Israel, na Faixa de Gaza, na Cisjordânia, a par da ameaça de emprego de armas químicas e biológicas, de destruição em massa. Kim Jong II, na chefia de um país isolado e faminto, ameaça o mundo com seu programa de armas nucleares e o rompimento do acordo de armistício que, no distante ano de 1953, encerrou a Guerra da Coréia.

Estamos, agora mesmo, vivenciando uma nova guerra, uma manifestação de poder e barbárie que haverá de ter profundas repercussões geopolíticas, agravando ainda mais as tensões inflamadas pelos atentados de 11 de setembro. Impossível prever o que os tambores hegemônicos da guerra, tocados pelo belicismo maniqueísta do Presidente Bush e de Tony Blair, antecipam, à revelia do consenso das nações, para este novo milênio marcado pela cizânia e pela ansiedade. Nos céus de Bagdá, a pretexto de uma intolerável legítima defesa preventiva, hoje se inscreve, com o cinzel dos mísseis Tomahawk, o ocaso da ONU, de sua Carta, de seu Conselho de Segurança e do próprio direito internacional. É a consolidação da arrogância de Zeus, entremostrada anteriormente com a rejeição do Protocolo de Kyoto e o não reconhecimento do Tribunal Penal Internacional.

No plano nacional, o crime organizado (e faço uso do rótulo cômico de sua impropriedade, ante a advertência de José Raúl Zaffaroni e Juez Cirino dos Santos) atua com desenvoltura, e tem logrado, com táticas de terrorismo urbano, implantar, em algumas cidades do país, o Império do Medo. Verdade é que a inação do Estado, no curso das últimas décadas, maiormente em territórios como o Complexo do Alemão e o Borel, no Rio de Janeiro, onde medra a marginalização social, favoreceu a ação de delinquentes poderosos, particularmente de narcotraficantes, que escolheram o país como ponto estratégico de distribuição internacional da droga, buscam infiltrar-se insidiosamente nos três poderes e intimidam segmentos fragilizados da população aos quais impõem suas próprias leis, muitas vezes do interior de presídios promíscuos,

superpovoados, pretensamente de segurança máxima, onde, às escâncaras, em nome de organizações criminosas como o Comando Vermelho, o Primeiro Comando da Capital, o Terceiro Comando e os Amigos dos Amigos (ADA), com celulares e armas em punho, diante dos holofotes da televisão (dessa mesma televisão que promove entretenimentos infamantes com a exploração da violência), intentam confrontar e ridicularizar as autoridades constituídas e, a um tempo, zombar do Estado Democrático de Direito.

Por toda parte a violência se dissemina, sem peias, sob a capa obscura da impunidade, traduzida nas encorpadas cifras negras do crime e nos milhares de mandados de prisão por cumprir. Os indicadores disponíveis mostram que a probabilidade de um homicida ser condenado e sua pena ser executada é de um por cento. Nesta imensa Cidade de Deus em que se transformou o Brasil, multiplicam-se os seqüestros, os assaltos à mão armada, os estupros, os latrocínios, os assassinatos múltiplos e brutais (só em São Paulo 1000 pessoas são mortas por mês); acintosamente se atiram bombas de fabricação militar em prédios públicos; cabines e quartéis da PM são metralhados; policiais e facínoras se envolvem em tiroteios em zonas de grande movimentação popular; roubos se tornam habituais nos cruzamentos com semáforos; ônibus são depredados e incendiados nas praças e avenidas, em atos rotineiros de vandalismo; juízes e promotores são assassinados; rebeliões e fugas em massa, sobretudo de delegacias travestidas de prisões, removem em definitivo o véu que encobria as mazelas de um modelo presidencial cuja banda pobre (e aqui faço um parêntese para ressaltar uma parte do sistema onde se pratica uma execução penal digna) está simbolizada no Urso Branco, presídio em Porto Velho, Rondônia, onde mais de 1.000 reclusos vivem em condições inumanas, em absurda e grotesca ociosidade.

Todo esse cenário, de cores sombrias, que suscita comparações com a vizinha Colômbia, denuncia a falta de segurança já incorporada ao cotidiano do cidadão, desse cidadão que paga impostos, luta para sobreviver num mundo hostil, e, sob o jugo do pavor, com receio de sair às ruas, em especial durante a noite, debalde se esconde, em sua flagrante vulnerabilidade, atrás de muros e grades de papelão, ou simplesmente se isola nos espaços protegidos dos condomínios fechados; desse cidadão que rende graças a Deus quando sua vida é poupada por seus algozes e é seduzido pelos mensageiros dos movimentos de lei e de

ordem, críticos veementes dos direitos humanos, arautos – na contramão do direito penal moderno, tendente à minimalização –, da necessidade de estabelecer a pena de morte, de reduzir a idade da responsabilidade penal e de agravar as sanções punitivas, carimbando mais e mais crimes com o sinete da hediondez, a fim de aumentar-lhes o lapso temporal e excluir os benefícios previstos em lei, como se a severidade abstrata da pena e outras exasperações do gênero fossem capazes de inibir a criminalidade, quando é de sabença notória que muito mais crucial do que severizar as punições é assegurar-lhes o cumprimento.

Na outra ponta, no contexto de uma violência menos visível, silenciosa, responsável por prejuízos incalculáveis ao erário e à sociedade, muito superiores à soma de milhares de pequenos ilícitos, os criminosos de colarinho branco dão desfalques milionários, sonegam impostos, efetuam falências e concordatas arduas, pactuam licitações fraudulentas, burlam a Previdência, branqueiam dinheiro do tráfico de drogas, praticam a grilagem, malversam o dinheiro público com obras inacabadas, superfaturam compras milionárias, enriquecem ilicitamente no exercício de mandatos eletivos e/ou remetem os lucros de sua atividade corrupta para paraísos fiscais.

É consensual o raciocínio de que inexistente uma solução mágica para a violência ostensiva, metastaseada, e que sua contenção passa não apenas por medidas, sob todos os aspectos positivas, de caráter repressor, pela contratação de polícias civis, estaduais e federais, pela compra de equipamentos, pela criação de um sistema de informações, pela capacitação de policiais na investigação de crimes financeiros e eletrônicos, pela depuração e integração das polícias, pela proteção a testemunhas, por programas de segurança comunitária, pela abertura de novas vagas nas prisões etc. etc., como também – e fundamentalmente – por políticas públicas coordenadas de inclusão social, pela melhoria das condições de vida e trabalho, pela recuperação do sucateado ensino público (seja fundamental ou universitário), pela reforma da legislação penal, processual penal e de execução penal, pelo fortalecimento da defensoria pública, do ministério público e do poder judiciário, com vistas a garantir amplo e irrestrito acesso à justiça

É neste passo que cumpre à sociedade vestal mobilizar-se com todas as forças e adotar uma conduta proativa, racional, solidária,

colaborando intensamente no desmonte da rede de impunidade que nutre o descrédito nas instituições.

Orgulho-me de pertencer a um Conselho, o CNPCP, órgão de execução penal subordinado ao Ministério da Justiça, presidido pelo ilustre Dr. Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, o qual, sem cortejar a frustração, no ensinamento de Mário César Flores, tem prestado um valioso apoio no enfrentamento da criminalidade e dos problemas carcerários, especialmente através da fixação de diretrizes de política criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança.

Encoraja-nos o convencimento de que o Ministério da Justiça, sob a liderança do Exmo. Sr. Min. Márcio Thomaz Bastos, um dos mais ilustres advogados criminais do Brasil, atuará com firmeza e perseverança, e perseguirá – em um mandato de 04 anos, sem a descontinuidade que predominou num passado recente – a formação de uma nova cultura de segurança pública, fundada na proteção dos direitos humanos do cidadão

Senhoras e senhores. A guerra começou, porém os versos perenizados de Vinicius de Moraes continuarão alertando-nos para a sua absurdidade. Permitam-me que os relembre neste instante:

“Pensem nas crianças / mudas telepáticas
Pensem nas meninas / cegas inexatas
Pensem nas mulheres / rotas alteradas
Pensem nas feridas / como rosas cálidas
Mas, oh, não se esqueçam da rosa / da rosa da rosa
Da rosa de Hiroshima / a rosa hereditária
A rosa radioativa / estúpida e inválida
A rosa com cirrose / a anti-rosa atômica
Sem cor sem perfume / sem rosa sem nada.”

Sejam bem-vindos. Declaro, a partir deste instante, oficialmente aberto o II CONGRESSO INTERNACIONAL DE PREVENÇÃO CRIMINAL, SEGURANÇA PÚBLICA E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA: UMA VISÃO DO PRESENTE E DO FUTURO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS.

Que Deus nos abençoe.

César Oliveira de Barros Leal
Presidente do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos e do II CONSEJUS

*II CONGRESSO INTERNACIONAL DE PREVENÇÃO
CRIMINAL, SEGURANÇA PÚBLICA E
ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA: UMA VISÃO
DO PRESENTE E DO FUTURO À LUZ
DOS DIREITOS HUMANOS
(FORTALEZA, 24 a 27 DE ABRIL DE 2003)*

CARTA DE FORTALEZA

Os participantes do II Congresso Internacional de Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração da Justiça: Uma Visão do Presente e do Futuro à Luz dos Direitos Humanos, promovido pelo Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH), em Fortaleza, no período de 24 a 27 de março de 2003,

Considerando a extraordinária relevância dos inúmeros temas que, sob um enfoque multidisciplinar, foram objeto de debate, no curso de dez conferências e 18 painéis realizados, com a presença de representantes do Brasil, Uruguai, Argentina, México, Portugal e Itália;

Considerando o desafio imposto pela violência e pela insegurança, cada vez mais intensas e assustadoras, simbolizadas, no plano internacional, pelas cenas de horror a que assistimos diariamente através da cobertura televisiva da guerra no Iraque (com profundas repercussões sobre as relações internacionais, a Carta das Nações Unidas e o Conselho de Segurança da ONU) e, no plano nacional, pelo assassinato recente dos juízes Antonio José Machado Dias e Alexandre Martins, que ganharam notoriedade por sua determinação de enfrentar, com destemor, o crime organizado em seus estados;

Considerando que a segurança pública, em qualquer parte do mundo, não pode ser encarada apenas sob o viés repressor ou, melhor dito, não se restringe a uma questão de polícia, entendendo-se à unanimidade que vem a ser imperiosa a adoção de políticas públicas de inclusão social que atentem para a promoção dos direitos humanos dos cidadãos;

Considerando a expectativa de que o governo e a sociedade, ante o recrudescimento da insegurança, devam aglutinar esforços com vistas à prevenção e repressão do crime e o aperfeiçoamento das instituições encarregadas da administração da justiça criminal;

RECOMENDAM:

1. Reflexão sobre a prática do terrorismo que, nos últimos anos, tornou-se critério renovador para a revisão dos conceitos de democracia, obrigando os estados a se questionarem em relação às suas próprias garantias constitucionais em nome do combate ao terrorismo;
2. Ações governamentais, sociais e comunitárias que fomentem o desenvolvimento social integrado e assegurem à população viver com o mínimo de dignidade e segurança;
3. Universalização do acesso às políticas sociais básicas e, em especial, aos subsídios dos governos para as políticas de proteção às crianças e aos adolescentes em risco social;
4. Definição de políticas de segurança pública que sejam eficazes na prevenção e na contenção do crime, coibindo-se a prática de arbitrariedades que tenham como pretexto a preservação da segurança e da ordem pública;
5. Intercâmbio entre organizações de segurança pública e a integração dos sistemas de informação;
6. Incentivo à reflexão sobre o poder da mídia de formar e deformar a opinião pública,

quando interesses privados (de grupos ou pessoas) se opõem ao interesse público, ressaltando-se que ditos meios devem produzir e incentivar programas, entrevistas e debates de caráter educativo, visando a prevenir a violência e a criminalidade;

7. Oposição aos movimentos de lei e de ordem que insistem em advogar, como forma de enfrentamento da criminalidade, na lição judicosa do Prof. Luiz Flávio Gomes, “o irracional (pena de morte), o inconstitucional (prisão perpétua), o absurdo (o agravamento das penas, mais rigor na execução) e o aberrante (diminuição da maioridade penal);”

8. Atuação coordenada entre as diversas instituições encarregadas da persecução criminal e o estabelecimento de um sistema permanente de inteligência;

9. Reconhecimento de que é inadmissível o hiato entre a qualificação e a sofisticação predominantes no universo dos delinquentes e a insuficiência, o despreparo e a obsolescência dos equipamentos dos órgãos de segurança;

10. Repúdio aos cortes nos orçamentos dos governos estaduais e federal, na área social e de segurança pública, assegurando que a dotação de recursos desses setores seja vinculada ao próprio orçamento;

11. Reforma urgente da legislação penal, processual penal e de execução penal, dando-se continuidade aos estudos realizados nesse sentido, nos últimos anos, por diferentes comissões no âmbito do Ministério da Justiça;

12. Implementação de uma política penal voltada para o princípio da proporcionalidade da aplicação da pena face ao valor do bem juridicamente tutelado;

13. Instituição do Ministério da Segurança Pública, da Escola Superior de Segurança e do Centro de Estudos de Alto Nível em Segurança;

14. Delegação aos Estados da tarefa de fiscalizar as empresas especializadas de segurança privada, em razão das afinidades entre suas atividades quanto à proteção de bens e pessoas;

15. Instalação de ouvidorias de polícia em todos os estados para a garantia do pleno exercício da cidadania, a cobrança do respeito aos

direitos humanos e o fortalecimento do estado democrático de direito;

16. Maior proteção à família dos agentes do sistema de segurança pública e justiça (policiais, agentes penitenciários, promotores de justiça e membros do poder judiciário) que falecem no estrito cumprimento do dever legal;

17. Ampliação de recursos humanos e materiais das Guardas Municipais para a prevenção de delitos, especialmente aqueles cometidos contra turistas, posto que uma das atribuições das referidas Guardas é exatamente a proteção do turista (nacional ou estrangeiro), dos bens e da ordem pública;

18. Padronização dos registros do sistema de justiça criminal; em prol da integração de informações e interoperabilidade dos respectivos órgãos;

19. Aprovação do PL que trata da Organização das Polícias Civil e Militar;

20. Valorização do papel da defensoria pública – cuja criação e implantação se impõem em todas as unidades federativas – como garantidora dos direitos individuais da grande massa de acusados ou condenados desprovidos de condições financeiras de custear sua defesa;

21. Efetivação de reformas que promovam mudanças profundas na polícia, através de investimentos mais elevados no policiamento preventivo e comunitário, bem como da reestruturação e da integração das polícias civil e militar;

22. Fortalecimento da atuação da Central Nacional de Apoio e Acompanhamento das Penas e Medidas Alternativas (CENAPA), a fim de dar seqüência a uma das mais exitosas experiências no âmbito da execução penal;

23. Federalização de prisões estaduais ou edificação de prisões federais de máxima segurança, em observância ao disposto no parágrafo 1º do art. 86 da Lei de Execução Penal;

24. Construção de novas prisões a fim de minimizar o problema da superlotação e da promiscuidade, dando aos reclusos assistência jurídica, à saúde, educacional, laboral, religiosa, de modo a humanizar a execução, tal como recomenda o art. 10 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos;

25. Adequação da política criminal do Estado aos termos da Resolução n. 8, de 09 de dezembro de 2002, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que dispõe sobre a privatização/tercerização do sistema penitenciário;

26. Estímulo à implantação de programas de proteção às vítimas e testemunhas ameaçadas;

27. Elaboração de um projeto de lei no sentido de que a pessoa cuja renda ou patrimônio sejam manchados pela ilicitude deva ser representada exclusivamente por defensor público, tendo em vista a possibilidade de que os honorários percebidos pelo advogado privado se confundam com produto de crime (resulta inadmissível que os chefes do crime organizado possuam verdadeiros “departamentos jurídicos privados”, enquanto servidores do sistema de justiça criminal, policiais inclusive, são pesadamente onerados com despesas advocatícias advindas de questões relativas ao exercício técnico-profissional);

28. Formulação de uma lei federal especial alfandegária única, para os municípios brasileiros em área de fronteira internacional, visando à integração comercial e cooperação diplomática e jurisdicional em matéria de direitos humanos, na

América Latina, como prevê a Constituição Federal.

Os participantes esperam que as autoridades constituídas não encarem as presentes Recomendações como meras reflexões teóricas, porquanto fundadas na experiência daqueles que, no exercício de diferentes funções dos poderes executivo, legislativo e judiciário, nos diversos países aqui representados, compartilham a expectativa de um mundo melhor, menos inseguro, mais humano. No mesmo passo consignam que, dada a amplitude dos temas abordados, não lhes foi possível reunir nesta Carta todas as recomendações e sugestões que afloraram nos debates ocorridos nos dias 24 a 27 de março de 2003, durante o Congresso, tendo-se dado ênfase, naturalmente, à realidade brasileira.

Na expressão do Dr. Sergio García Ramírez, vice-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua exposição sobre “Crime e Prisão no Novo Milênio”, “difícilmente habrá novedades absolutas; pero pudieran surgir visiones más lúcidas sobre los progresos y los regresos en el largo camino de la seguridad y la justicia.”

Fortaleza, 27 de março de 2003.

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 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 Titular 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; Membro da Sociedade Americana de Criminologia e da Academia Brasileira de Direito Criminal; vice-Presidente da Sociedade Brasileira de Vitimologia; Membro da Academia Cearense de Letras e da Academia de Ciências Sociais do Ceará.

Paulo Bonavides (1º vice-Presidente)

Doutor em Direito; Professor Emérito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Professor Visitante nas Universidades de 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 de Direito Internacional da Universidade de Brasília, da Universidade Católica do Rio Grande do Sul e da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Arnaldo Oliveira

Diretor-Presidente da Editora Del Rey; Especialista em Publicações na Área Jurídica.

Carlos Weis

Procurador do Estado de São Paulo; Professor de Direitos Humanos da Academia de Polícia do Estado de São Paulo.

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; ex-Diretor da Área de Instituições Públicas do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

Hélio Bicudo

Ex-Deputado Federal (Partido dos Trabalhadores – São Paulo); Membro e Presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos; vice-Prefeito de São Paulo.

Hermes Vilchez Guerrero

Mestre em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Professor da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Secretário Geral da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Minas Gerais; Membro do Conselho Editorial da Livraria Del Rey Editora Ltda..

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.

Maria Glaucéria Mota Brasil

Mestre em Sociologia; Doutora em Serviço Social; Professora Adjunta do Departamento de Serviço Social e do Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade da Universidade Estadual do Ceará.

Nestor José Méndez González

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

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Representante do ACNUR no Brasil; Pesquisador Associado na Universidade de Brasília; Professor da UniCEUB em Brasília; Advogado.

Roberto Cuéllar

Diretor Executivo do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; ex-Diretor de Investigação e Desenvolvimento do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

Sílvia Maria da Silveira Loureiro

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília; Advogada do Centro de Direitos Humanos de Manaus (Amazonas).

Willis Santiago Guerra Filho

Doutor em Ciência do Direito pela Universidade de Bielefeld (Alemanha); Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.