



ISSN 1677-1419

Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 5, Vol. 5, Número 5 - 2004



ORGANIZADORES

ANTÔNIO AUGUSTO CAÑADO TRINDADE
CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL



Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 5, Vol. 5, Número 5 - 2004



Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 5, Vol. 5, Número 5 - 2004

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 Otávio Sá Ricarte
Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros
Arnaldo Oliveira
Carlos Weis
Emmanuel Teófilo Furtado
Gonzalo Elizondo Breedy
Hélio Bicudo
Hermes Vilchez Guerrero
Jaime Ordóñez
Juan Carlos Murillo
Laurence Burgogue-Larsen
Manuel E. Ventura-Robles
Margarida Genevois
Maria Glaucíria Mota Brasil
Néstor José Méndez González
Pablo Saavedra Alessandri
Renato Zerbini Ribeiro Leão
Roberto Cuéllar
Sílvia Maria da Silva Loureiro

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

Nilo Alves Júnior

Diagramação

Franciana Pequeno

Revisão

César Oliveira de Barros Leal
Maria Ocenéia dos Santos Rocha

*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 3234.32.92

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

**Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos.
V. 5, N. 5 (2004). Fortaleza, Ceará.
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2004.
Anual.**

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

CDU

.....



ORGANIZADORES
 ANTÔNIO AUGUSTO CAÇADO TRINDADE
 CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL

● Conselho Consultivo	05
● Apresentação	09
I - Vers la Consolidation de la Capacité Juridique Internationale des Pétitionnaires Dans le Système Interaméricain de Protection des Droits de la Personne Humaine Antônio Augusto Caçado Trindade	11
II - A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Matéria Consultiva: Desenvolvimentos Recentes Bárbara Pinowska Cardoso Campos	35
III - Las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil César Barros Leal	43
IV - Éthique et Altérité un Propos Pluraliste d'un Droit Aux Droits Humains Dans des Pays Périphériques Djason B. Della Cunha	63
V - A Proteção Jurídica Internacional dos Deslocados Internos Eduardo Caçado Oliveira	73
VI - Los Nuevos Retos del Derecho Internacional Humanitario: Los Conflictos Desestructurados y el Terrorismo Internacional Guillermo Julio Vargas Jaramillo	93
VII - Derecho de Migrantes y Derecho Internacional Jaime Ruiz de Santiago	109
VIII - Los Principios Generales sobre la Libertad Religiosa en la Jurisprudencia de los Sistemas Europeo, Interamericano y Costarricense de Protección de los Derechos Humanos Luis Fco. Cervantes G.	123
IX - Terrorismo: O Desafio da Construção da Democracia Martonio Mont'Alverne Barreto Lima	145
X - I Cammini Silenziosi del Diritto Internazionale dei Diritti dell' Uomo: Vittime e Risarcimento del Danno nelle Ultime Pronunce della Corte Interamericana (2001 - 2002) Michelangelo Scalabrino	151
XI - O Brasil e o Instituto do Refúgio: Uma Análise após a Criação do Comitê Nacional para os Refugiados - Conare Renato Zerbini Ribeiro Leão	201
XII - Realismus des Rechts Kants Beitrag zum Internationalen Frieden Von Oliver Eberl	213
ANEXOS	
XIII - Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Caçado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA): "El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos".....	225
XIV - Resenha do Livro: Crianças e Adolescentes: Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: CEJIL, 2003, 237 pp. Ana Laura Becker de Aguiar	243
XV - Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana, Ed. Porrúa, México, 2003, 169 pp. (Caçado Trindade, Antônio Augusto; Peytrignet, Gérard y Ruiz de Santiago, Jaime) Sergio García Ramírez	247
XVI - Cour Européenne des Droits de l'Homme (2° sect.), 16 décembre 2003, 64927/01, Palau-Martínez C. France Laurence Burgogue-Larsen	253
● Conselho Editorial.....	257

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 ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; ex-Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Membro da Assembléia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e do Conselho Diretor do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo); Membro Titular do “Institut de Droit International”; Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos; Membro do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional de Haia, Holanda.

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 do Ministério da Justiça; Membro da Assembléia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; 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

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; Assessor Externo do Conselho de Menores e da Direção Geral de Prevenção e Readaptação Social do Estado 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.

Elio Gómez Grillo

Advogado; Doutor em Direito; Professor Universitário de Criminologia e Direito Penal em Caracas, Paris e Roma; Fundador do Instituto Universitário Nacional de Estudos Penitenciários (IUNEP) da Venezuela; Presidente da Comissão de Funcionamento e Reestruturação do Sistema Judiciário da Venezuela; Autor de obras sobre Criminologia, Direito Penal e Penitenciário.

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; Presidente do Tribunal Regional Eleitoral 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.

Héctor Fix-Zamudio

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

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; Delegado do ACNUR em Varsóvia, Polônia; 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).

Jean François Flauss

Secretário Geral do Instituto Internacional de Estrasburgo; Professor de Direito Internacional Público da Universidade de Paris II.

Karel Vasak

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

Nilmário Miranda

Ministro-Chefe da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; 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.

Sergio García Ramírez

Investigador no Instituto de Investigações Jurídicas e Membro da Junta de Governo da Universidade Nacional Autônoma do México; Juiz Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Sheila Lombardi de Kato

Desembargadora do Estado de Mato Grosso; Coordenadora-Geral do Programa Nacional de Direitos da Mulher.

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 quinto 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 cotidiano 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 quinto número da *Revista do IBDH* enfeixam uma variedade de tópicos atinentes à temática dos direitos humanos. As contribuições enfocam pontos de extrema relevância: Vers la Consolidation de la Capacité Juridique Internationale des Pétitionnaires dans le Système Interaméricain de Protection des Droits de la Personne Humaine; A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Matéria Consultiva: Desenvolvimentos Recentes; Las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil; Éthique et Altérité: Un Propos Pluraliste d'un Droit aux Droits Humains dans des Pays Périphériques; A Proteção Jurídica Internacional dos Deslocados Internos; Los Nuevos

Retos del Derecho Internacional Humanitario: Los Conflictos Desestructurados y el Terrorismo Internacional; Derecho de Migrantes y Derecho Internacional; Los Principios Generales sobre la Libertad Religiosa en la Jurisprudencia de los Sistemas Europeo, Interamericano y Costarricense de Protección de los Derechos Humanos; Terrorismo: O Desafio da Construção da Democracia; I Cammini Silenziosi del Diritto Internazionale dei Diritti dell' Uomo: Vittime e Risarcimento del Danno nelle Ultime Pronunce della Corte Interamericana (2001 - 2002); O Brasil e o Instituto do Refúgio: Uma Análise após a Criação do Comitê Nacional para os Refugiados - Conare; Realismus des Rechts Kants Beitrag zum Internationalen Frieden. Em anexo: Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA): "El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos"; Resenha do Livro: Crianças e Adolescentes: Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Rio de Janeiro: CEJIL, 2003, pp 237; Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana, Ed. Porrúa, México, 2003, 169 pp.; Cour Européenne des Droits de l'Homme (2° sect.), 16 décembre 2003, 64927/01, Palau-Martinez C. France.

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

VERS LA CONSOLIDATION DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE INTERNATIONALE DES PÉTITIONNAIRES DANS LE SYSTÈME INTERAMÉRICAIN DE PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE HUMAINE



ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge); Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme; Professeur Titulaire de Droit International Public à l'Université de Brasília, Brésil; Membre de l'Institut de Droit International.

I. INTRODUCTION: REMARQUES PRÉLIMINAIRES

Le présent dialogue, dans le cadre de l'Organisation des États Américains (OEA), sur le renforcement et le perfectionnement du système interaméricain de protection des droits de la personne humaine, a déjà une longue et fructueuse histoire, qui a suscité un espoir chez des millions d'habitants du continent américain, espoir que sont venus renforcer les récents changements que la Cour et la Commission Interaméricaines des Droits de l'Homme ont récemment apportés à leurs Règlements respectifs. L'octroi, par le nouveau Règlement de la Cour Interaméricaine (adopté le 24.11.2000 et entré en vigueur le 01.06.2001), du *locus standi in judicio* aux pétitionnaires, à toutes les étapes de la procédure devant la Cour, constitue peut-être le progrès juridico-procédural le plus important du point de vue du perfectionnement du mécanisme de protection de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, depuis que cette dernière est entrée en vigueur il y a près de 25 ans.

Ce changement représente la conséquence logique de la conception et de la formulation des droits qui doivent être protégés aux termes de la Convention Américaine sur le plan international, auxquelles doit nécessairement correspondre, pour les pétitionnaires, la pleine capacité juridique de revendiquer ces droits. Grâce à cette initiative historique de la Cour Interaméricaine, les particuliers ont obtenu la reconnaissance de leur statut de véritables sujets du Droit International des Droits de l'Homme, dotés d'une capacité juridico-procédurale internationale. C'est pourquoi, compte tenu de l'importance transcendante de ce progrès en matière de procédure, je considère que

ce progrès ne doit pas seulement être inscrit dans des règlements; il lui faut une base *conventionnelle*, - la thèse que je soutiens dans le cadre du système interaméricain de protection dès 1995,¹ - fruit d'un consensus entre tous les acteurs du système, afin de garantir le véritable engagement réel de tous les États à ce propos.

Dans cette perspective, j'ai eu le privilège de présenter, dans les deux dernières années (2001-2002), au nom de la Cour, devant les organes compétents de l'OEA, mon *Rapport* intitulé "*Fondements d'un Projet de Protocole à la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme pour renforcer son mécanisme de protection*",² dont j'ai eu l'honneur d'être le rapporteur, nommé par mes collègues les Juges de la Cour, et qui a été distribué à toutes les Délégations des États membres de l'OEA. En effet, l'octroi du *locus standi in judicio* aux pétitionnaires, à toutes les étapes de la procédure dans l'affaire devant la Cour Interaméricaine, représente une nouvelle étape - et des plus importantes - dans l'évolution que le système interaméricain de protection des droits de l'homme a connue au fil des ans et dont nous avons été témoins et acteurs. Je suis convaincu que la reconnaissance de la *legitimatío ad causam* des particuliers devant les instances internationales répond à une *nécessité* de l'ordre juridique international contemporain lui-même, non seulement dans notre système régional de protection, mais aussi sur le plan universel.³

La dure réalité des faits, et les besoins de protection des bénéficiaires de notre système de protection des droits de la personne humaine, ont obligé ce dernier à s'adapter aux temps nouveaux, et la conscience humaine a correctement réagi en évoluant dans ce sens. Nous assistons, en ce début du XXIème siècle, à un processus historique d'*humanisation* du

droit international contemporain. Pour mieux apprécier les progrès récents dans le cadre du système interaméricain des droits de l'homme, il convient de les replacer dans leur contexte et de rappeler les initiatives prises ces dernières années en vue de renforcer ce système de protection.

II. BRÈVE RÉCAPITULATION DES INITIATIVES DE RENFORCEMENT DU SYSTÈME INTERAMÉRICAIN DE PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE HUMAINE

Déjà en 1996, l'Assemblée Générale de l'OEA, par la résolution 1404, avait chargé le Conseil Permanent de l'OEA d'évaluer ledit système de protection en vue d'amorcer un processus qui "permet[trait] de le perfectionner, notamment de modifier les instruments juridiques correspondants, et les méthodes et procédures de travail" des deux organes de supervision de la Convention Américaine (Cour et Commission Interaméricaines), dont il solliciterait la collaboration, dans le cadre d'un dialogue et d'un processus de réflexion au sujet du perfectionnement du système interaméricain des droits de l'homme. En novembre de la même année, le Secrétariat Général de l'OEA avait présenté au Conseil Permanent un rapport intitulé "*Vers une nouvelle vision du système interaméricain des droits de l'homme*",⁴ à titre de contribution en vue des discussions subséquentes à ce sujet.

La question est restée inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée Générale et a fait l'objet de nouvelles résolutions de cette dernière.⁵ Par la résolution 1633 (1999), l'Assemblée Générale a chargé le Conseil Permanent de l'OEA de promouvoir un *Dialogue* entre institutions; sur la base de ces directives, la Commission des Affaires Juridiques et Politiques (CAJP) de l'OEA, mandatée à cet effet par le Conseil Permanent de l'OEA (session du 13.09.1999), a préparé un *Ordre du jour annoté du Dialogue* sur le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine, - ordre du jour qui a été élaboré officiellement au cours des diverses séances ultérieures de la CAJP (entre le 22.09.1999 et le 16.03.2000). J'ai eu l'occasion de participer, en qualité de représentant de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, à toutes les étapes de ce *Dialogue*, depuis son lancement jusqu'à ce jour; j'ai présenté des *Rapports* substantiels, surtout

sur la thèse que je soutiens de l'accès direct des individus à la Cour Interaméricaine, dans le cadre dudit *Dialogue*, à titre de contribution de notre Tribunal.⁶

Une autre initiative a vu le jour à la suite de la Réunion des Ministres des Affaires Étrangères des États membres de l'OEA qui s'est tenue à San José du Costa Rica (22.11.1999), avec la création du Groupe de Travail *ad hoc* sur les droits de l'homme, composé des représentants des Ministres. Ce Groupe de Travail *ad hoc* s'est réuni dans cette même ville de San José (10-11.02.2000) au siège du Ministère des Affaires Étrangères et du Culte du Costa Rica; au cours de ladite réunion, j'ai présenté les propositions de la Cour Interaméricaine concernant le fonctionnement du système de protection en général, et du mécanisme de protection offert par la Convention Américaine en particulier. Après les débats, le Groupe de Travail *ad hoc* a adopté des recommandations relatives aux six questions suivantes: a) financement du système interaméricain de protection; b) universalité de composition de ce système; c) promotion des droits de la personne humaine et mesures nationales de mise en oeuvre; d) observation (*compliance*) des décisions des organes du système interaméricain de protection; e) aspects relatifs à la procédure dans les activités de ces organes; et f) continuité et suivi des travaux.

Au cours des mois qui ont suivi, la Cour Interaméricaine a mené des consultations informelles auprès de la Commission Interaméricaine et, s'agissant du travail de promotion internationale des droits de la personne humaine, auprès aussi de l'Institut Interaméricain des Droits de l'Homme; j'ai eu l'occasion d'intervenir, au nom de la Cour, lors d'un séminaire organisé par l'Institut (en septembre 2000 à San José du Costa Rica) avec la participation des organisations non-gouvernementales (ONGs) de tout le continent américain. La Cour, afin de faire progresser le *Dialogue* sur le renforcement du système interaméricain de protection des droits de la personne humaine, est convenue, dans le cadre de sa XLIIIème. session ordinaire tenue à son siège à San José du Costa Rica, du 18 au 29 janvier 1999, d'"étudier les moyens possibles de renforcer le Système interaméricain de protection des droits de la personne"; à cette fin, elle m'a demandé de remplir les fonctions de *rapporteur*, et a créé une Commission de suivi des consultations qui s'est mise au travail immédiatement.

La Cour est également convenue d'organiser un grand séminaire intitulé "*Le Système interaméricain de protection des droits de la personne humaine à l'aube du XXIème. siècle*", qui s'est tenu à San José du Costa Rica, les 23 et 24 novembre 1999. Les participants à ce séminaire ont examiné notamment des questions concernant les compétences contentieuse et consultative de la Cour; les fonctions de la Commission;

l'engagement de la communauté internationale en faveur d'une véritablement efficace protection internationale des droits de la personne humaine, et les implications financières du renforcement du système interaméricain; et, enfin, l'accès des particuliers à la justice sur le plan international et le renforcement du rôle des ONGs dans le système interaméricain. Plusieurs conclusions se sont dégagées de ce séminaire.

Parmi ces conclusions, je pourrais mentionner les suivantes: a) la nécessité d'optimiser les ressources financières et de mobiliser des ressources supplémentaires; b) l'accélération des procédures sans compromettre la sécurité juridique et en évitant les retards et les doubles emplois dans le cadre du mécanisme actuel de protection de la Convention Américaine dans notre système de protection; c) l'applicabilité directe des normes de la Convention Américaine dans le droit interne des États Parties à la Convention, de même que l'adoption des mesures nationales indispensables à la mise en oeuvre de la Convention Américaine de manière à assurer l'applicabilité directe de ses normes dans l'ordre juridique interne des États Parties; d) la participation directe des particuliers dans la procédure devant la Cour Interaméricaine dans le cadre de l'accès à la justice au niveau international et sa complémentarité avec l'accès à la justice au niveau national; et e) la nécessité d'universaliser le système interaméricain par le biais de la ratification de la Convention Américaine ou de l'adhésion à celle-ci par tous les États membres de l'Organisation régionale, ainsi que par le biais de l'acceptation de la compétence obligatoire de la Cour Interaméricaine en matière contentieuse par tous les États Parties à la Convention, acceptation assortie de la reconnaissance de l'automatisme de la juridiction obligatoire de la Cour pour tous les États sans restrictions aucunes.

Parallèlement à la tenue du séminaire précité, la Cour Interaméricaine a convoqué des experts sur les droits de la personne humaine et le droit international, de même que des intervenants et bénéficiaires du système interaméricain de protection, afin de débattre des principaux éléments de ce dernier. La Cour a réuni ces experts à son siège, à San José du Costa Rica, à quatre reprises, sous la présidence du juge rapporteur: le 20 septembre 1999, le 24 novembre 1999, les 05 et 06 février 2000 et les 08 et 09 février de la même année. Au cours de ces réunions, les experts se sont penchés sur des questions telles que: a) la participation des particuliers à la procédure devant la Cour Interaméricaine; b) la spécificité du rôle de la Commission Interaméricaine; c) l'évaluation de la preuve; d) la procédure relative aux exceptions préliminaires; e) l'application des décisions de la Cour et des recommandations formulées dans les rapports de la Commission, et la supervision de cette application; et f) les ressources financières supplémentaires pour le

renforcement du système interaméricain de protection des droits de la personne humaine.

Une étape importante dans le *Dialogue* sur le renforcement du système régional de protection a été franchie lors de l'Assemblée Générale de l'OEA tenue à Windsor, Canada, en juin 2000. La résolution 1701 de l'Assemblée Générale, intitulée "Évaluation du fonctionnement du système interaméricain de protection et de promotion des droits de la personne humaine en vue de son perfectionnement et de son renforcement", faisant écho aux quatre années ou plus, à cette époque, du dialogue à ce sujet, et rappelant les points sur lesquels il y avait consensus, a indiqué la voie dans laquelle le dialogue devait s'engager: elle a demandé aux États membres de prendre des mesures concrètes afin d'accroître substantiellement les ressources allouées à la Cour et à la Commission, et elle a recommandé expressément à la Cour et à la Commission de prendre également des mesures concrètes pour modifier leurs Règlements respectifs afin d'accélérer l'instruction des affaires et de permettre la participation des victimes présumées à toutes les étapes de la procédure devant la Cour. J'ai insisté sur ce dernier point dans *toutes* les réunions auxquelles j'ai participé, notamment dans *toutes* les réunions conjointes que la Cour et la Commission ont tenues depuis 1995 jusqu'à présent.

Une autre étape importante a été franchie dans ce *Dialogue* lorsque les Chefs d'État et de Gouvernement réunis à Québec (Canada), en avril 2001, dans le cadre du IIIème. Sommet des Amériques, ont clairement manifesté leur appui en demandant expressément à la XXXIème. Assemblée Générale de l'OEA d'envisager "une augmentation substantielle des ressources affectées aux activités de la Commission et de la Cour, pour perfectionner les mécanismes des droits de la personne et pour promouvoir le suivi des recommandations de la Commission et l'observation des arrêts de la Cour". Subséquemment, lors de sa session tenue à San José du Costa Rica, en juin 2001, l'Assemblée Générale de l'OEA a adopté la résolution 1828, intitulée "Évaluation du fonctionnement du système interaméricain de protection et de promotion des droits de la personne humaine en vue de son perfectionnement et de son renforcement", dans laquelle elle a en effet précisé, notamment, que les mesures concrètes prises à cet égard devaient se concentrer sur: a) l'universalisation de la composition du système interaméricain des droits de la personne; b) l'observation (*compliance*) des arrêts de la Cour et le suivi des recommandations de la Commission; c) la facilitation de l'accès des personnes aux mécanismes de protection de la Convention Américaine dans le cadre du système interaméricain des droits de la personne humaine; et d) l'augmentation substantielle du budget de la Cour et de

la Commission, de telle sorte que ces dernières puissent graduellement fonctionner sur une base permanente.

L'Assemblée Générale de l'OEA a également prié les États membres d'adopter les mesures qui s'imposent pour observer les décisions ou arrêts de la Cour Interaméricaine, de déployer tous les efforts requis pour appliquer les recommandations émises par la Commission Interaméricaine, et d'accomplir effectivement leur devoir de garantir le respect des obligations émanées des instruments du système interaméricain de protection. Enfin, par la résolution 1833, la même Assemblée Générale a chargé le Conseil Permanent de l'OEA de "démarrer l'étude de l'accès des victimes à la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme", donnant ainsi son appui à une thèse que je défends depuis longtemps. De cette façon, après plus de six années de dialogue constructif et intensif entre les divers acteurs du système interaméricain des droits de la personne humaine, nous avons pu constater que ce dernier a déjà établi ses priorités et l'orientation que doivent prendre nos efforts à venir. Ainsi, ces efforts doivent continuer d'être le fruit de consensus entre tous les acteurs du système général de protection, et porter une attention spéciale aux besoins de protection des êtres humains dans le cadre de l'application de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, de ses deux Protocoles et des Conventions interaméricaines sectorielles de protection.⁷ Au cours des dernières années, en réponse aux besoins et aux impératifs en matière de protection, le Règlement de la Cour a connu une évolution importante qui mérite d'être récapitulée ici.

III. ÉVOLUTION DU RÈGLEMENT DE LA COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME

Comme je l'ai fait remarquer dans quatre de mes *Rapports* présentés devant la CAJP du Conseil permanent de l'OEA⁸ dans les trois dernières années, il convient de récapituler l'évolution, au fil des 22 années d'existence de la Cour Interaméricaine, de son Règlement. Pour permettre une meilleure appréciation de cette évolution, il m'apparaît utile de mettre en lumière, ne serait-ce que sommairement, les aspects fondamentaux des quatre Règlements que la Cour Interaméricaine s'est donnés, depuis sa création jusqu'à ce jour. Nous pourrions ainsi mieux nous rendre compte des changements que la Cour, surtout avec sa composition actuelle, a apportés récemment à son Règlement.

1. LES DEUX PREMIERS RÈGLEMENTS DE LA COUR INTERAMÉRICAINNE (1980 ET 1991)

La Cour Interaméricaine a adopté son *premier Règlement* en juillet 1980, en s'inspirant du Règlement alors en vigueur de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, lequel, à son tour, avait pris comme modèle le Règlement de la Cour Internationale de Justice (CIJ).⁹ Pour ce qui est de la Cour Interaméricaine, son premier *interna corporis* a été en vigueur pendant plus d'une décennie, jusqu'au 31 juillet 1991. En raison de l'influence du Règlement de la CIJ, la procédure, surtout en ce qui concerne les affaires contentieuses, était particulièrement lente. Une fois la Cour Interaméricaine était saisie d'une affaire, le Président convoquait une réunion avec des représentants de la Commission (CIDH) et de l'État défendeur, en vue de recueillir leurs opinions respectives à propos de l'ordre et des délais de présentation du mémoire, du contre-mémoire, de la réplique et de la duplique. S'agissant des exceptions préliminaires, celles-ci devaient être soumises avant l'expiration du délai fixé pour la finalisation de la première étape de la procédure écrite, à savoir, la présentation du contre-mémoire. C'est dans ce cadre juridique qu'ont été traités les trois premières affaires contentieuses et que la Cour a émis ses douze premiers avis consultatifs.

Face à la nécessité d'accélérer les procédures, la Cour a approuvé le *deuxième Règlement*, en 1991, lequel est entré en vigueur le 1er août de la même année. Contrairement au Règlement antérieur, le nouveau Règlement du Tribunal stipulait que le Président commencerait par procéder à un examen préliminaire de la requête présentée et, s'il constatait que les exigences fondamentales pour la poursuite du processus n'étaient pas satisfaites, il demanderait au défendeur de corriger les défauts constatés dans un délai de 20 jours au maximum. Conformément au nouveau Règlement, l'État défendeur avait le droit de répondre par écrit à la demande dans les trois mois suivant sa notification. En ce qui concerne les exceptions préliminaires, il y avait un délai de 30 jours pour les faire valoir à partir de la notification de la demande, délai qui était suivi d'un autre délai de même durée pour la présentation des observations relatives à ces exceptions.

Il faut remarquer ici qu'à partir de l'entrée en vigueur de ce deuxième Règlement, les parties devaient présenter leurs requêtes conformément aux délais fixés dans le Règlement, sans qu'il était nécessaire que les parties comparaissent (comme le prévoyaient les normes précédentes), ce qui avait entraîné, dans certains cas, un retard dans la présentation des requêtes de près d'un an. Afin de simplifier la procédure et d'assurer l'équilibre entre les parties, la Cour a inscrit dans son

Règlement de 1991 que le Président devait consulter les représentants de la Commission et de l'État défendeur afin de déterminer si d'autres étapes étaient nécessaires dans la procédure écrite. Ce fut là le début d'un processus de rationalisation et de simplification de la procédure suivie par la Cour Interaméricaine, processus qui s'est beaucoup amélioré avec l'adoption du troisième Règlement de la Cour en 1996 (v. *infra*).

S'agissant des mesures provisoires de protection, le premier Règlement de la Cour prévoyait que, lorsqu'une demande d'adoption de telles mesures était présentée, le Président devait sans retard convoquer la Cour si celle-ci n'était pas en session; ou, si la réunion était déjà convoquée, le Président, en consultation avec la Commission permanente de la Cour, ou avec tous les juges si cela s'avérait possible, demandait aux parties, le cas échéant, d'agir de manière à ce que toute décision que la Cour viendrait à prendre, relativement à la demande de mesures provisoires de protection, ait les effets pertinents. Étant donné le manque de ressources humaines et matérielles, ainsi que le caractère non permanent (à ce jour) de la Cour, celle-ci s'est vue dans l'obligation de réviser la procédure afin d'être en mesure de protéger, de manière immédiate et efficace, surtout les droits à la vie et à l'intégrité de la personne humaine consacrés par la Convention Américaine.

C'est ainsi que le 25 janvier 1993, on a apporté des changements relatifs aux mesures provisoires de protection, - changements qui sont encore en vigueur aujourd'hui. Suite à cette modification, si la Cour n'est pas réunie, le Président a le pouvoir de demander à l'État concerné qu'il prenne les mesures urgentes nécessaires pour éviter des dommages irréparables aux personnes qui bénéficient de ces mesures. Toute décision que prendrait le Président à cet égard serait soumise à l'examen du plénum de la Cour à la session suivante aux fins de ratification. Dans le cadre du Règlement adopté en 1991 et de ses réformes subséquentes, la Cour a instruit 18 affaires contentieuses distincts et émis deux autres avis consultatifs.

2. LE TROISIÈME RÈGLEMENT DE LA COUR INTERAMÉRICAINNE (1996)

Cinq années après l'adoption du deuxième Règlement, j'ai été désigné par la Cour pour préparer un avant-projet de réforme du Règlement, en faisant fond sur la discussion qui s'était déroulée à ce sujet pendant les différentes sessions du Tribunal. De nombreux débats ont alors eu lieu au sein de la Cour, à la suite desquels le *troisième Règlement* de l'histoire de la Cour a été adopté, le 16 septembre 1996, pour entrer en vigueur le 1er janvier 1997. Le nouveau Règlement de 1996 comporte plusieurs nouveautés. En ce qui concerne

l'exécution des actes de procédure, ce troisième Règlement de la Cour, dans la même ligne que le Règlement antérieur, stipule que les parties peuvent demander au Président l'exécution d'autres actes de procédure écrite, une demande dont la pertinence serait évaluée par le Président qui, s'il recevait la requête, fixerait les délais correspondants. Au vu des demandes réitérées de prolongation de délais pour la présentation de la réponse à la demande et pour les exceptions préliminaires dans les espèces en cours d'instruction par la Cour, le troisième Règlement a prévu des délais de deux de deux et quatre mois respectivement, tous deux à compter de la date de notification de la demande.

Si l'on compare avec les deux Règlements antérieurs, on peut constater que ce troisième Règlement de la Cour précise tant la terminologie que la structure même de la procédure suivie par le Tribunal. Grâce aux efforts conjugués de tous les juges, la Cour a pu alors disposer, et ce pour la première fois, d'un *interna corporis* avec une terminologie et une séquence d'actes procéduraux propres à un véritable Code de procédure international. Pour la première fois, le nouveau [troisième] Règlement de la Cour a fixé les moments de la procédure auxquels les parties pouvaient présenter les éléments de preuve correspondant aux diverses étapes de la procédure, tout en préservant la possibilité de présentation hors délai des éléments de preuve dans des cas de force majeure, d'empêchement grave ou de faits imprévus.

Par ailleurs, ce Règlement a élargi la faculté du Tribunal de demander aux parties, ou d'obtenir *motu proprio*, tout moyen de preuve à toute étape de la procédure afin de faciliter la résolution des affaires dont il était saisi. S'il devait être prématurément mis un terme à la procédure, le Règlement de 1996 a prévu, en plus des possibilités de solution amiable et de non-lieu, la soumission à une décision de la Cour, laquelle, après avoir entendu la partie demanderesse, la Commission et les représentants de la victime ou de ses proches, établit la pertinence de l'arrêt de la procédure et fixe les effets juridiques de cet acte (à partir de la cessation de la controverse quant aux faits).

La grande différence qualitative du troisième Règlement de la Cour découle de son article 23, lequel octroie aux représentants des victimes ou de leurs proches la possibilité de présenter, de façon indépendante, leurs propres arguments et preuves à l'étape des réparations. Il convient de rappeler ici les antécédents, peu connus, extraits de la pratique récente de la Cour Interaméricaine, de cette décision importante. Dans la procédure contentieuse devant la Cour, les représentants légaux des victimes avaient été, au cours des dernières années, intégrés dans la délégation de la Commission Interaméricaine en qualité, selon l'euphémisme consacré,

d'assistants" de cette dernière.¹⁰ Au lieu de résoudre le problème, cette *praxis* a plutôt créé des ambiguïtés qui subsistaient encore récemment. Au cours des discussions relatives au projet de Règlement de 1996, il est apparu manifeste que le moment était venu d'essayer d'éliminer ces ambiguïtés, étant donné que les rôles de la Commission (gardienne de la Convention et assistante de la Cour) et des particuliers présentant leurs pétitions (véritable partie demanderesse) sont clairement distincts. La pratique même a fini par prouver que l'évolution dans le sens de la consécration finale de ces rôles distincts devait se faire *pari passu* avec la *juridictionnalisation* progressive du mécanisme de protection aux termes de la Convention Américaine.

On ne saurait nier que la protection juridictionnelle est effectivement la forme la plus évoluée de sauvegarde des droits de la personne humaine et celle qui satisfait le mieux aux impératifs du droit et de la justice.¹¹ Le Règlement antérieur de la Cour (celui de 1991) prévoyait, dans des termes quelque peu tortueux, une timide participation des victimes ou de leurs représentants à la procédure portée devant la Cour, surtout à l'étape des réparations et lorsque la Cour les y avait invités.¹² Un pas décisif, qui ne saurait passer inaperçu, fut franchi avec l'affaire *El Amparo* (réparations, 1996), relativement au Venezuela, et ce fut un véritable "diviseur d'eaux" en la matière: lors de l'audience publique tenue par la Cour Interaméricaine le 27 janvier 1996, un de ses magistrats, en faisant comprendre qu'à cette étape de la procédure, au moins, il ne pouvait y avoir aucun doute sur le fait que les représentants des victimes étaient "*la véritable partie demanderesse devant la Cour*", s'est mis, à un moment déterminé de l'interrogatoire, à leur poser des questions, à eux les représentants des victimes (et non aux délégués de la Commission ou aux agents de l'État défendeur), lesquels ont présenté leurs réponses.¹³

Peu après cette mémorable audience dans l'affaire *El Amparo*, les représentants des victimes ont présenté deux requêtes à la Cour (en date des 13.05.1996 et 29.05.1996). Parallèlement, en ce qui a trait à l'exécution du jugement d'interprétation de la sentence préalable d'indemnisation compensatoire dans les affaires antérieures *Godínez Cruz* et *Velázquez Rodríguez*, concernant le Honduras, les représentants des victimes ont également soumis deux requêtes à la Cour (en date des 29.03.1996 et 02.05.1996). La Cour n'a fait que décider de mettre fin à la procédure de ces deux affaires, après avoir constaté que le Honduras avait veillé à l'exécution de la sentence de réparation et du jugement d'interprétation de cette dernière, et après avoir pris bonne note des points de vue non seulement de la Commission et de l'État défendeur, mais aussi des pétitionnaires et des représentants légaux des familles des victimes.¹⁴

Le champ était ouvert au changement, notamment en ce qui concerne les dispositions pertinentes du Règlement de la Cour, surtout à partir des faits survenus dans la procédure relative à l'affaire *El Amparo*. Le pas suivant, décisif, a été franchi dans le nouveau Règlement de la Cour, adopté le 16 septembre 1996 et entré en vigueur le 1er janvier 1997, dont l'article 23 stipule que "dans l'étape de réparations, les représentants des victimes ou de leurs familles peuvent présenter leurs propres arguments et preuves en toute indépendance". Outre cette disposition, fondamentale, il convient également de souligner les articles 35(1), 36(3) et 37(1) du Règlement de 1996, concernant la notification (par le Secrétaire de la Cour) de la demande au pétitionnaire original et à la [présumée] victime ou à ses parents, les exceptions préliminaires et la réponse à la demande, respectivement. Il était évident qu'on ne pouvait plus prétendre ignorer ou faire semblant d'ignorer que les pétitionnaires individuels constituaient la véritable partie demanderesse. Toutefois, ce fut surtout l'adoption de l'article 23 (v. *supra*) du Règlement de 1996 qui a ouvert la voie à l'évolution subséquente, dans le même sens, c'est-à-dire, vers l'assurance que, dans un avenir prévisible, les particuliers aient enfin un *locus standi* dans la procédure devant la Cour, non seulement à l'étape des réparations, mais aussi à toutes les étapes de la procédure relative à toutes les affaires que lui soumet la Commission (v. *infra*).

Lors de l'étape initiale des *travaux préparatoires* du troisième Règlement (de 1996), je me suis permis de recommander au Président de la Cour de l'époque de consentir cette faculté aux présumées victimes ou à leurs proches, ou à leurs représentant légaux, à toutes les étapes de la procédure devant la cour (*locus standi in judicio*).¹⁵ Après consultation des autres magistrats, la Cour a choisi, à la majorité, de procéder par étapes et de commencer par octroyer cette faculté à l'étape des réparations (lorsqu'a déjà été déterminée l'existence de victimes de violations des droits de la personne). Ceci sans préjudice de l'octroi de cette faculté aux pétitionnaires individuels dans le futur, et ce à toutes les étapes de la procédure, comme je l'avais proposé, pour consacrer ainsi la personnalité et la capacité juridiques pleines aux particuliers en tant que sujets du droit international des droits de la personne humaine.

La nouvelle norme a ainsi donné une légitimité active, à l'étape des réparations, aux représentants des victimes ou de leurs proches,¹⁶ qui présentaient auparavant leurs allégations par l'entremise de la Commission, qui les faisait siennes. Conformément aux dispositions des articles 23, 35, 37 et 57(6) du Règlement de 1996, le Tribunal a commencé à communiquer aux pétitionnaires originaux, aux victimes ou à leurs représentants et proches membres de la famille, les principaux actes de la procédure relative à l'affaire

soumise à la Cour et les jugements prononcés lors des différentes étapes du processus. Ce fut le premier pas concret vers l'obtention de l'accès direct des individus à la juridiction de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, et vers l'assurance d'une plus grande participation à toutes les étapes de la procédure.

Il convient enfin de mentionner que les deux premiers Règlements de la Cour, datant d'avant 1996 (v. *supra*), stipulaient que le Tribunal devait convoquer une audience publique pour donner lecture de ses jugements et les communiquer aux parties. Cette procédure a été éliminée dans le troisième Règlement, afin d'accélérer les travaux du Tribunal (non permanent) et d'éviter les coûts qu'entraînait la comparution des représentants des parties devant la Cour pour la lecture des jugements, et afin de tirer profit au maximum de la présence limitée des juges au siège du Tribunal en période de sessions. Dans le cadre du Règlement de 1996, en mars 2000, la Cour avait connu de 17 affaires contentieuses à diverses étapes de la procédure, et émis deux autres avis consultatifs récents (le 15ème. et le 16ème. avis consultatifs).

3. LA VASTE PORTÉE DES CHANGEMENTS APPORTÉS PAR LE QUATRIÈME ET NOUVEAU RÈGLEMENT DE LA COUR (2000)

Finalement, comme je le soulignais dans mes *Rapport* du 09 mars 2001,¹⁷ et du 19 avril 2002,¹⁸ à la CAJP de l'OEA, la signification des changements introduits par le nouveau Règlement (2000) de la Cour Interaméricaine pour le fonctionnement du mécanisme de protection de la Convention Américaine est considérable. En effet, le changement de siècle a été le témoin d'un saut qualitatif fondamental dans l'évolution du droit international des droits de la personne humaine, dans le cadre du fonctionnement du mécanisme précité de protection de la Convention Américaine, à savoir, l'adoption du quatrième et nouveau Règlement de la Cour Interaméricaine en date du 24 novembre 2000, qui est entré en vigueur le 1er. juin 2001.¹⁹ Pour replacer dans leur contexte les changements importants introduits par ce nouveau Règlement, il convient de se rappeler que l'Assemblée Générale de 2000 de l'OEA (tenue à Windsor, Canada) a adopté une résolution²⁰ en vertu de laquelle elle accueillait favorablement les recommandations du Groupe de Travail *ad hoc* sur les droits de la personne humaine formé des représentants des Ministres des Affaires Étrangères des pays de la région (réunis à San José du Costa Rica, en février 2000).²¹

Par ladite résolution, l'Assemblée Générale de l'OEA recommandait notamment à la Cour Interaméricaine, en tenant compte des *Rapports* que j'avais présentés au nom de la Cour, aux organes de

l'OEA, les 16 mars, 13 avril et 06 juin 2000²² (v. *supra*), qu'elle envisageait la possibilité de: a) "permettre la participation directe des victimes" aux procédures suivies par la Cour (une fois cette dernière saisie de l'affaire), "en tenant compte de la nécessité tant de préserver l'impartialité de la procédure que de redéfinir le rôle de la Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme dans ces procédures"; et b) éviter le "double emploi en matière de procédures" (une fois la Cour saisie de l'affaire), notamment "la production des éléments de preuve, compte tenu de la nature différente" de la Cour et de la Commission.²³

L'adoption par la Cour de son *quatrième Règlement*, celui de l'an 2000, a été accompagnée de propositions concrètes pour améliorer et renforcer le mécanisme de protection aux termes de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme. Les modifications introduites par la Cour dans son nouveau Règlement ont eu une incidence sur la rationalisation des actes de procédure, en ce qui concerne la preuve et les mesures provisoires de protection, mais la modification la plus importante a consisté à permettre aux victimes présumées, aux membres de leur familles ou à leurs représentants de participer directement à *toutes* les étapes de la procédure devant la Cour (v. *infra*). Dans son Règlement de 2000, la Cour a introduit une série de dispositions, surtout en ce qui concerne les exceptions préliminaires, la réponse à la demande et les réparations, en vue d'accélérer et d'assouplir la procédure. La Cour a tenu compte du vieil adage "*justice delayed is justice denied*" ("justice différée est justice refusée"); en outre, en accélérant le processus, sans préjudice de la sécurité juridique, on éviterait les frais inutiles, ce qui serait un avantage pour tous les intervenants dans les affaires contentieuses instruites par la Cour.

Dans cet esprit, s'agissant des exceptions préliminaires, le Règlement de 1996 stipulait qu'elles devaient être introduites dans les deux mois suivant la notification de la demande; le Règlement de 2000 établit, par contre, que ces exceptions ne peuvent être invoquées que dans la réponse à la demande (article 36). De plus, bien que dans l'étape des exceptions préliminaires on applique le principe *reus in excipiendo fit actor*, le Règlement de 2000 stipule que la Cour peut convoquer une audience spéciale sur les exceptions préliminaires lorsqu'elle le juge indispensable, c'est-à-dire, qu'elle peut, selon les circonstances, ne pas tenir d'audience (comme il ressort de l'article 36.5). Même si, dans la pratique, la Cour a jusqu'à présent commencé par rendre une décision sur les exceptions préliminaires pour ensuite, en cas de rejet, rendre un jugement sur le fond, le Règlement de 2000 dispose, à la lumière du principe de l'économie procédurale, que la Cour peut statuer au moyen d'un seul arrêt à la fois sur les exceptions préliminaires et sur le fond de l'affaire (article 36).

Quant à la réponse à la demande, elle devait être présentée, selon l'antérieur Règlement de 1996, dans les quatre mois suivant la notification de la demande; désormais, en vertu du nouveau Règlement de 2000, elle doit l'être dans les deux mois suivant la notification de la demande (article 37.1). Ce resserrement du délai, à l'instar d'autres resserrements, permet d'accélérer la procédure au profit des parties en cause. Le Règlement de 2000 établit également que, dans la réponse à la demande, l'État défendeur doit déclarer s'il accepte les faits dénoncés et les prétentions du demandeur, ou s'il les conteste; de cette façon, la Cour peut considérer comme étant acceptés les faits qui n'ont pas été expressément niés et les prétentions qui n'ont pas été expressément contestées (article 37.2).

En matière de preuves, tenant compte d'une recommandation de l'Assemblée Générale de l'OEA (v. *supra*), la Cour a introduit dans son Règlement de 2000 une disposition selon laquelle les preuves produites devant la Commission doivent être incorporées au dossier de l'affaire portée devant la Cour, à condition qu'elles aient été reçues dans des procédures contradictoires, sauf si la Cour juge indispensable de les reproduire. Avec cette innovation, la Cour entend éviter la répétition d'actes de procédure afin d'alléger le processus et de réaliser des économies procédurales. À cet égard, il ne faut jamais perdre de vue que les victimes présumées ou leurs proches, ou leurs représentants, ont la capacité de présenter, tout au long de la procédure, leurs demandes, arguments et éléments de preuve de façon indépendante (article 43).

Selon le quatrième et nouveau Règlement de la Cour, celle-ci peut décider la jonction d'instances pour cause de connexité, à n'importe quelle étape de l'instruction, pourvu qu'il y ait identité de parties, d'objet et de base normative entre les instances concernées (article 28). Cette disposition répond également à l'objectif de rationalisation de la procédure devant la Cour. Le Règlement de 2000 dispose en outre que les demandes ainsi que les demandes d'avis consultatifs doivent être transmises non seulement au Président et aux autres juges de la Cour, mais aussi au Conseil Permanent de l'OEA, par l'intermédiaire de son Président; en ce qui concerne les demandes, elles doivent aussi être remises à l'État défendeur, à la Commission, au pétitionnaire original et à la présumée victime, aux membres de sa famille ou à ses représentants dûment accrédités (articles 35.2 et 62.1).

S'agissant des mesures provisoires de protection, bien qu'il ait été d'usage jusqu'à présent que la Cour tienne - lorsqu'elle le juge nécessaire - des audiences publiques sur ce sujet, cette possibilité n'était pas prévue dans le Règlement de 1996. En revanche, le nouveau Règlement de 2000 de la Cour comporte une

disposition selon laquelle la Cour, ou son Président si celle-ci ne siège pas, peut convoquer les parties, si elle le juge nécessaire, à une audience publique sur ces mesures provisoires de protection (article 25).

En matière de réparations, le Règlement de 2000 établit que, parmi les prétentions exprimées dans le texte de la demande elle-même, il faut inclure celles qui ont trait aux réparations et aux dépens (article 33.1). Quant aux arrêts rendus par la Cour, ils doivent contenir, *inter alia*, la décision relative aux réparations et aux dépens (article 55.1.h). Là encore, l'objectif est de réduire la durée de la procédure devant le Tribunal, conformément aux principes de célérité et d'économie procédurales, à l'avantage de toutes les parties intéressées.

Comme l'a recommandé l'Assemblée Générale de l'OEA (v. *supra*), la Cour a introduit dans son nouveau Règlement de 2000 une série de mesures visant à permettre aux victimes présumées, à leurs proches ou à leurs représentants dûment accrédités, la participation directe (*locus standi in judicio*) à toutes les étapes de sa procédure judiciaire. Dans une perspective historique, c'est là la modification la plus importante du quatrième Règlement de la Cour, modification qui représente de plus une véritable étape dans l'évolution du système interaméricain de protection des droits de la personne humaine, en particulier, et du droit international des droits de l'homme, en général. L'article 23 du nouveau Règlement de 2000 stipule ce qui suit en ce qui concerne la "participation des victimes présumées":

1. "Une fois la demande accueillie, les victimes présumées, leurs proches ou leurs représentants dûment accrédités peuvent présenter leurs demandes, arguments et preuves de façon autonome pendant toute la durée de la procédure.
2. S'il y a pluralité de victimes présumées, de proches ou de représentants dûment accrédités, ils doivent désigner un intervenant commun qui sera la seule personne autorisée à présenter les demandes, arguments et preuves au cours de la procédure, y compris aux audiences publiques.
3. En cas de désaccord éventuel, la Cour prendra les mesures qui s'imposent".

Comme je l'ai déjà signalé, le Règlement précédent, c'est-à-dire, celui de 1996, avait marqué le premier pas dans cette direction, en habilitant les victimes présumées, leurs proches ou leurs représentants à présenter leurs propres arguments et éléments de preuve de façon autonome, en particulier à l'étape des réparations. Cependant, si les victimes présumées sont présentes au *début* de la procédure (ce

sont elles qui sont présumément lésées dans leurs droits), ainsi qu'à la fin de la procédure (à titre d'éventuels bénéficiaires des réparations), pour quelle raison se verraient-elles refuser le droit d'être présentes durant le procès, en tant que véritable partie demanderesse? Le Règlement de 2000 est venu remédier à cette incohérence qui avait persisté pendant plus de vingt ans (depuis l'entrée en vigueur de la Convention Américaine) dans le système interaméricain de protection.

En effet, aux termes du Règlement de 2000 de la Cour Interaméricaine, les victimes présumées, leurs proches ou leurs représentants peuvent présenter des demandes, des arguments et des éléments de preuve de façon autonome pendant toute la procédure suivie par le Tribunal (article 23). Ainsi, une fois que la Cour notifie la demande à la victime présumée, à ses proches ou à ses représentant légaux, elle leur accorde un délai de 30 jours pour la présentation, de façon autonome, des textes contenant leurs demandes, arguments et preuves (article 35.4). De même, pendant les audiences publiques, toutes ces personnes peuvent prendre la parole pour présenter leurs arguments et preuves, en tant que véritable partie à la procédure (article 40.2).²⁴ Grâce à ce progrès important, il est enfin établi sans ambiguïté que les véritables parties à une affaire contentieuse portée devant la Cour sont les personnes demanderesse et l'État défendeur et, seulement sur le plan de la procédure, la Commission (article 2.23).

En étant ainsi habilités à participer directement (*locus standi in judicio*) à toutes les étapes de la procédure suivie par la Cour, les victimes présumées, leurs proches ou leurs représentants ont désormais tous les droits et devoirs, en matière de procédure, qui, jusqu'au Règlement de 1996, étaient l'apanage de la Commission et de l'État défendeur (sauf à l'étape des réparations). Cela signifie que, dans la procédure suivie par la Cour,²⁵ pourront exister, et se manifester, trois positions distinctes: celle de la victime présumée (ou de ses proches ou représentants légaux),²⁶ en tant que sujet du droit international des droits de l'homme; celle de la Commission, en tant qu'organe de supervision de la Convention et auxiliaire de la Cour; et celle de l'État défendeur.

Cette réforme historique introduite dans le Règlement de la Cour attribue aux différents acteurs le rôle qui leur revient; contribue à une meilleure instruction du procès; assure le maintien du principe du contradictoire, essentiel à la recherche de la vérité et au triomphe de la justice aux termes de la Convention Américaine; reconnaît que la contraposition directe entre les individus demandeurs et les États défendeurs est de l'essence même du contentieux international des droits de l'homme; reconnaît le droit à la libre expression

des victimes présumées elles-mêmes, lequel est un impératif d'équité et de transparence de la procédure; et, enfin et surtout, elle garantit l'égalité procédurale des parties (*equality of arms/égalité des armes*) dans l'ensemble de la procédure suivie dans l'affaire portée devant la Cour.²⁷

Ainsi, nous assistons à un renforcement progressif de la capacité procédurale des individus dans les procédures instaurées aux termes de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, avec non seulement l'évolution graduelle du Règlement lui-même de la Cour Interaméricaine (v. *supra*), mais aussi l'interprétation de diverses dispositions de la Convention Américaine, à la lumière de son objet et de son but, et du Statut de la Cour. S'agissant des dispositions pertinentes de la Convention, nous pouvons souligner les suivantes: a) les articles 44 et 48.1.f de la Convention Américaine peuvent clairement être interprétés comme des dispositions en faveur de l'octroi du rôle de partie demanderesse aux pétitionnaires individuels; b) l'article 63.1 de la Convention fait état de la "partie lésée", ce qui signifie qu'il ne peut s'agir que des individus (et jamais de la Commission); c) l'article 57 de la Convention stipule que la Commission "participera aux audiences auxquelles donnent lieu toutes les affaires évoquées devant la Cour", mais ne précise pas à quel titre, et il n'indique pas que la Commission est partie; d) l'article 61 lui-même de la Convention, en établissant que seuls les États Parties à la Convention et la Commission ont qualité pour saisir la Cour, ne parle pas de "parties";²⁸ et e) l'article 28 du Statut de la Cour stipule que la Commission comparaitra "comme partie en cause" (c'est-à-dire, dans un sens purement procédural), mais n'établit pas qu'elle est effectivement "partie".

Également en ce qui a trait à la procédure consultative, il est impossible de ne pas mentionner que l'historique Avis Consultatif n. 16 de la Cour Interaméricaine, sur le *Droit à l'Information sur l'Assistance Consulaire dans le Cadre des Garanties du Procès Équitable*, émis le 1er. octobre 1999, a bénéficié d'une procédure consultative extraordinairement riche, au cours de laquelle, outre les huit États intervenants,²⁹ ont pris la parole dans les audiences publiques sept individus représentant quatre ONGs (nationales et internationales) des droits de l'homme, deux individus d'une ONG oeuvrant en faveur de l'abolition de la peine de mort, deux représentants d'une entité (nationale) d'avocats, quatre professeurs universitaires à titre individuel et trois individus intervenant au nom d'un condamné à mort. Ces informations, peu connues, révèlent également que toute personne a accès à la juridiction internationale dans le système interaméricain de protection, dans le

cadre des procédures consultatives établies dans la Convention Américaine; elles démontrent en outre le caractère d'*ordre public* international des procédures en question.

Cet Avis Consultatif n. 16 de la Cour Interaméricaine, de 1999, vraiment pionnier, a donné une contribution remarquable au développement progressif du droit international public contemporain lui-même, a la lumière de l'impact du droit international des droits de l'homme, en ce qui concerne l'assistance consulaire. Il a servi d'inspiration pour d'autres tribunaux internationaux, ainsi que pour la jurisprudence internationale *in statu nascendi* sur la matière, comme le reconnaît clairement la bibliographie spécialisée de nos jours,³⁰ et il a eu une influence sensible dans la pratique des États de la région à ce sujet.

La Cour Interaméricaine, en ce début de XXI^{ème} siècle, a définitivement atteint sa maturité institutionnelle. Jamais une génération de juges n'a eu tant à donner d'elle-même que la génération actuelle,³¹ comme le démontrent très bien les *Rapports Annuels* de la Cour de ces dernières années.³² Cependant, pour faire face aux besoins croissants de protection, la Cour a un besoin considérable de ressources additionnelles, humaines et matérielles.³³ Avec l'entrée en vigueur, le 1^{er} juin 2001, de son nouveau Règlement (de 2000), ces ressources seront indispensables pour le fonctionnement même, ou la *mise-en-oeuvre*, du mécanisme de protection de la Convention Américaine, précisément à la suite de l'octroi aux victimes présumées ou à leurs proches, ou à leurs représentants légaux, du *locus standi in judicio*, à titre de véritable partie demanderesse, aux côtés de la Commission et de l'État défendeur. Ainsi, la Cour devra écouter et traiter les plaidoyers des trois parties procédurales (pétitionnaires, Commission et État), ce qui entraînera une augmentation des coûts.³⁴

Plusieurs nouveaux affaires ont été récemment décidés par la Cour Interaméricaine, et son 17^{ème}. Avis Consultatif a été émis, de conformité avec son quatrième et actuel Règlement. Il conviendra, en temps opportun, d'examiner des aspects particuliers de la future affectation des ressources matérielles, comme un mécanisme d'aide judiciaire gratuite (*free legal aid*) pour les pétitionnaires sans ressources matérielles (un point directement lié à la question centrale de l'accès même à la justice aux niveaux tant national qu'international), comme cela s'est fait il y a quelques années dans le cadre du système européen de protection.³⁵ Ces aspects budgétaires de la transformation graduelle du régime de travail de la Cour en un tribunal permanent, je les ai examinés en détail dans un *Rapport* que j'ai présenté, le 16 avril 2002, à une réunion conjointe de la CAJP et de la Commission des Affaires Administratives et Budgétaires (CAAP) du Conseil Permanent de l'OEA.³⁶ Ledit

Rapport, intitulé "*Le financement du système interaméricain de protection des droits de l'homme*") a été distribué aux Délégations présentes des États membres de l'OEA; on attend maintenant leur réponses et décisions correspondantes.

IV. RAPPORTS DU PRÉSIDENT ET RAPPORTEUR DE LA COUR INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME PRÉSENTÉS AU CONSEIL PERMANENT ET À L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE DE L'OEA (2000-2002)

Avant d'aborder les défis actuels et futurs du système interaméricain de protection, il serait opportun de récapituler brièvement les points essentiels que j'ai eu l'occasion de développer dans les *Rapports* qu'il m'a été donné de présenter au Conseil Permanent à l'Assemblée générale de l'OEA au cours de l'exercice triennal 2000-2002. Dans le *Rapport* présenté à la CAJP du Conseil Permanent dans le cadre du *Dialogue* sur le système interaméricain de protection des droits de l'homme, le 16 mars 2000, j'ai évalué les résultats du séminaire tenu en 1999, en ce qui a trait aux différents thèmes abordés lors de cette rencontre, ainsi que les résultats des quatre réunions d'experts tenues au siège de la Cour entre septembre 1999 et février 2000³⁷ (v. *supra*). Plus tard, le 13 avril 2000, j'ai de nouveau comparu devant la même CAJP du Conseil Permanent pour présenter les travaux de la Cour pendant l'année 1999, notamment en ce qui concerne le renforcement du système interaméricain de protection des droits de l'homme.³⁸ Le 06 juin 2000, dans ma présentation du *Rapport annuel* précité de la Cour devant l'Assemblée Générale de l'OEA, tenue à Windsor, Canada,³⁹ je me suis permis de formuler, *inter alia*, les réflexions suivantes:

- "La Cour est consciente des défis actuels et futurs qu'il lui faut relever. Je vois très distinctement les mesures qu'il convient de prendre pour renforcer notre système régional de protection, dans le respect des principes de l'universalité et de l'indivisibilité de tous les droits de la personne. En premier lieu, tous les États de la région doivent, comme je l'ai mentionné, ratifier la Convention Américaine et ses deux Protocoles en vigueur, ou adhérer à ces instruments. En deuxième lieu, les États doivent adopter les mesures nationales indispensables à la mise en

oeuvre de la Convention Américaine, afin d'assurer l'applicabilité directe des normes de la Convention dans le droit interne des États Parties et l'observation rigoureuse des décisions de la Cour.

La troisième mesure concerne l'acceptation intégrale de la compétence contentieuse de la Cour Interaméricaine par tous les États parties à la Convention, assortie d'une disposition établissant le caractère *automatique* de la juridiction obligatoire de la Cour pour tous les États parties, sans exception.

Les clauses relatives à la juridiction obligatoire de la Cour et au droit des particuliers de présenter une requête, clauses qui sont nécessairement liées, constituent les véritables pierres angulaires de la protection internationale des droits de la personne: ce sont elles qui permettent aux particuliers d'avoir accès à la justice sur le plan international, ce qui constitue une véritable révolution juridique, peut-être l'héritage le plus important que nous apportons avec nous en cette aube de XXIème. siècle.

Cela m'amène au quatrième point, à savoir l'exigence de l'accès direct des particuliers à la juridiction de la Cour Interaméricaine, ce qui requiert, dans un premier temps, que soit assurée la participation la plus large possible des particuliers (*locus standi*) dans toutes les étapes de la procédure relative à l'affaire instruite par la Cour, avec la préservation des fonctions non contentieuses de la Commission interaméricaine. Une telle participation peut être assurée par les modifications que nous avons commencé d'introduire en septembre 1996 dans le Règlement de la Cour, suivies de la cristallisation du droit d'accès direct (*jus standi*) des particuliers à la juridiction de la Cour Interaméricaine (c'est-à-dire, à la justice sur le plan international) par le biais de l'adoption d'un Protocole Additionnel à la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, dans ce but exprès. Les progrès nécessaires en ce sens, assortis des ressources humaines et matérielles indispensables et adéquates, conviennent à tous puisque la voie juridictionnelle représente la forme la plus évoluée et perfectionnée de la protection des droits de la personne. Enfin, il m'apparaît nécessaire de toujours garder présente à l'esprit la vaste portée des obligations conventionnelles de protection aux termes des traités relatifs aux droits de la personne, obligations qui lient tous les pouvoirs (exécutif, législatif, judiciaire) de l'État. En créant des obligations pour les États parties vis-à-vis de tous les êtres humains relevant de leurs juridictions respectives, ces traités exigent l'exercice de la *garantie collective* pour la pleine réalisation de leurs objectifs. La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme est persuadée que l'exercice permanent de ladite garantie collective contribuera au renforcement du système

interaméricain de protection des droits de la personne, à l'aube de ce nouveau siècle.

Ce renforcement devra, en résumé, s'appuyer sur quatre piliers fondamentaux: la garantie de l'accès direct des particuliers à la juridiction de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme et l'intangibilité de cette juridiction (pierres angulaires de la protection internationale des droits de la personne humaine), assorties du respect intégral, par les États, de toutes les décisions de la Cour et de l'exercice de la garantie collective, par les États parties, des obligations consacrées dans la Convention Américaine. Cette tâche s'adresse à tous, aux organes conventionnels de supervision de la Convention comme aux États parties, afin que nous puissions contribuer à l'édification d'un monde meilleur pour nos descendants; les générations futures nous feront savoir ce qu'elles pensent de notre travail de protection.⁴⁰

Le 09 mars 2001, j'ai comparu de nouveau devant la CAJP du Conseil Permanent de l'OEA pour présenter le *Rapport* sur les travaux de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme pendant l'année 2000, en ma qualité de Président du Tribunal;⁴¹ après mon exposé, j'ai eu l'occasion d'entretenir un dialogue fructueux avec les 12 Délégations présentes. Le 05 avril 2001, je suis revenu à la CAJP pour participer au *Dialogue*, entamé l'année précédente par le même organe, au sujet du renforcement du système interaméricain de protection des droits de la personne humaine. À cette occasion, j'ai présenté mon nouveau *Rapport*, contenant ce que j'ai appelé les "*Fondements d'un Projet de Protocole à la Convention Américaine relative aux droits de l'Homme pour renforcer son mécanisme de protection de cette dernière*". Dans ledit *Rapport*, je me suis permis de formuler une série de propositions (comme, par exemple, une modification des articles 50.2, 51.1, 59, 62, 65, 75 et 77 de la Convention Américaine), fruit d'une longue et intense réflexion personnelle sur les moyens de renforcer le mécanisme de protection de la Convention Américaine.⁴²

J'ai formulé ces propositions (*v. infra*) en ayant présent à l'esprit qu'elles doivent faire partie d'un processus de réflexion collective, qui doit être mené de façon permanente, avec la participation de tous les intervenants et bénéficiaires du système interaméricain de protection: les États, les organes conventionnels de supervision internationale (Cour et Commission Interaméricaines des Droits de l'Homme), l'Institut Interaméricain des Droits de l'Homme (IIDH), les ONGs et les individus et groupes de particuliers bénéficiaires du système en général. La tenue des plus vastes consultations possibles avec tous ces intervenants (y compris par le biais de la distribution de questionnaires) revêt une importance primordiale. L'objectif est d'obtenir

un consensus dans le cadre d'un dialogue constructif au cours des prochaines années, - ce qui constitue un élément indispensable au succès de la future présentation et adoption, au moment opportun, dudit Projet de Protocole à la Convention Américaine en portant une plus ample réforme de celle-ci, en ce qui concerne concrètement le renforcement de son mécanisme de protection.

Ces consultations prendront du temps avant que les consensus nécessaires ne puissent être obtenus et, surtout, avant que l'on ne parvienne à la *formation d'une conscience*, parmi tous les intervenants du système interaméricain de protection, relativement à la nécessité de changements, sans idées préconçues. Comme je l'ai signalé lors de l'échange d'idées du 09 mars 2001, à l'occasion de la réunion de la CAJP de la OEA, je suis fermement convaincu que la *conscience humaine* est la *source matérielle* du Droit dans son ensemble, qu'elle est à la base de ses progrès et de son évolution, à l'instar de ses sources formelles. Sans cette *formation d'une conscience*, nous n'irons pas très loin dans le perfectionnement de notre système de protection. Comme je n'ai cessé de le répéter, il y a d'autres conditions préalables à la consolidation de notre système régional de protection; je veux parler de la ratification de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, ou l'adhésion à cette dernière, par tous les États membres de l'OEA, de l'acceptation intégrale de la juridiction obligatoire de la Cour Interaméricaine par tous les États Parties à la Convention, et de l'incorporation des normes substantives de cette dernière dans le droit interne des États Parties.

Plus récemment, dans le rapport que j'ai présenté à la CAJP de l'OEA, le 19 avril 2002, j'ai repris ma proposition d'un Projet de Protocole à la Convention Américaine, pour perfectionner son mécanisme de protection en consolidant la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain de protection. À cet occasion, j'ai signalé, *inter alia*, que

- "L'octroi du *locus standi in judicio* aux pétitionnaires à toutes les étapes de la procédure dans l'affaire instruite par la Cour représente une étape supplémentaire - et des plus importantes - dans l'évolution que le système interaméricain de protection des droits de l'homme a connue au fil des ans, et dont nous avons été témoins et acteurs. Je suis convaincu que la reconnaissance de la *legitimitas ad causam* des particuliers devant les instances internationales répond à une *nécessité* de l'ordre juridique international lui-même, non seulement dans notre système régional de protection, mais aussi sur le plan universel.⁴³ Nous assistons, en ce début de

XXIème. siècle, à un processus historique d'*humanisation* du droit international contemporain."⁴⁴

La portée du droit de la personne humaine de l'accès à la justice internationale est beaucoup plus vaste que le simple accès formel, *stricto sensu*, à l'instance judiciaire internationale. Dans mon dernier rapport au Conseil Permanent de l'OEA, que je lui ai présenté le 16 octobre 2002, intitulé "*Le droit de l'accès à la justice internationale et les conditions pour sa réalisation dans le cadre du système interaméricain de protection des droits de l'homme*", j'ai remarqué que le droit de l'accès à la justice comprend ici l'accès la Cour Interaméricaine, et se trouve implicite dans plusieurs dispositions de la Convention Américaine, et, en plus, marque présence dans le droit interne des États Parties⁴⁵ à la Convention Américaine. Le droit de l'accès à la justice, doté d'un contenu juridique propre, signifie, *lato sensu*, le droit d'obtenir la justice. Il se présente, de cette façon, comme un droit autonome, à la *réalisation* de la justice elle-même.⁴⁶ Il faut, alors, attribuer tous les ressources (humains et matériaux) nécessaires à l'exercice adéquat des fonctions des tribunaux compétents et indépendants, aux niveaux national et international, parce qu'autrement les justiciables seraient privés de leur droit de l'accès à la justice. On est ainsi devant un vrai *droit au Droit*, c'est-à-dire, le droit à un ordre juridique - aux niveaux national ainsi qu'international - capable de protéger effectivement les droits fondamentaux de la personne humaine.⁴⁷

Toutes les propositions que j'ai présentées devant les organes compétents de l'OEA (*v. supra*) ont pour objectif de perfectionner et de renforcer le mécanisme de sauvegarde des droits de la personne humaine sous la Convention Américaine, tout en tenant compte des demandes et besoins croissants de protection des droits de l'homme dans notre partie du monde,⁴⁸ et également des points suivants: a) l'évolution du Règlement de la Cour dans une perspective historique et, notamment, la signification des changements introduits par le nouveau Règlement (2000) de la Cour en ce qui a trait au fonctionnement du mécanisme de protection de la Convention Américaine (*v. supra*); b) le nécessaire renforcement de la capacité procédurale, au niveau international, des particuliers aux termes de la Convention Américaine; et c) le passage du principe du *locus standi* à celui du *jus standi* pour les pétitionnaires individuels auprès de la Cour Interaméricaine. En gardant tout cela présent à l'esprit, je passerai maintenant au dernier point du présent étude, à savoir, les défis actuels et futurs du système interaméricain de protection des droits de la personne humaine.

V. LES DÉFIS ACTUELS DU SYSTÈME INTERAMÉRICAIN DE PROTECTION DES DROITS DE LA PERSONNE HUMAINE

Dans mes exposés du 05 avril 2001, et du 19 avril 2002, devant la CAJP de l'OEA, j'ai décrit en détail les mesures et les réformes qu'il convient de mettre en oeuvre, à mon avis, pour renforcer et perfectionner le mécanisme de protection de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme (cf. *supra*). Il faut maintenant de revenir sur cette question en identifiant les défis actuels du système interaméricain de protection, ainsi que les mesures qu'il convient de prendre, dans les plus brefs délais, si nous voulons éviter une paralysie de ce dernier. Je veux parler de l'augmentation des ressources humaines et financières de la Cour et de la Commission, ainsi que de l'établissement d'un mécanisme international de surveillance de l'application des décisions des deux organes de supervision de la Convention américaine relative aux Droits de l'Homme. Je considère que ces deux mesures constituent un complément essentiel pour assurer la pleine efficacité des récentes réformes réglementaires effectuées par les deux organes de supervision de la Convention Américaine.

1. ALLOCATION DE RESSOURCES HUMAINES ET MATÉRIELLES ADÉQUATES À LA COUR INTERAMÉRICAINNE

S'agissant de la première mesure, nous sommes tous conscients du fait que, malgré les vrais progrès du système interaméricain des droits de la personne humaine et malgré son implantation à l'échelle de notre continent, ce système de protection est jusqu'à un certain point entravé par un mode de financement qui ne permet pas le dynamisme nécessaire pour répondre aux exigences d'une justice prompte et accomplie, comme l'exige la Convention Américaine elle-même. C'est là une réalité que les récentes réformes réglementaires de la Cour et de la Commission rendent encore plus préoccupante et alarmante. Comme je me suis permis de le signaler dans mes exposés devant l'Assemblée Générale de l'OEA de 2001 (tenue à San José du Costa Rica) et de 2002 (tenue à Bridgetown, Barbados), ces réformes réglementaires ont été effectuées avec le compromis de la part des États membres de l'OEA qu'elles seraient accompagnées des ressources budgétaires additionnelles nécessaires. Cependant, la session extraordinaire sur les questions budgétaires que l'Assemblée Générale devait tenir en

2001 n'a pas eu lieu et les ressources ne sont jamais venues, - au moins jusqu'à présent, - de telle sorte que le système est maintenant menacé de paralysie.

En ce qui concerne la Cour Interaméricaine, étant donné qu'elle n'est pas actuellement un organe judiciaire permanent, elle a effectué son travail jusqu'à maintenant dans le cadre de sessions ordinaires et extraordinaires tenues à son siège, à San José du Costa Rica. Les Juges doivent donc se déplacer depuis leurs pays respectifs lorsque la Cour siège. Il convient de souligner que, dans un effort pour faire le maximum avec les ressources matérielles fournies par l'OEA, la Cour siège aussi bien pendant les jours fériés et les fins de semaine que pendant les jours ouvrables. La Cour est assistée par un Secrétariat qui joue un rôle essentiel dans le travail quotidien du Tribunal, surtout dans les démarches et les tâches procédurales relatives aux espèces dont la Cour est saisie, afin que ces espèces puissent être résolues pendant les brèves périodes où la Cour siège.⁴⁹ Dès le lancement du *Dialogue* sur le renforcement et le perfectionnement du Système interaméricain de protection des droits de la personne en 1996 (v. *supra*), les participants à ce *Dialogue* se sont entendus sur l'impérieuse nécessité d'augmenter les ressources humaines et matérielles du Système afin qu'il puisse remplir pleinement ses fonctions, mais ces ressources n'ont pas encore été octroyées.

Les Chefs d'État et de Gouvernement des pays du continent américain, réunis dans le cadre du III Sommet des Amériques (Québec, Canada, avril 2001), ont été clairs, catégoriques et explicites à ce sujet, lorsqu'ils ont demandé à l'OEA d'adopter les mesures nécessaires à "*l'augmentation substantielle des ressources affectées au maintien des opérations courantes*". Pourtant, malgré cette instruction, le budget annuel de la Cour n'a pratiquement connu aucune augmentation, en termes réels, depuis 1997.⁵⁰ Le budget actuel de la Cour lui permet de fonctionner seulement avec le minimum de ressources, ce qui se traduit par une détérioration des services qui doivent être rendus pour assurer un travail adéquat de cette Cour. De même, le budget assigné à la Cour ne lui a pas permis de couvrir adéquatement, année après année, l'augmentation constante des frais de fonctionnement associés aux affaires dont elle est saisie et il arrive régulièrement qu'elle procède à des coupures ou qu'elle élimine des activités importantes pour ne pas terminer l'exercice financier avec un déficit budgétaire.

Comme je l'ai souligné lors d'une réunion conjointe de la CAJP et de la Commission des Affaires Administratives et Budgétaires (CAAP) de l'OEA, dans le rapport que j'ai présenté le 16 avril 2002, intitulé "*Le financement du système interaméricain des droits de l'homme*", qui a été distribué aux Délégations présentes

des États membres de l'OEA, les récentes réformes réglementaires de la Cour et de la Commission entraînent nécessairement un accroissement considérable du travail de la Cour et de ses frais de fonctionnement.⁵¹ Dans les débats qui ont suivi mon exposé, lors de ladite réunion conjointe de la CAJP et de la CAAP de l'OEA, j'ai expliqué que, à mon avis, aucun domaine d'activité ne légitimait plus l'OEA, aujourd'hui, que celui de la promotion et de la protection des droits de la personne; sans les droits de la personne, il n'y a ni démocratie ni état de droit. Je viens de répéter cette perception personnelle dans mon dernier rapport présenté au Conseil Permanent de l'OEA le 16 octobre 2002. L'OEA et le Conseil de l'Europe ont la chance de pouvoir compter, aujourd'hui, sur les deux seuls tribunaux internationaux - les Cours Interaméricaine et Européenne des Droits de l'Homme, créés par les Conventions régionales respectives, actuellement en activité, qui justifient en grande partie l'existence même de ces organismes internationaux.⁵² La Cour interaméricaine n'est pas un "organe comme n'importe quel autre" de l'OEA; elle se situe à un niveau hiérarchique supérieur, car elle est le premier organe judiciaire de la Convention Américaine, et doit être une source de fierté pour l'OEA puisqu'elle est l'un des deux tribunaux internationaux des droits de l'homme qui existent aujourd'hui dans le monde. Elle doit donc être traitée en conséquence.

En effet, le nouveau Règlement de la Cour Interaméricaine laisse prévoir une forte augmentation des coûts de traitement des affaires, puisque les victimes présumées (ou leurs proches, et leurs représentants légaux) ont maintenant le *locus standi in judicio*, à titre de véritable partie demanderesse, participation qui vient s'ajouter à celle de la Commission et de l'État défendeur. La Cour devra donc écouter et traiter les plaidoyers des trois parties processales (les pétitionnaires en tant que vraie partie demanderesse, la Commission et l'État défendeur), ce qui entraînera une augmentation des coûts. Par ailleurs, avec l'augmentation inévitable du nombre d'espèces dont la Cour sera saisie en vertu du nouveau Règlement, le système actuel de quatre sessions ordinaires par année s'avérera manifestement insuffisant et inadéquat pour la bonne exécution par la Cour des fonctions que lui assigne la Convention Américaine. Si aucune mesure n'est prise à cet égard, on peut s'attendre à l'apparition d'une "liste d'attente" interminable pour les espèces en instance de jugement. Afin d'éviter cette paralysie virtuelle, et pour permettre le traitement diligent du nombre croissant d'affaires portées à la connaissance de la Cour, tant que cette dernière ne deviendra pas permanente, il convient d'augmenter, dans les plus brefs délais, le nombre de semaines pendant lesquelles la Cour siège.

À cet égard, dans le rapport précité que j'ai présenté à la réunion conjointe de la CAJP et à la CAAP de l'OEA, j'ai défini des objectifs budgétaires à court, moyen et long termes. J'ai notamment proposé à la CAAP du Conseil Permanent de l'OEA que le budget de la Cour soit augmenté afin de nous permettre de faire passer la durée des sessions de 8 à 12 semaines par an (au minimum, à court terme), puis de 12 à 24 semaines par an (à moyen terme, avec un allongement de la période de permanence du Président et du Vice-président au siège de la Cour), et que soit ensuite évalué le budget nécessaire pour que la Cour devienne permanente (à long terme). Une telle augmentation graduelle de la durée des sessions de la Cour constituerait une mesure concrète pour renforcer efficacement le mécanisme de protection offert par la Convention Américaine.⁵³

2. CRÉATION D'UN MÉCANISME DE SURVEILLANCE INTERNATIONALE PERMANENTE DE L'OBSERVATION (COMPLIANCE) DES ARRÊTS ET DÉCISIONS DE LA COUR INTERAMÉRICAINNE

Comme je me suis déjà permis de le signaler, le complément inéluctable de la grande conquête que représente le droit des particuliers de présenter une requête, sur le plan international, réside dans l'*intangibilité* de la juridiction obligatoire de la Cour Interaméricaine, juridiction qui, à mon avis, en plus d'être *obligatoire*, doit également être *automatique* pour tous les États Parties à la Convention Américaine. Les clauses de ladite juridiction obligatoire et du droit des particuliers de présenter des requêtes constituent le fondement de l'ensemble du mécanisme de sauvegarde internationale de l'être humain (à mon avis, le legs le plus important de la science juridique du XXème. siècle), raison pour laquelle je me suis permis de dire que ces clauses constituaient les véritables pierres angulaires (*cláusulas pétreas*) de la protection internationale des droits de la personne humaine.⁵⁴ Effectivement, nous sommes témoins d'événements importants qui montrent que prend corps le vieil idéal de la justice internationale, de la juridiction internationale obligatoire et permanente.

Ainsi, il convient de rappeler qu'aujourd'hui, tous les États membres du Conseil de l'Europe sont Parties à la Convention Européenne des Droits de l'Homme et soumis à la Cour Européenne des Droits de l'Homme, à laquelle les particuliers peuvent s'adresser directement et qui est dotée d'une juridiction obligatoire et automatique *vis-à-vis* tous les États Parties à la Convention. De même, le Tribunal de Luxembourg a juridiction obligatoire en relation avec tous les États membres de l'Union Européenne. Tous les États membres

de l'Organisation de l'Unité Africaine sont aujourd'hui Parties à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples et ont décidé (par l'adoption du Protocole du Burkina Faso de 1998) d'établir une Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Enfin, le 12 avril 2002, il a été annoncé que le Statut de Rome de 1998 relatif à l'établissement du Tribunal Pénal International avait obtenu les soixante ratifications nécessaires pour son entrée en vigueur et, partant, pour la mise en place d'une juridiction pénale internationale permanente, obligatoire pour tous les États Parties.

Tous ces exemples pointent dans le même sens: la *jurisdictionalisation* des mécanismes internationaux de protection des droits de la personne humaine, et la position centrale de ces derniers dans le droit international en ce début de XXIème. siècle. Tout cela a été rendu possible, en dernière instance, par le degré élevé d'évolution qu'a atteint la conscience humaine. Il est nécessaire de toujours garder présente à l'esprit la vaste portée des obligations conventionnelles de protection aux termes des traités relatifs aux droits de la personne humaine, obligations qui lient tous les pouvoirs (exécutif, législatif, judiciaire) de l'État; en créant des obligations pour tous les États Parties aux traités des droits de l'homme *vis-à-vis* tous les êtres humains qui se trouvent sous leurs juridictions respectives, ces traités imposent aux États Parties l'exercice de la *garantie collective* pour la pleine réalisation de leurs objectifs. La Cour Interaméricaine est convaincue que l'exercice permanent de ladite garantie collective contribuera au renforcement du système interaméricain de protection des droits de la personne humaine.

Les États Parties à la Convention Américaine assument, chacun individuellement, le devoir de respecter les décisions de la Cour, comme l'établit l'article 68 de la Convention, en application du principe *pacta sunt servanda*, sans oublier non plus qu'il s'agit d'une obligation découlant de leur propre droit interne. De même, les États Parties, en tant que *garants* de la Convention Américaine, assument conjointement l'obligation de veiller à l'intégrité de la Convention. La supervision de la fidèle exécution des arrêts de la Cour est une tâche qui repose sur l'ensemble des États Parties à la Convention. À cet égard, dans mon exposé du 05 avril 2001 devant la CAJP de l'OEA, j'ai proposé, dans le but d'assurer une *surveillance continue* de la fidèle application de toutes les obligations conventionnelles de protection, en particulier des arrêts de la Cour Interaméricaine, que soit ajoutée, dans un éventuel Protocole à la Convention Américaine, la phrase suivante à la fin de l'article 65 de la Convention:

- "L'Assemblée Générale les remettra au Conseil Permanent aux fins d'étude de la matière et

d'établissement d'un rapport sur lequel l'Assemblée Générale délibérera en conséquence".

De plus, la CAJP de l'OEA créerait un Groupe de Travail permanent, composé de représentants des États Parties à la Convention Américaine, qui aurait pour mandat de superviser, de façon permanente, l'observation (*compliance*), par les États défendeurs, des arrêts et décisions de la Cour Interaméricaine. Ce Groupe de Travail rendrait compte à la CAJP, qui ferait à son tour rapport au Conseil Permanent afin que ce dernier puisse inclure l'information dans son propre rapport soumis à l'Assemblée Générale. Ce serait une manière de compenser une lacune et de disposer d'un mécanisme fonctionnant sur une *base permanente* (et pas seulement une fois par an devant l'Assemblée Générale de l'OEA) pour superviser l'exécution fidèle, par les États Parties défendeurs, des arrêts de la Cour Interaméricaine.

Dans mon exposé du 17 avril 2002, devant le Conseil Permanent de l'OEA, je me suis permis d'ajouter l'observation suivante:

- "L'exercice de la garantie collective par les États Parties à la Convention ne doit pas seulement être réactif, lorsqu'un État omet d'observer un arrêt de la Cour, mais également proactif. Ainsi, tous les États Parties doivent adopter, au préalable, des *mesures positives* de protection conformément aux normes de la Convention Américaine. Il est indéniable qu'un arrêt de la Cour est 'chose jugée', obligatoire pour l'État défendeur concerné, mais c'est également 'chose interprétée', valide *erga omnes partes*, en ce sens qu'il a des implications pour tous les États Parties à la Convention, en ce qui a trait à leur devoir de prévention. Une compréhension claire de ces points fondamentaux est essentielle à l'édification d'un *ordre public* interaméricain fondé sur la fidèle observation des droits de la personne."⁵⁵

En effect, la jurisprudence protectrice de la Cour Interaméricaine - composée à ce jour de 94 arrêts, 17 avis consultatifs et 45 mesures provisoires de protection - constitue aujourd'hui un véritable patrimoine juridique de tous les pays et peuples de la région. Elle doit être sauvegardée par une volonté commune de tous les États Parties à la Convention Américaine et tous les États membres de l'OEA.⁵⁶

VI. CONCLUSIONS

La recherche de la sauvegarde pleine et entière et de la prévalence des droits inhérents à l'être humain, quelles que soient les circonstances, correspond au

nouvel *ethos* de l'actualité, et représente une manifestation claire, également dans notre partie du monde, de la *conscience juridique universelle* en cette aube du XXIème. siècle. On reconnaît aujourd'hui, sans équivoque, la nécessité de restituer à la personne humaine la position centrale qui lui appartient, en tant que *sujet du droit tant interne qu'international*. Cette reconnaissance se manifeste, à mon avis, dans le cadre du processus d'*humanisation* du droit international contemporain, auquel nous avons le privilège d'assister et de participer dans nos jours, - un processus dans lequel on s'attache plus directement à cerner et à réaliser des valeurs et objectifs communs supérieurs. Par ailleurs, avec cette reconnaissance, nous revenons aux origines conceptuelles tant de l'État national que du droit international. S'agissant du premier, il ne faut pas oublier que l'État a été conçu originairement pour permettre la réalisation du bien commun et qu'il existe pour le bénéfice de l'être humain, et non l'inverse. En ce qui concerne le second, il ne faut pas non plus oublier que le droit international n'était pas, au début, un droit strictement interétatique, mais bien le *droit des gens*.

La Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme apporte sa valeureuse contribution à ce processus historique d'humanisation du droit international. L'impact de sa jurisprudence protectrice dans le droit international public se fait déjà sentir.⁵⁷ En effet, dans une dimension plus large, la subjectivité internationale de la personne et sa capacité juridico-procédurale ne constituent plus seulement un impératif éthique, mais aussi une *nécessité* de l'ordre juridique international contemporain. Nous avons tous le devoir inéluctable d'apporter notre contribution en ce sens. Comme je me suis permis de le signaler dans mon exposé devant les Ministres des Affaires Étrangères des États Membres de l'OEA, lors de l'Assemblée Générale de l'Organisation tenue à San José du Costa Rica, le 04 juin 2001,

- "(...) Je vois plusieurs étapes dans l'évolution du système interaméricain de protection des droits de la personne humaine (...). La première correspond à ce que nous vivons maintenant, avec les changements réglementaires adoptés par la Cour et la Commission; la deuxième étape serait celle de l'adoption d'un Protocole de modifications qui consoliderait les changements apportés aux Règlements et qui assurerait le *jus standi*, pas seulement le *locus standi*, mais l'accès direct de l'être humain à la juridiction internationale. Cela ne deviendra réalité que lorsque seront satisfaites certaines conditions préalables essentielles, comme l'acceptation universelle du système, l'adoption de ressources adéquates pour la Cour et la Commission, et l'incorporation des normes internationales de protection dans le droit interne. Nous sommes

tous des coparticipants dans ce travail collectif, les États Parties, les organes de supervision et les entités de la société civile (...)." ⁵⁸

J'ai insisté sur ce même point dans mon intervention plus récente, devant les Ministres des Affaires Étrangères des États Membres de l'OEA, lors de la dernière Assemblée Générale de l'Organisation tenue à Bridgetown, Barbados, le 04 juin 2002, en revenant sur ma proposition des "*Fondements d'un Projet de Protocole à la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme pour Renforcer son Mécanisme de Protection* (v. *supra*).

Je voudrais conclure cet étude en résumant les mesures qui doivent, à mon avis, être prises à présent pour renforcer le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine. En premier lieu, *tous* les États de la région se doivent de ratifier la Convention Américaine, ses deux Protocoles en vigueur, ainsi que les Conventions interaméricaines sectorielles de protection, ou d'adhérer à ces instruments internationaux. Les États qui se sont auto-exclus du régime juridique du système interaméricain de protection ont une dette historique envers ce dernier, situation à laquelle il convient de remédier. À cet égard, j'ai la ferme conviction - comme j'ai eu plusieurs fois l'occasion de le manifester devant l'OEA et lors de séminaires internationaux - que le véritable engagement d'un pays à l'égard des droits de la personne humaine reconnus internationalement se mesure à son initiative et à sa détermination de devenir Partie aux traités relatifs aux droits de la personne humaine, assumant ainsi les obligations conventionnelles de protection que ces traités consacrent.

Dans le présent domaine de protection, les mêmes critères, principes et normes doivent valoir pour tous les États, juridiquement égaux, et opérer à l'avantage de tous les êtres humains, indépendamment de leur nationalité ou de toute autre circonstance. Tout cela suppose nécessairement l'adoption des mesures nationales indispensables à la mise en oeuvre de la Convention Américaine, afin d'assurer l'applicabilité directe des normes de la Convention dans le droit interne des États Parties et l'observation fidèle des arrêts de la Cour Interaméricaine. Aussi longtemps que tous les États membres de l'OEA n'auront pas ratifié la Convention Américaine, accepté intégralement la compétence contentieuse de la Cour Interaméricaine, et incorporé les normes substantives de la Convention Américaine dans leur droit interne, on avancera bien peu dans le renforcement réel du système interaméricain de protection.

Les organes internationaux de protection ne peuvent faire que très peu si les normes conventionnelles de sauvegarde des droits de la

personne humaine n'atteignent pas les bases des sociétés nationales. On espère donc que ces besoins de protection de la personne humaine répercutent comme il se doit dans la conscience juridique de l'ensemble des États membres de l'OEA. En devenant Parties aux traités relatifs aux droits de la personne humaine susmentionnés, tous les États de la région contribueront à ce que la *raison d'humanité* ait préséance sur la raison d'État, et à faire en sorte que les droits de la personne humaine deviennent le langage commun de tous les peuples de notre région du monde. C'est seulement ainsi que nous réussirons à édifier un *ordre public* interaméricain fondé sur le respect fidèle des droits de la personne humaine.

Deuxièmement, il importe que tous les acteurs du système interaméricain de protection examinent sérieusement les bases d'un Projet de Protocole de modification de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, en vue de renforcer le mécanisme de protection de cet instrument.⁵⁹ Les récentes réformes réglementaires⁶⁰ seraient ainsi transposées, avec d'autres mesures, à un instrument international liant juridiquement tous les États parties, dans une démonstration sans équivoque du véritable engagement de ces derniers envers l'exercice des droits de la personne humaine. Troisièmement, tous les États Parties à la Convention doivent accepter intégralement la compétence contentieuse de la Cour Interaméricaine, ainsi que le caractère *automatique* de la juridiction obligatoire de la Cour pour tous les États Parties, sans restrictions. Les clauses relatives à la juridiction obligatoire de la Cour et au droit des particuliers de soumettre des requêtes, nécessairement liées, constituent de véritables pierres angulaires de la protection internationale des droits de la personne humaine: ce sont elles qui assurent l'accès des particuliers à la justice sur le plan international, ce qui représente une véritable révolution juridique, peut-être l'héritage le plus important que nous apportons avec nous en cette aube du XXIème. siècle.

Quatrièmement, il est impératif de permettre aux particuliers d'avoir un accès direct à la juridiction de la Cour Interaméricaine. Le jour où nous serons passé du *locus standi* au *jus standi* des particuliers devant la Cour, nous aurons atteint le point culminant d'une longue évolution du droit vers l'émancipation de l'être humain, en tant que titulaire des droits inaliénables qui lui sont inhérents et qui émanent directement du droit international.⁶¹ Cinquièmement, il est essentiel d'allouer des ressources adéquates aux deux organes de supervision de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme, afin qu'ils puissent s'acquitter convenablement de leurs fonctions.

Sixièmement, des mesures nationales de mise en oeuvre de la Convention Américaine doivent être instituées, afin d'assurer l'applicabilité directe des normes de la Convention dans le cadre du droit interne des États Parties, et l'exécution des arrêts de la Cour Interaméricaine. Enfin, septièmement, je mentionnerai deux exigences, à savoir, l'exercice de la *garantie collective*, par l'ensemble des États Parties à la Convention, ainsi que la mise en place d'un mécanisme international de surveillance permanente de l'observation par les États des arrêts et décisions de la Cour et des recommandations de la Commission. Ce sont là les propositions concrètes que je me permets de soumettre aux participants présents, avec mes remerciements pour l'attention qu'ils ont bien voulu m'accorder.

Conférence prononcée pour l'auteur dans le
Colloque sur "*L'accès direct des individus
aux tribunaux internationaux et nationaux
des droits de la personne*"

Société québécoise de droit international et
Tribunal des droits de la personne du Québec
Montréal, Québec, Canada
24 octobre 2002

NOTES

1. Cf. A.A. Cançado Trindade, “ El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas”, in *Derecho Internacional y Derechos Humanos/Droit international et droits de l’homme* (Livre Commémoratif de la XXIV Session du Programme Extérieur de l’Académie de Droit International de La Haye, San José de Costa Rica, avril/mai 1995 - eds. D. Bardonnet et A.A. Cançado Trindade), La Haye/San José, IIDH/Académie de Droit International de La Haye, 1996, pp. 47-95, spéc. pp. 78-89; 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* (nov. 1999), volume I, San José de Costa Rica, Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme, 2001, pp. 3-68.
2. Cf. Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección (rapporteur: A.A. Cançado Trindade), volume II, San José de Costa Rica, Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme, 2001, pp. 1-669.
3. 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 Derecho Internacional dos Direitos Humanos*, volume I, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 1-486; volume II, 1999, p. 1-440; et volume III, 2002, pp. 1-651.
4. OEA, document OEA/Ser.G/CP/doc.2828/96.
5. A.G., résolutions 1488 et 1489 (1997), et 1546 (1998).
6. V., p. ex., les *Rapports* détaillés que j’ai présenté, dans le cadre du *Dialogue*, lors des réunions de la CAJP du 16 mars 2000 (OEA, document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1627/00), du 05 avril 2001 (OEA, document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1781/01), et du 25 avril 2002 (OEA/Ser.G/CP/CAJP-1933/02).
7. Pour un examen de l’état actuel et des perspectives du *corpus juris* qui constitue le système interaméricain de protection, v., p. ex., A.A. Cançado Trindade, “Le Système interaméricain 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.
8. OEA, Rapport adressé par le Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme, le Juge Antônio A. Cançado Trindade, à la Commission des Affaires Juridiques et Politiques du Conseil Permanent de l’Organisation des États Américains dans le cadre du Dialogue sur le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine (16 mars 2000), OEA document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1627/00, du 17.03.2000, pp. 17-21 (également disponible en anglais, en espagnol et en portugais); OEA, Rapport adressé par le Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme, le Juge Antônio A. Cançado Trindade, à la Commission des Affaires Juridiques et Politiques du Conseil Permanent de l’Organisation des États Américains dans le cadre du Dialogue sur le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine (05 avril 2001), OEA document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1781/01, du 10.04.2001, pp. 6-19 (également disponible en espagnol, anglais, et portugais); OEA, Rapport présenté par le Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme, le Juge Antônio A. Cançado Trindade, à la Commission des Affaires Juridiques et Politiques du Conseil Permanent de l’Organisation des États Américains dans le cadre du Dialogue sur le renforcement du système interaméricain de protection des droits de la personne humaine: - “Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine” (19 avril 2002), OEA document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1933/02, du 25.04.2002, pp. 05-17 (également disponible en anglais, en espagnol et en portugais); et, plus récemment, OEA, Présentation del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos: - “El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para Su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” (16 octobre 2002), OEA document OEA/Ser.G/CP/doc.3654/02, du 17.10.2002, pp. 12-21 (en train d’être traduit au français, au portugais et à l’anglais).

9. La Cour européenne s'est très tôt rendu compte qu'il lui faudrait réformer son Règlement pour l'adapter à la nature distincte des cas de contentieux en matière des droits de la personne.
10. Cette solution "pragmatique" avait reçu l'aval, avec la meilleure des intentions, d'une réunion conjointe de la Cour et de la Commission, tenue à Miami en janvier 1994.
11. 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 XXIème siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544.
12. V. les articles 44(2) et 22(2), - ainsi que les articles 34(1) et 43(1) et (2), - du Règlement de 1991. Précédemment, dans les affaires *Godínez Cruz* et *Velázquez Rodríguez* (réparations, 1989), relatives au Honduras, la Cour avait reçu des requêtes des proches parents et des avocats des victimes et en avait pris note (arrêts du 21.07.1989).
13. V. l'intervention du juge A.A. Cançado Trindade, et les réponses de M. Walter Márquez et de M^{me} Ligia Bolívar, en tant que représentants des victimes, in: Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, *Transcription de l'audience publique tenue au siège de la Cour le 27 janvier 1996 relativement aux réparations - Affaire El Amparo*, pp. 72-76 (mécanographiée, circulation interne).
14. V. les deux résolutions de la Cour, du 10.09.1996, sur les affaires mentionnées, dans : Cour I.A.D.H., *Rapport annuel de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme - 1996*, pp. 207-213.
15. Dans une lettre que je me suis permis d'adresser au Président de la Cour Interaméricaine de l'époque (le juge Héctor Fix-Zamudio), en date du 7 septembre 1996, dans le cadre des *travaux préparatoires* du troisième Règlement de la Cour, j'ai notamment signalé ce qui suit: - "(...) Sans vouloir anticiper sur nos débats futurs, j'aimerais résumer les arguments qui, à mon humble avis, militent en faveur de la reconnaissance, sous réserve de toute la prudence voulue, du *locus standi* des victimes dans la procédure suivie par la Cour interaméricaine dans les affaires qui lui ont déjà été soumises par la Commission interaméricaine. En premier lieu, à tout droit protégé correspond une capacité procédurale de le défendre ou de l'exercer. La protection des droits doit être dotée du *locus standi* procédural

des victimes, sans lequel la procédure est dépourvue en partie de l'élément contradictoire, essentiel à la recherche de la vérité et de la justice. L'élément contradictoire entre les victimes de violations et les États défendeurs fait partie de l'essence même du contentieux international des droits de la personne. Le *locus standi in judicio* des victimes contribue à une meilleure instruction du procès. En deuxième lieu, l'égalité procédurale des parties (*equality of arms/égalité des armes*) est essentielle à tout système juridictionnel de protection des droits de la personne; sans le *locus standi* des victimes, cette égalité reste mitigée. De plus, le droit de libre expression des victimes mêmes est un élément intégral des garanties de voies et de procédure. En troisième lieu, le *locus standi* des victimes contribue à la "juridictionnalisation" du mécanisme de protection, mettant ainsi fin à l'ambiguïté du rôle de la Commission, laquelle n'est pas rigoureusement "partie" au procès, mais plutôt gardienne de l'application correcte de la Convention. En quatrième lieu, dans les cas de violations prouvées des droits de la personne, ce sont les victimes mêmes qui reçoivent les réparations et indemnités. Puisque les victimes sont présentes au début et à la fin de la procédure, il n'y a pas de raison de leur nier le droit d'être présentes pendant le procès. En cinquième lieu, *last but not least*, puisque les raisons historiques qui avaient mené au refus du *locus standi in judicio* des victimes ont, à mon avis, été éliminées, la reconnaissance du *locus standi* permet alors de conférer la personnalité et la capacité juridiques internationales au particulier, afin qu'il puisse faire valoir ses droits. Les progrès dans ce sens, à l'étape actuelle de l'évolution du Système interaméricain de protection, sont une responsabilité conjointe de la Cour et de la Commission interaméricaine des droits de l'homme. La Commission devra être prête à exprimer en tout temps ses points de vue devant la Cour, même s'ils ne coïncident pas avec ceux des représentants des victimes, et la Cour devra être prête à recevoir et à évaluer les arguments des délégués de la Commission et des représentants des victimes, même s'ils divergent (...)." Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, *Lettre du juge Antônio Augusto Cançado Trindade au Président Héctor Fix-Zamudio*, en date du 07.09.1996, pp. 4-5 (original déposé aux archives de la Cour). Pour d'autres propositions, v. Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, *Lettre du juge Antônio Augusto Cançado Trindade au Président Héctor Fix-Zamudio*, en date du 06.12.1995, p. 2 (original déposé aux archives de la Cour). - J'ai soutenu les mêmes arguments dans

- toutes les réunions annuelles conjointes de la Cour et de la Commission interaméricaines des droits de l'homme, de 1995 à ce jour (comme il ressort des transcriptions de ces réunions).
16. Selon l'article 23 du Règlement de 1996, "dans l'étape de réparations, les représentants des victimes ou de leurs parents peuvent présenter leurs propres arguments et preuves en toute indépendance."
 17. V. OEA, Rapport du Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, le Juge Antônio A. Cançado Trindade, à la Commission des Affaires Juridiques et Politiques du Conseil Permanent de l'Organisation des États Américains (09 mars 2001), document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1770/01, du 16.03.2001, p. 6-8 (également disponible en anglais, en espagnol et en portugais).
 18. V. OEA, Rapport présenté par le Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, le Juge Antônio A. Cançado Trindade, à la Commission des Affaires Juridiques et Politiques du Conseil Permanent de l'Organisation des États Américains, dans le cadre du dialogue sur le renforcement du système interaméricain de protection des droits de la personne humaine: - "Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine." (19 avril 2002), document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1933/02, du 25.04.2002, p. 5-17 (également disponible en anglais, en espagnol et en portugais).
 19. Pour un commentaire récent, v. 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.
 20. OEA/A.G., résolution AG/RES.1701 (XXX-0/00), de 2000.
 21. J'ai eu l'occasion de participer aux débats tant de la réunion du Groupe de Travail *ad hoc* susmentionné que de l'Assemblée Générale de l'OEA au Canada, en ma qualité de représentant de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, et de constater le ton positif de ces débats, axés sur le perfectionnement et le renforcement des procédures aux termes de la Convention Interaméricaine relative aux Droits de l'Homme.
 22. Reproduits in: OEA, *Rapport annuel de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme - 2000*, doc. OEA/Ser.L/V/III.50-doc.4, San José, Costa Rica, 2001, p. 657-790.
 23. Il n'est jamais superflu de souligner que cette résolution n'a pas été adoptée dans le vide, mais bien dans le contexte d'un vaste et long processus de réflexion au sujet des orientations suivies par le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine. À cet égard, la Cour Interaméricaine a pris l'initiative de convoquer quatre réunions d'experts du plus haut niveau, qui se sont tenues au siège du Tribunal les 20 septembre 1999, 24 novembre 1999, 5-6 février 2000 et 8-9 février 2000, en plus du séminaire international précité de novembre 1999. V. les comptes rendus in: Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario*, volume I, San José du Costa Rica, Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, 2001, pp. 1-726.
 24. En ce qui concerne la demande d'interprétation, elle sera communiquée par le Secrétaire de la Cour aux parties à l'affaire - y compris naturellement aux victimes présumées, à leurs proches ou à leurs représentants - pour qu'elles présentent les mémoires écrits qu'elles estiment pertinents, dans un délai fixé par le Président de la Cour (article 58(2)).
 25. Pour la procédure relative aux affaires en instance devant la Cour, avant l'entrée en vigueur du nouveau Règlement le 1er. juin 2001, la Cour Interaméricaine a adopté une résolution sur les dispositions transitoires (13 mars 2001) par laquelle elle a décidé ce qui suit: a) les affaires en instance au moment de l'entrée en vigueur du nouveau Règlement (de 2000) continuent d'être traitées conformément aux normes du Règlement antérieur (de 1996), jusqu'au moment où s'achève l'étape procédurale dans laquelle elles se trouvent; et b) les victimes présumées participent à l'étape qui commence après l'entrée en vigueur du nouveau Règlement (de 2000), conformément à l'article 23 de ce dernier.
 26. Les mémoires, sous forme autonome, des victimes présumées (ou de leurs représentants ou de leurs proches) doivent naturellement être formulés en fonction de la demande (c'est-à-dire en fonction des droits qui, selon la demande, auraient été violés) parce que - comme les procéduriers ne cessent de le répéter (en invoquant surtout les maîtres italiens) - ce qui n'est pas dans le dossier n'existe pas dans le monde...
 27. À la défense de cette position (qui a réussi à venir à bout des résistances, surtout des nostalgiques

- du passé, y compris au sein du système interaméricain de protection), v. mes ouvrages: A.A. Cançado Trindade, "Le système interaméricain de protection des droits de la personne (1948-1995): Évolution, état actuel et perspectives", in *Derecho Internacional y Derechos Humanos/Droit international et droits de l'homme* (Livre commémoratif de la XXIV^{ème}. Session du programme extérieur de l'Académie de Droit International de La Haye, San José du Costa Rica, avril/mai 1995, eds. D. Bardonnnet et A.A. Cançado Trindade), La Haye/San José, IIDH/Académie de Droit International de La Haye, 1996, pp. 47-95; A.A. Cançado Trindade, "The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century", 30 *Columbia Human Rights Law Review* - New York (1998) n. 1, pp. 1-27; A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", in *Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXI^{ème}. 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), volume I, San José du Costa Rica, Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, 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.
28. À l'avenir, lorsque sera consacré - comme je l'espère - le *jus standi* des personnes devant la Cour, cet article de la Convention aura été modifié.
 29. Mexique, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Paraguay, République Dominicaine et États-Unis.
 30. V., e.g., G. Cohen-Jonathan, "Cour Européenne des Droits de l'Homme et droit international général (2000)", 46 *Annuaire français de Droit international* (2000) p. 642; M. Mennecke, "Towards the Humanization of the Vienna Convention of Consular Rights - The *LaGrand* Case before the International Court of Justice", 44 *German Yearbook of International Law/Jahrbuch für internationales Recht* (2001) pp. 430-432, 453-455, 459-460 et 467-468; Ph. Weckel, M.S.E. Helali et M. Sastre, "Chronique de jurisprudence internationale", 104 *Revue générale de Droit international public* (2000) pp. 794 et 791; Ph. Weckel, "Chronique de jurisprudence internationale", 105 *Revue générale de Droit international public* (2001) pp. 764-765 et 770.
 31. Soit la génération des juges qui composent actuellement la Cour Interaméricaine, à savoir: Antônio A. Cançado Trindade, Président; Alirio Abreu Burelli, Vice-président; Máximo Pacheco Gómez; Hernán Salgado Pesantes; Oliver Jackman; Sergio García Ramírez; et Carlos Vicente de Roux Rengifo.
 32. Pour les nostalgiques du passé, je me permets de mentionner un seul exemple : le Rapport annuel de la Cour portant sur l'année 1991 compte 127 pages; dix ans plus tard, le Rapport annuel de la Cour portant sur l'année 2000 compte 818 pages; et le Rapport annuel de la Cour correspondant à 2001, pour la première fois en deux volumes, compte 1277 pages. Plus important encore que le volume de travail, c'est la qualité du travail exécuté aujourd'hui par le Tribunal qu'il convient de souligner. Le Tribunal remplit sa tâche dans des conditions adverses, avec un minimum de ressources humaines et matérielles, grâce au dévouement de tous ses magistrats et à l'appui permanent de son Secrétariat.
 33. Au cours du dernier exercice biennal, la Cour a signalé, dans les deux derniers projets de budget transmis (en 2000-2001) à la Commission des Affaires Administratives et Budgétaires (CAAP) de l'OEA (pour les exercices financiers 2001-2002), l'urgente nécessité des ressources additionnelles susmentionnées - en réalité, d'un budget au moins cinq fois plus important que le budget actuel.
 34. De plus, avec l'inévitable augmentation des affaires soumises à la Cour aux termes du nouveau Règlement, le système actuel de trois ou quatre sessions ordinaires par année sera manifestement insuffisant et inadéquat pour la bonne exécution des tâches assignées au Tribunal par la Convention. L'accroissement du volume et de la complexité du travail, à la suite des modifications introduites dans le nouveau Règlement de la Cour, conformément aux recommandations formulées par l'Assemblée Générale de l'OEA dans la résolution

AG/RES.1701(XXX-0/00), requiert en outre un accroissement de personnel dans le secteur juridique de la Cour - qui fonctionne aujourd'hui avec un minimum essentiel, avec les rajustements subséquents des rémunérations de ses titulaires. Ceci ne tient pas compte du fait que les magistrats de la Cour Interaméricaine, contrairement à ceux des autres tribunaux internationaux existants, continuent de travailler sans recevoir un quelconque salaire, ce qui signifie que leur travail continue d'être un apostolat plus que toute autre chose.

35. En raison de tout ce qui précède, c'est au bon moment que surgit la proposition du Costa Rica d'accroître, de façon échelonnée, le budget de la Cour et de la CIDH d'au moins 1% par rapport aux 5,7% actuels du Fonds ordinaire de l'OEA, jusqu'à ce que ce budget atteigne 10% du Fonds en question en l'an 2006. Cette proposition bénéficie du ferme appui de la Cour et mérite, à mon avis, l'appui de tous les États membres de l'OEA; voir OEA, document OEA/Ser.G-CP/doc.3407/01, du 23.01.2001, p. 3.
36. OEA, El Financiamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos - Documento Presentado por el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (16.04.2002), OEA document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1921/02/Corr.1, du 23.04.2002, pp. 1-20.
37. V. OEA, Rapport adressé par le Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, juge Antônio A. Cançado Trindade, à la Commission des Affaires Juridiques et Politiques du Conseil Permanent de l'Organisation des États Américains dans le cadre du Dialogue sur le système interaméricain de protection des droits de l'homme (16 mars 2000), OEA document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1627/00, du 17.03.2000, pp. 21-32 (également disponible en anglais, en espagnol et en portugais). Ma présentation de ce rapport a été suivie d'un débat de près de quatre heures, au cours duquel les 16 Délégations qui sont intervenues ont appuyé le contenu dudit Rapport.
38. V. le texte reproduit in: OEA, *Rapport annuel de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme - 2000*, Annexe L, p. 775-783, spéc. pp. 778-779.
39. V. le texte dans *ibid.*, Annexe LI, pp. 785-790.
40. *Ibid.*, pp. 789-790.
41. V. OEA, Rapport présenté par le Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, Antônio A. Cançado Trindade, devant la Commission des Affaires Juridiques et Politiques du Conseil Permanent de l'Organisation des États Américains (09 mars 2001), OEA document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1770/01, du 16.03.2001, pp. 1-14 (également disponible en français, anglais et portugais).
42. V. OEA, Rapport et propositions du Président et Rapporteur de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, le Juge Antônio A. Cançado Trindade, présentés à la Commission des Affaires Juridiques et Politiques du Conseil Permanent de l'Organisation des États Américains dans le cadre du Dialogue sur le système interaméricain de protection des droits de l'homme: - "Fondements d'un Projet de Protocole à la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme pour renforcer son mécanisme de protection" (05 avril 2001), OEA document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1781/01, du 10.04.2001, pp. 1-37 (également disponible en français, anglais, et portugais).
43. 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*, volume I, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 1-486; volume II, 1999, pp. 1-440; et volume III, 2002, pp. 1-651.
44. OEA, Rapport présenté par le Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, le Juge Antônio A. Cançado Trindade, à la Commission des Affaires Juridiques et Politiques du Conseil Permanent de l'Organisation des États Américains, dans le cadre du dialogue sur le renforcement du système interaméricain de protection des droits de la personne humaine: - "Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain de protection des droits de la personne humaine" (19 avril 2002), OEA document OEA/Ser.G/CP/CAJP-1933/02, de 25.04.2002, p. 3.
45. V., dans ce sens, E.A. Alkema, "Access to Justice under the ECHR and Judicial Policy - A Netherlands View", in *Afmaelisrit þór Vilhjálmsson*, Reykjavík, Bókaútgáfa Orators, 2000, pp. 21-37.
46. OEA, Rapport présenté par le Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, le Juge Antônio A. Cançado Trindade, au Conseil Permanent de l'Organisation des États Américains: - "Le droit de l'accès à la justice internationale et les conditions pour sa réalisation dans le cadre du système interaméricain de protection des droits de l'homme" (16.10.2002), OEA document OEA/Ser.G/CP/doc.3654/02, du 17.10.2002, pp. 15-16.

47. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2002, chapitre XX, paragraphe 187.
48. J'ai déjà eu l'occasion de les présenter, une par une, à la réunion conjointe qu'ont tenue la Cour et la Commission interaméricaine des droits de l'homme à Washington le 8 mars 2001. Je les ai également présentées à d'autres occasions, notamment à la réunion annuelle du Conseil Directeur de l'IIDH, le 16 mars 2001, ainsi que dans le cadre du séminaire pour les ONG oeuvrant dans le domaine des droits de la personne dans l'ensemble du Continent américain, séminaire organisé par l'IIDH et tenu à San José, Costa Rica, en septembre 2000. Au sein de la Cour interaméricaine, je les ai présentées à mes collègues, les juges du Tribunal, en diverses occasions : elles sont incluses dans un rapport d'avancement des travaux, publié le 15 juin 2000 et contenant mes observations provisoires, qui vous a été soumis aux fins de commentaires; je les ai également incorporées dans les comptes rendus sur l'avancement et la conclusion de mes travaux, que j'ai présentés les 31 janvier 2001 et 21 mai 2001, respectivement. Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, procès-verbal de la sixième séance, 31 janvier 2001; et procès-verbal de la première séance, 21 mai 2001.
49. Le Secrétariat de la Cour est composé d'un secrétaire, d'un secrétaire adjoint, de quatre avocats, de cinq assistants (étudiants en droit), de trois secrétaires et du personnel administratif correspondant. À titre de comparaison, la Cour Européenne des Droits de l'Homme compte plus de 100 avocats. Le nombre de professionnels dont dispose la Cour Interaméricaine aujourd'hui équivaut à celui dont disposait la Commission à la fin des années 80.
50. Ce budget est actuellement d'un million trois cent cinquante mille dollars, soit environ 1,5 % des ressources du Fonds ordinaire de l'OEA, ce qui en fait l'un des services de l'OEA qui ont les plus faibles budgets.
51. Pages 1-23 dudit rapport. À cet égard, il convient de rappeler que le nouveau Règlement de la Commission stipule (article 44) que toutes les espèces dont elle est saisie doivent être déférées à la Cour, à moins que ses membres décident, à la majorité, du contraire. Cette disposition entraîne nécessairement une augmentation importante du nombre d'espèces dont la Cour sera saisie.
52. Sur la contribution de l'oeuvre des deux Cours régionales des Droits de l'Homme au développement progressif du droit international lui-même dans le présent domaine de protection, v. A.A. Cançado Trindade, "La perspective transatlantique: La contribution de l'oeuvre des Cours internationales des droits de l'homme au développement du droit public international", in *La Convention européenne des droits de l'homme à 50 ans - Bulletin d'information sur les droits de l'homme*, n. 50 (numéro spécial), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2000, pp. 8-9 (publié aussi dans d'autres langues du Conseil de l'Europe).
53. Dans ledit rapport, j'ai également proposé d'augmenter le personnel du secteur juridique de la Cour (afin de pouvoir compter, à court terme, sur trois nouveaux avocats, une secrétaire et trois assistants, capables de s'exprimer dans les quatre langues officielles de l'OEA), avec les rajustements qui s'imposent dans les rémunérations des membres de ce personnel. De même, la Cour est d'avis que la charge de rapporteur des juges devrait être rémunérée, comme c'est le cas dans tous les autres tribunaux internationaux existants.
54. V. 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* (Nov. 1999), tomo I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68; 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, "A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", in *Jornadas de Derecho Internacional* (UNAM, Ciudad de México, décembre 2001), Washington D.C., Secretariat Général de l'OEA, 2002, pp. 311-347.
55. OEA, Allocution du Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, le Juge Antônio A. Cançado Trindade, devant le Conseil Permanent de l'Organisation des États Américains (17.04.2002), p. 4, paragraphe 14.
56. V., dans ce sens: OEA, Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados

Americanos: - “El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para Su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos” (16.10.2002), pp. 27-30.

57. J’ai déjà cité, à titre d’exemple éloquent, la contribution pionnière du Avis Consultatif n. 16 de la Cour Interaméricaine (du 01.10.1999) au sujet du *Droit à l’Information sur l’Assistance Consulaire dans le Cadre des Garanties du Procès Équitable*, qui révèle clairement l’impact du droit international des droits de l’homme sur un aspect particulier du droit international contemporain, à savoir, le droit *individuel* des détenus étrangers à l’information sur l’assistance consulaire dans le cadre des garanties prévues par la loi. V. 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*, Avis Consultatif n. 16 (OC-16/99), du 01.10.1999, Série A, n. 16, pp. 3-123, surtout les paragraphes 76, 78, 82, 84, 90, 122-124 et 137, et les points 1, 2, 4 et 6 du dispositif. La Cour Interaméricaine a soutenu que le non-respect de l’article 36.1.b de la Convention de Vienne sur les Relations Consulaires de 1963 porte préjudice non seulement à un État Partie, mais aussi à tous les êtres humains concernés. En d’autres termes, on ne peut plus prétendre dissocier le droit individuel subjectif à l’information sur l’assistance consulaire (consacré dans l’article 36.1.b de la Convention de Vienne de 1963) du *corpus juris* du droit international des droits de l’homme. Comme la Cour Interaméricaine a elle-même précisé: -”En effet, la disposition est sans équivoque lorsqu’elle stipule qu’elle ‘reconnaît’ les droits à l’information et à la notification consulaires à la personne intéressée. En cela, l’article 36 constitue une exception notable en ce qui a trait à la nature, essentiellement étatique, des droits et obligations consacrés dans la Convention de Vienne sur les Relations Consulaires et représente, selon l’interprétation qu’en fait la Cour dans le présent Avis Consultatif, un progrès notable par rapport aux conceptions traditionnelles du droit international en la matière.” (*loc. cit.*, pp. 92-93, paragraphe 82). - Et, pour une étude générale, v., e.g., A.A. Cançado Trindade, “The Inter-American Court of Human Rights at a Crossroads: Current Challenges and Its Emerging Case-Law on the Eve of the New Century”, 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. 167-191; A.A. Cançado Trindade, “Selected Aspects of the Case-Law under the Inter-American System of Human Rights Protection”, in *Dimensão Internacional do Direito - Estudos em Homenagem a G.E. do Nascimento e Silva* (coord. P.B. Casella), São Paulo, LTr, 2000, pp. 493-511; A.A. Cançado Trindade, “Judicial Protection and Guarantees in the Recent Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights”, in *Liber Amicorum in Memoriam of Judge José María Ruda*, The Hague, Kluwer, 2000, pp. 527-535.
58. Intervention reproduite in: OEA, XXXI Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA (San José de Costa Rica, 03-05.06.2001) - Actas y Documentos, volume II, Washington D.C., Secrétariat Général de l’OEA, 2001, p. 59.
59. V. A.A. Cançado Trindade (Rapporteur), *Fondements d’un Projet de Protocole à la Convention Américaine relative aux Droits de l’Homme pour renforcer son mécanisme de protection*, volume II, San José du Costa Rica, Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme, 2001, pp. 1-669.
60. De la Cour et la Commission Interaméricaines.
61. Le passage de la pleine participation des personnes demanderesse dans toutes les étapes de la procédure (*locus standi*) devant la Cour Interaméricaine, au droit d’accès direct des individus à la Cour (*jus standi*) constitue à mon avis une conséquence logique de l’évolution, dans une perspective historique, du mécanisme même de protection de la Convention Américaine. Le jour où nous atteindrons ce degré d’évolution, nous aurons réalisé l’idéal de la pleine égalité juridique devant la Cour Interaméricaine, entre l’individu pétitionnaire, à titre de véritable partie demanderesse, et l’État à titre de partie défenderesse. Les progrès nécessaires réalisés en ce sens, assortis des ressources humaines et matérielles indispensables et adéquates, sont à l’avantage de tous, puisque la voie juridictionnelle représente la forme la plus avancée et perfectionnée de la protection des droits de la personne humaine.

A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA CONSULTIVA: DESENVOLVIMENTOS RECENTES



BÁRBARA PINCOWSCA CARDOSO CAMPOS

*Bolsista do Centro Bancaja de los Cursos Euromediterráneos de Derecho Internacional (Castellón, España).
Baclarelanda em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília.*

I. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a globalização consolidou-se como fenômeno de grande magnitude. As transformações que se experimentam nessa era global apontam para a criação de um mercado cada vez mais integrado mediante o livre comércio, a modernização e a intensificação dos fluxos econômicos e financeiros. Entretanto, em contraste com essas transformações econômicas, vem ocorrendo uma preocupante concentração de renda e aumento da exclusão social em escala mundial. Os avanços logrados no plano econômico-financeiro não se têm feito acompanhar de melhorias nas condições de vida dos mais marginalizados. Ao contrário, o que se verifica, neste começo de século, é o aumento da pobreza global, da marginalização e das violações cometidas contra os seres humanos. Se, por um lado, os países estão se abrindo aos capitais e ao comércio de bens e serviços, por outro lado suas fronteiras parecem fechar-se cada vez mais aos seres humanos.¹

Diante das crescentes complexidades e contradições surgidas a partir da globalização, o fenômeno das migrações adquire relevância cada vez maior. Nesse contexto, os tribunais internacionais de proteção de direitos humanos revestem-se de especial importância, pois, ao desenvolverem o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ampliam as bases jurídicas de proteção daqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, como é o caso dos migrantes em geral, especialmente dos trabalhadores migrantes em situação irregular e dos presos estrangeiros.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada, neste artigo, “Corte”, “Corte Interamericana” ou “Tribunal”) tem desenvolvido, nos últimos anos, vasta jurisprudência sobre esta matéria.

Não obstante, é grande o desconhecimento, no meio acadêmico brasileiro, não só de sua jurisprudência, mas também de seu funcionamento. Pretende-se destacar, nas linhas que se seguem, alguns pontos relevantes da competência da Corte Interamericana e de sua jurisprudência mais recente em matéria consultiva. Quiçá estas reflexões possam contribuir de alguma forma para uma conscientização da opinião pública brasileira sobre as atividades e a importância desse Tribunal.

II. BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA COMPETÊNCIA CONSULTIVA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana é uma instituição judicial autônoma da Organização dos Estados Americanos (OEA). Em conformidade com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção Americana” ou “Convenção”), a Corte exerce essencialmente duas funções, a contenciosa e a consultiva.² No exercício da primeira, o Tribunal analisa uma demanda específica, estabelece a veracidade dos fatos ocorridos, decide se eles constituem uma violação aos direitos protegidos pela mencionada Convenção e por seus protocolos e determina reparações às vítimas e a seus familiares. Apenas a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os Estados Parte na Convenção que tenham reconhecido a competência contenciosa da Corte podem lhe submeter casos.³

No tocante à função consultiva, o artigo 64 da Convenção Americana confere à Corte o mais amplo alcance dessa faculdade. Todos os Estados membros da OEA, sejam eles Parte ou não da Convenção

Americana, e os órgãos da OEA, no que lhes compete, estão legitimados a solicitar parecer jurídico da Corte sobre a interpretação da Convenção Americana ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. O objeto de uma consulta não está, portanto, limitado à Convenção Americana. Qualquer dispositivo de um tratado internacional referente à proteção dos direitos humanos nas Américas se enquadra dentro do âmbito da faculdade consultiva do Tribunal. O artigo 64 (2) da Convenção ainda faculta à Corte emitir, a pedido de um Estado, parecer jurídico acerca da compatibilidade entre quaisquer de suas leis nacionais e a Convenção ou outros tratados de direitos humanos.⁴

Assim, a Convenção permite que a Corte emita dois tipos de pareceres: pareceres interpretativos de tratados de direitos humanos e pareceres sobre a compatibilidade entre leis internas e a Convenção Americana.⁵ Cabe ressaltar que os pareceres emitidos não têm o mesmo efeito vinculante que se reconhece às sentenças proferidas pelo Tribunal. Sem embargo, têm inquestionável validade jurídica. Conforme salienta André de Carvalho Ramos, “embora não se possa supor a força vinculante de tais pareceres, é certo que os mesmos declaram o Direito Internacional e com isso, possibilitam maior certeza jurídica aos sujeitos de Direito Internacional”.⁶ São, portanto, importante fonte de jurisprudência, demonstrando a compreensão do Tribunal sobre a matéria solicitada.

De sua instalação (1979) até o presente (2004), a Corte Interamericana já emitiu 18 pareceres jurídicos que tratam dos mais variados assuntos. O presente artigo tem como objeto de reflexão dois dos pareceres mais recentes proferidos pelo Tribunal: o Parecer Jurídico nº 16, de 1º de outubro de 1999,⁷ relativo ao *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* e o Parecer nº 18, de 17 de setembro de 2003,⁸ sobre a *Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*.

Esses dois pareceres trazem importantes avanços para o desenvolvimento jurisprudencial não só da Corte Interamericana, mas do Direito Internacional dos Direitos Humanos em geral. São esses pareceres, na visão do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, os mais importantes de toda a história da Corte.⁹ Além da enorme repercussão em diversos países do continente americano, vale destacar que estas foram as duas consultas que mais movimentaram o Tribunal, delas participando não só Estados membros da OEA, mas também diversas organizações não governamentais (ONGs), como se verá a seguir.

III. DIREITO À INFORMAÇÃO SOBRE A ASSISTÊNCIA CONSULAR NO ÂMBITO DAS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Em 9 de dezembro de 1997, o México submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos solicitação de parecer jurídico, cujo objeto se referia ao direito à informação sobre assistência consular e sua relação com as garantias judiciais mínimas e o devido processo legal no caso de detidos estrangeiros condenados à pena de morte. A consulta envolveu vários instrumentos internacionais, entre os quais a Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Carta da OEA e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

O México indagou, primeiramente, se o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares poderia ser entendido como um dispositivo atinente à proteção dos direitos humanos,¹⁰ enquadrando-se na definição de “outros tratados concernentes à proteção de direitos humanos nos Estados americanos” do art. 64 (1) da Convenção Americana. Em seguida, solicitou a interpretação da Corte sobre o sentido da expressão “sem dilação” contida no art. 36 (1) (b) da referida Convenção de Viena e as possíveis consequências jurídicas decorrentes da imposição e execução da pena de morte ante a falta de notificação sobre a assistência consular.

A respeito do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, questionou o México se o art. 14 (direito ao devido processo legal) incluiria a imediata notificação do detido estrangeiro sobre seu direito à assistência consular e se, no marco desse artigo, a omissão por parte do Estado receptor de informar o acusado não prejudicaria a preparação de sua defesa. Logo adiante, perguntou o México se, em se tratando de Estados Federados, não estariam também esses últimos obrigados a assegurar o direito à notificação previsto no art. 36 da Convenção de Viena aos presos estrangeiros condenados à morte em todo seu território.

Antes de assinalar o entendimento da Corte sobre as questões levantadas pelo México, cumpre destacar o considerável número de Estados, ONGs e indivíduos que participaram nesse procedimento consultivo. Oito Estados americanos apresentaram seus pontos de vista: México, El Salvador, República Dominicana, Honduras, Guatemala, Paraguai, Costa Rica e os Estados Unidos. Diversos juristas e ONGs

apresentaram também suas observações na qualidade de *amici curiae*, a exemplo da Anistia Internacional, da *Human Rights Watch*/Américas e do CEJIL.¹¹

Quanto às questões levantadas na consulta, a Corte se pronunciou, em primeiro lugar, a respeito da relação existente entre o art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares e a proteção dos direitos humanos no continente americano. Assim, afirmou a Corte que se, por um lado, o objeto principal da Convenção de Viena não é a proteção dos direitos humanos, não se pode negar, por outro lado, que os direitos previstos no art. 36 da referida Convenção, entre eles o direito à informação sobre assistência consular, são verdadeiros direitos subjetivos,¹² de que é titular todo ser humano privado de sua liberdade, por quaisquer razões, em outro país. Agregou ainda que esses direitos fazem parte do conjunto de garantias processuais, estando vinculados ao devido processo legal, nos termos do art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do art. 14 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.¹³

Prosseguiu a Corte afirmando que, ao reconhecimento desses direitos, correspondem, ademais, certos deveres por parte do Estado receptor. Todo detido estrangeiro deve ser **imediatamente** informado pelo Estado receptor dos direitos que lhe confere o art. 36, quais sejam, de poder contar com a assistência consular de seu país de origem, antes de prestar qualquer declaração ante uma autoridade policial ou judicial.¹⁴ Assim, a notificação a que se refere o art. 36 deve ocorrer em momento oportuno de forma a garantir que o preso estrangeiro receba a assistência legal adequada para a obtenção de uma defesa eficaz. Como o texto da Convenção de Viena sobre Relações Consulares não faz referência precisa ao sentido da expressão “sem dilação”, a Corte entendeu que a notificação deve ser feita no momento da detenção do indivíduo e antes que ele faça qualquer declaração perante as autoridades.¹⁵ A assistência consular garantiria, dessa forma, que o estrangeiro recebesse informações sobre seus direitos em seu idioma e uma assistência legal adequada. Dadas às circunstâncias de vulnerabilidade em que geralmente se encontram os presos estrangeiros, é evidente que a notificação do direito à comunicação consular lhes garante melhores possibilidades de defesa e de um julgamento justo. Além disso, estas disposições têm de ser cumpridas por todos os Estados Parte na Convenção de 1963, independente de sua estrutura federal ou unitária.¹⁶

Por fim, advertiu a Corte que, nos casos em que é aplicável a pena de morte, a obrigação dos Estados de informar os estrangeiros sob detenção do direito que lhes assiste torna-se ainda mais relevante. Os Estados que ainda mantêm a pena capital devem ser rigorosos

quanto à observância das garantias judiciais, dada a gravidade da violação que acarreta a imposição e execução de uma pena dessa natureza. A esse respeito, destacou:

“... a inobservância do direito à informação do detido estrangeiro (...) afeta as garantias do devido processo legal e, nestas circunstâncias, a imposição da pena de morte constitui uma violação ao direito de não ser privado da vida ‘arbitrariamente’ (...) com as conseqüências jurídicas inerentes a uma violação desta natureza, a saber, as atinentes à responsabilidade internacional do Estado e seu dever de reparação”.¹⁷

Este parecer representa um importante avanço na luta contra a proteção dos mais vulneráveis, especialmente dos estrangeiros e migrantes que, com frequência, são vítimas de toda forma de discriminação. Nas palavras do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, “a importância do Parecer nº 16 tem sido amplamente reconhecida, sobretudo em relação aos que não têm como se defender, os mais fracos e vulneráveis, e que, por isso mesmo, mais necessitam da proteção do Direito”.¹⁸

IV. CONDIÇÃO JURÍDICA E OS DIREITOS DOS MIGRANTES INDOCUMENTADOS

No dia 17 de setembro de 2003, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu seu mais recente parecer jurídico, o décimo oitavo de sua história, sobre a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. Mais uma vez, o Estado do México foi protagonista de um importante debate sobre a situação dos direitos humanos na região.

Esta solicitação, feita pelo México, despertou enorme interesse e mobilização. No procedimento perante o Tribunal, apresentaram enriquecedoras observações escritas os Estados de Honduras, Nicarágua, El Salvador, Canadá e Costa Rica, além do México. Nas audiências públicas, também estiveram presentes (como observadores) representantes de outros sete Estados americanos e da ONU. Ademais, é de se destacar a participação de vários acadêmicos e representantes da sociedade civil de diversas partes do continente, ouvidos perante a Corte na qualidade de *amici curiae*.¹⁹

Preocupados com a situação de vulnerabilidade em que se encontram os trabalhadores migrantes, especialmente os que estão em situação irregular, o México solicitou a opinião da Corte, inicialmente, sobre

se a qualidade migratória de uma pessoa poderia ser uma justificativa para privá-la do gozo e exercício de seus direitos, como os de natureza trabalhista, e se estas privações seriam compatíveis com o dever do Estado de garantir a não-discriminação e a igualdade perante a lei.²⁰ Outra questão tratada na consulta refere-se ao caráter que os princípios de igualdade e não-discriminação alcançaram no domínio do direito internacional geral, mais especificamente, se são normas de *jus cogens*, e as conseqüências jurídicas que adviriam do descumprimento desses princípios por parte dos Estados.²¹

No parecer, a Corte faz referência, em primeiro lugar, à obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos por parte do Estado. A esse respeito, sustentou que é dever dos Estados suprimir normas e práticas que criem situações de discriminação e adotar medidas positivas para combater práticas discriminatórias já existentes.²² Ao ratificar um tratado internacional de direitos humanos, os Estados devem introduzir em seus ordenamentos jurídicos as modificações necessárias para assegurar o cumprimento das obrigações assumidas. Sem embargo, não basta apenas compatibilizar seu ordenamento interno ao internacional: é fundamental que a esta adequação normativa se façam acompanhar práticas estatais acordes com o direito internacional. Nesse sentido, os Estados não podem condicionar ou subordinar a observância dos direitos humanos aos objetivos de suas políticas públicas, incluindo as de natureza migratória. O descumprimento dessa obrigação importa em responsabilidade internacional do Estado, ponderou a Corte.²³

Em seguida, a Corte destacou a relação existente entre os princípios da não-discriminação e de igualdade perante a lei, consagrados em diversos instrumentos internacionais. No seu entendimento, são inadmissíveis distinções de tratamento que conduzam a situações contrárias à justiça. É discriminatória, pois, toda distinção que careça de justificativa objetiva e razoável e que não guarde relação de proporcionalidade entre seu propósito e meios utilizados.²⁴ Ademais, ditos princípios devem se aplicar não apenas aos indivíduos que estejam regularmente no território de um Estado, mas a todos os que se encontrem sob sua jurisdição, em situação regular ou irregular. Em outras palavras, são estes princípios fundamentais, inerentes à nossa condição de pessoa humana.

Para elucidar seu caráter fundamental, a Corte retoma os arts. 53 e 64 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, que tratam, respectivamente, de tratados em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral (*jus cogens*) e da superveniência de uma nova norma de *jus cogens*. A Corte afirma que o *jus cogens* não está mais restrito ao direito dos tratados,

tendo já alcançado o direito internacional geral, “incidindo, em última instância, nos próprios fundamentos do ordenamento jurídico internacional”.²⁵ No entender do tribunal, os princípios de igualdade e não-discriminação já fazem parte do domínio do *jus cogens*, sendo, portanto, aplicáveis a todos os Estados, independentemente de terem ratificado ou não um tratado, impondo-lhes, inclusive, obrigações *erga omnes* de proteção.²⁶

Em seu Voto Concordante, o juiz A. A. Cançado Trindade põe em evidência a importância dos princípios fundamentais do direito na formação e consolidação do ordenamento jurídico e o caráter dos princípios de igualdade e não-discriminação, em particular, no âmbito do direito internacional:

“São os princípios (derivados etimologicamente do latim *principium*) que, evocando as causas primeiras, fontes ou origens das normas e regras, conferem coesão, coerência e legitimidade às normas jurídicas e ao ordenamento jurídico como um todo.” (...) “Ditos princípios fundamentais revelam os valores e fins últimos do ordenamento jurídico internacional, guiando-o e protegendo-o das incongruências das práticas dos Estados...”²⁷

Mais adiante nesse voto, após examinar aspectos da doutrina e da jurisprudência sobre a matéria, o juiz assinala ainda que “ao princípio fundamental de igualdade e não-discriminação está reservada, desde a Declaração Universal de 1948, uma posição verdadeiramente central no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos”.²⁸

No tocante aos direitos dos trabalhadores migrantes indocumentados, o Parecer nº 18 significou, indubitavelmente, um importante avanço na construção da jurisprudência internacional nessa matéria. Antes de tudo, esclarece a Corte que como são muitos os instrumentos jurídicos em que se consagram direitos trabalhistas, a interpretação de qualquer de suas normas deve basear-se no princípio da aplicação da norma mais favorável à vítima, neste caso, o trabalhador. Em seguida, o Tribunal enumera direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes que comumente não são respeitados: a proibição do trabalho forçado e obrigatório; o direito à associação e à liberdade sindical; a um salário justo pelo trabalho realizado; à previdência social; às garantias judiciais e administrativas; a um devido processo legal; dentre outros.²⁹ São estes direitos inalienáveis, e surgem da relação de trabalho e não da condição migratória do trabalhador. Os trabalhadores migrantes indocumentados têm os mesmos direitos trabalhistas que os garantidos aos demais trabalhadores nacionais, conforme assinalado no parecer:

“... a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir, de maneira alguma, uma justificação para privá-la do gozo e exercício de seus direitos humanos, dentre eles os de caráter trabalhista. O migrante, ao assumir uma relação de trabalho, adquire direitos por ser trabalhador, que devem ser reconhecidos e garantidos, independentemente de sua situação regular ou irregular no Estado de emprego. Estes direitos são consequência da relação trabalhista”.³⁰

Por fim, é oportuno destacar o pronunciamento do Tribunal sobre a obrigação de respeito e garantia dos direitos humanos nas relações entre particulares. Tanto nos casos em que os vínculos contratuais são estabelecidos na esfera pública quanto naqueles firmados nas relações privadas, é obrigação do Estado velar para que sejam respeitados os direitos fundamentais dos trabalhadores. No caso *Velázquez Rodríguez*, por exemplo, a Corte já havia se pronunciado sobre a responsabilidade do Estado quando da violação de direitos por um particular sob sua jurisdição, reconhecendo a obrigação *erga omnes* de respeito aos direitos humanos.³¹ Assim, nas relações inter-individuais e diante de agressões de particulares, o Estado deve garantir a proteção dos direitos dos trabalhadores:

“O Estado é então responsável por si mesmo tanto quando funciona como empregador, como pela atuação de terceiros que agem com sua tolerância, aquiescência ou negligência, ou respaldados por alguma diretriz ou política estatal que favoreça a criação ou manutenção de situações de discriminação”.³²

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As crescentes violações cometidas contra os migrantes em geral, e contra os trabalhadores migrantes e presos estrangeiros em especial, são motivo de preocupação de toda a comunidade internacional. Esses

dois pareceres mais recentes proferidos pela Corte Interamericana contribuem de forma notável para a proteção dos direitos humanos desses grupos de pessoas que, por sua condição migratória ou pelo fato de estarem detidas, se encontram em uma situação particularmente vulnerável.

O Parecer Jurídico n° 16 foi inovador ao reconhecer que o direito de comunicação entre os oficiais consulares e seus nacionais está interligado à normativa de direitos humanos. Pela primeira vez, uma corte internacional se pronunciou a respeito da não-observância do art. 36 da Convenção de Viena de 1963 e das consequências que este descumprimento por parte do Estado acarreta para os seres humanos. Este importante parecer é, sem lugar a dúvidas, fonte de inspiração para desenvolvimentos futuros da jurisprudência internacional sobre esta matéria.

No caso do último parecer, a Corte está dando também importante contribuição para se pôr fim às violações perpetradas contra os migrantes e os trabalhadores. Dado que os Estados têm a faculdade soberana de estabelecer suas próprias políticas, estas últimas não podem menoscar ou reduzir de alguma forma o gozo e exercício dos direitos fundamentais dos seres humanos em geral, e dos trabalhadores em particular, independentemente de sua condição migratória. Isso se justifica precisamente por se tratar de direitos fundamentais e inerentes à pessoa humana que não dependem do *status* migratório. A Corte, ao assegurar os direitos que correspondem a todos os trabalhadores, estejam devidamente documentados ou não, fortaleceu a posição do ser humano vis-à-vis o Estado. No dizer do já mencionado juiz A. A. Cançado Trindade, “efetivamente, [esses dois pareceres] abrem caminho para a construção de um novo *jus gentium* neste início de século XXI: um Direito Internacional já não mais estatocêntrico, mas sim voltado ao atendimento das necessidades e aspirações da humanidade como um todo”.³³

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORTE I. D. H. *Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de agosto de 2000. Serie E No. 3.

CORTE I. D. H. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

CORTE I. D. H. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

CORTE I. D. H. “*Otros Tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Volume III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. 663 págs.

_____. *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (em co-autoría com Jaime Ruiz de Santiago). 2a. ed. San José de Costa Rica: ACNUR, 2003. 421 págs.

_____. “Dois Pareceres para a humanidade”. *Correio Brasiliense*, Brasília, 5 de abril 2004. Direito & Justiça, n. 14932.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *Os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais na América Latina e o Protocolo de San Salvador*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. 230 págs.

RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo – comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2001. 573 págs.

NOTAS

1. Cf. Corte I. D. H. *Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de agosto de 2000. Serie E No. 3.
2. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 61 a 64.
3. *Ibid.*, art. 61 (1).
4. Sobre a função consultiva da Corte, cf. Corte I. D. H., “*Otros Tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.
5. RAMOS, André de Carvalho. *Direitos Humanos em Juízo – comentários aos casos contenciosos e consultivos da Corte Interamericana de Derechos Humanos*. São Paulo: Ed. Max Limonad, 2001, p. 345.
6. *Ibid.*, pp. 341-342.
7. Corte I. D. H. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.
8. Corte I. D. H. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
9. CANÇADO TRINDADE, A. A. “Dois Pareceres para a humanidade”. *Correio Brasiliense*, Brasília, 5 abril 2004. Direito & Justiça, n. 14932.
10. Reza o artigo 36 da referida Convenção: “1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia: a) Os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicar com os funcionários consulares e de os visitar; b) Se o interessado assim o solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem dilação, informar o posto consular competente quando, na sua área de jurisdição, um nacional do Estado que envia for preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada ao posto consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem dilação pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos, nos termos da presente alínea; c) Os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia que esteja encarcerado, preso preventivamente ou detido de qualquer outra maneira, conversar e corresponder-se com ele e providenciar quanto à sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar o nacional do Estado que envia que, na sua área de jurisdição, esteja encarcerado ou detido em execução de uma sentença. Todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso preventivamente ou detido de qualquer outra maneira sempre que o interessado a isso se opuser expressamente. 2. Os direitos a que se refere o parágrafo 1º do presente artigo serão exercidos de acordo com as leis e regulamentos do Estado receptor, entendendo-se, contudo, que tais leis e regulamentos não devem impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo”.
11. Corte I. D. H., *El Derecho a la Información...*, op. cit. *supra* n. (7), pp. 10-17, §§ 9 *et seq.*
12. *Ibid.*, pp. 92-94, §§ 83 e 84.
13. *Ibid.*, p. 113, § 124.
14. *Ibid.*, p. 101, § 106.
15. *Id.*
16. *Ibid.*, p. 119, § 140.
17. *Ibid.*, p. 118, § 137. Traduzido pela autora do original.
18. CANÇADO TRINDADE, op. cit. *supra* n. (9).
19. Para uma lista completa de todos os participantes e intervenientes no referido procedimento consultivo, cf. Corte I. D. H., *Condición Jurídica...*, op. cit. *supra* n. (8), pp. 4-11, §§ 7 a 46.
20. Primeira e segunda pergunta formuladas na consulta.
21. Quarta pergunta da consulta.
22. Corte I. D. H., *Condición Jurídica...*, op. cit. *supra* n. (8), p. 115, § 88.
23. *Ibid.*, pp. 133-135, § 166 *et seq.*
24. *Ibid.*, p. 123, § 119.

25. Ibid., p. 118, § 99.
26. Ibid., p. 121, § 110.
27. Cf. Voto Concurrente del juez A. A. Cançado Trindade. In: Corte I. D. H. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. pp. 23 e 53, respectivamente. Traduzido pela autora do original.
28. Ibid., p. 36.
29. Corte I. D. H., *Condición Jurídica...*, op. cit. *supra* n. (8), p. 131, § 157.
30. Ibid., p. 127, § 134. Traduzido pela autora do original.
31. Segundo assinalou a Corte: “Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.” Cf. Corte I. D. H. *Caso Velázquez Rodríguez*. Sentencia del 29 de julio de 1998. Serie C No. 4, p. 38, § 172.
32. Corte I. D. H., *Condición Jurídica...*, op. cit. *supra* n. (8), p. 130, § 152. Traduzido pela autora do original.
33. CANÇADO TRINDADE, op. cit. *supra* n. (9).

Este escenario caótico predomina en mi país, en su color más sombrío, agravado por el hecho de que miles de reclusos, a raíz de la insuficiencia de vacantes en las prisiones (en general vinculadas a una Secretaría de Justicia, Administración o Agencia Penitenciaria), son obligados a aguardar juicio o purgar su pena en celdas de comisarías (delegaciones) policiales (subordinadas, a su vez, a las Secretarías de Seguridad Pública), espacios diminutos, oscuros, inmundos, donde a menudo se practica la tortura, los reclusos se turnan para dormir y cuyas condiciones, visiblemente promiscuas, diseminadoras de enfermedades como tuberculosis y SIDA, han sido denunciadas con frecuencia por organismos locales, regionales e internacionales de amparo a los derechos humanos.

Inspecciones periódicas efectuadas por miembros del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria han dejado en evidencia que la dura realidad de las comisarías se volvió una rutina aun en los Estados más ricos, en donde se ubican las mejores prisiones del país.

Por otro lado, con el aumento de la criminalidad, en especial del crimen organizado, y la promulgación de la ley de los crímenes bárbaros, llamados “hediondos” (que no admite la progresión de regímenes), muchas prisiones empezaron a enfrentar serios problemas de ausencia de control de la administración y subsiguiente comando de la vida intramuros (autogobierno) por reclusos poderosos, narcotraficantes, líderes de pandillas. Los noticieros de la televisión y los titulares de los periódicos nos muestran, a toda hora, la osadía de criminales que ostensiblemente consumen drogas y portan armas y celulares, con la obvia connivencia de carceleros y directores.

Dicha situación –a la que se adicionan las fugas y los motines– hizo que la Unión anunciara la construcción de 5 prisiones federales, en locales distantes de la condena para acoger a condenados cuando la medida se justifique en el interés de la seguridad pública o del propio sentenciado, en los términos de la ley 10.792, del 1º de diciembre de 2003.

3. EL MARCO LEGAL

La Constitución Federal brasileña, de 1988, instituye normas y principios, de carácter general, dirigidos a todos los ciudadanos, incluyéndose los enclonados, entre los cuales: nadie se someterá a tortura ni a tratamiento inhumano o degradante; son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas; a todos es asegurado el derecho de petición a los Poderes Públicos en defensa de derechos o contra ilegalidad o abuso de poder. Asimismo, la Constitución contiene garantías que atañen explícitamente a los penados: la ley regularizará

la individualización de la pena y adoptará, entre otras, las siguientes: privación o restricción de libertad, prestación social alternativa, etc.; no habrá penas de carácter perpetuo y de labores forzadas; la pena será cumplida en establecimientos distintos, de acuerdo con la naturaleza del delito, la edad y el sexo del penado (lo que, además, obraba en la Constitución de 1824, en cuyo artículo 179 se leía que “Las cárceles serán seguras, limpias y bien aireadas, habiendo diversas casas para separación de los reos, en conformidad con sus circunstancias y la naturaleza de sus crímenes.”); es asegurado a los reclusos el respeto a la integridad física y moral; a las reclusas se garantizarán condiciones para que puedan permanecer con sus hijos durante el periodo de lactación; el Estado indemnizará al sentenciado por error judicial, así como el que quede recluido por tiempo superior al de la sentencia.

En el § 2º de su artículo 5º, la Constitución añade que los derechos y garantías en ella expresos no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios que ella adopta, o de los tratados internacionales en que la República Federativa participa (la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y el Pacto de San José – la Convención Americana de Derechos Humanos).

En Brasil está en vigor una de las leyes penitenciarias más avanzadas y modernas de América Latina, la ley 7.210, del 14 de julio de 1984. Se trata de una ley federal, que autoriza a los Estados legislar mediante reglamentos y tiene 204 artículos, el primero de los cuales señala que la ejecución penal tiene como objeto tornar efectivas las disposiciones de la sentencia o decisión criminal y propiciar condiciones para la armónica integración social del condenado y del interno.

Conforme al ítem 65 de su Exposición de Motivos, firmada por el Ministro de Justicia Ibrahim Abi-Ackel (“Se tornará inútil, sin embargo, la lucha contra los efectos nocivos de la prisionización, sin que se establezca la garantía jurídica de los derechos del condenado”), la Ley de Ejecución Penal (LEP) establece, en el artículo 3º, que al condenado y al interno serán asegurados todos los derechos no alcanzados por la sentencia o la ley, definiendo, en el artículo 41, muchos de esos derechos: alimentación suficiente y vestuario; atribución de trabajo y su remuneración; previsión social; constitución de peculio; proporcionalidad en la distribución del tiempo para el trabajo, el descanso y la recreación; ejercicio de actividades profesionales, intelectuales, artísticas y deportivas anteriores, compatibles con la ejecución de la pena; asistencia material, a la salud, jurídica, educacional, social y

religiosa; protección contra cualquier forma de sensacionalismo; entrevista personal y reservada con el abogado; visita del cónyuge, de la compañera, de parientes y amigos, en días determinados; llamamiento nominal; igualdad de tratamiento, salvo en cuanto a exigencias de la individualización de la pena; audiencia especial con el director del establecimiento; representación y petición a cualquier autoridad, en defensa de derecho; contacto con el mundo exterior a través de correspondencia escrita, la lectura y otros medios de información que no comprometan la moral y las buenas costumbres.

Otros derechos, no previstos en el artículo 41 y subordinados a ciertas condiciones, son enumerados: progresión (artículo 112: La pena privativa de libertad será ejecutada en forma progresiva con la transferencia para régimen menos riguroso, a ser determinada por el juez, cuando el recluso haya cumplido por lo menos un sexto de la pena en el régimen anterior y ostente buen comportamiento carcelario, comprobado por el director del establecimiento, respetadas las normas que vedan la progresión); autorización de salida (artículo 120: Los condenados que cumplen pena en régimen cerrado o semiabierto y los reclusos provisorios podrán obtener permiso para salir del establecimiento, mediante escolta, cuando ocurra uno de los siguientes hechos: I - fallecimiento o enfermedad grave del cónyuge, compañera, ascendiente, descendiente o hermano; II - necesidad de tratamiento médico); redención de la pena por el trabajo (artículo 126: El condenado que cumple la pena en régimen cerrado o semiabierto podrá reducir, por el trabajo, parte del tiempo de ejecución de la pena. § 1º El cómputo del tiempo a los efectos de este artículo será hecho a razón de un día de pena por tres de trabajo) y libertad condicional (artículo 131: La libertad condicional podrá ser concedida por el juez de la ejecución, cumplidos los requisitos del artículo 83, fracciones y párrafo único, del Código Penal, oídos el Ministerio Público y el Consejo Penitenciario).

Nótese también que se aseguran al recluso, a pesar de la ausencia de previsión legal: la visita íntima (según la Resolución del CNPCP n. 01, del 30 de marzo de 1999, es un “derecho constitucionalmente asegurado a los reclusos” y se aplica a los nacionales o extranjeros, hombres o mujeres, cónyuges u otros aparceros y aun los casados entre sí o en unión estable, entendiéndose que no se la prohíbe entre homosexuales) y la redención de la pena por el estudio (aplicándose el principio de la analogía *in bonam partem*, bajo el argumento de que el trabajo y la educación coinciden en el mismo objetivo: la armónica integración social del condenado y del interno, tal como se halla escrito en el ya invocado artículo 1º de la Ley de Ejecución Penal).

Póngase de relieve que la Ley de Ejecución Penal, de matiz jurisdiccional (dice el artículo 2º que la jurisdicción penal de los jueces o tribunales de justicia ordinaria, en todo el territorio nacional, será ejercida en el proceso de ejecución, de conformidad con esta Ley y el Código Procesal Penal), se rige por distintos principios, entre ellos: a) de la legalidad (artículo 45: No habrá falta ni sanción disciplinaria sin expresa y anterior previsión legal o reglamentaria); b) de la individualización de la pena (artículo 5º: Los condenados serán clasificados, según sus antecedentes y personalidad, para orientar la individualización de la ejecución penal); c) de la defensa de los derechos humanos del recluso (artículo 40: Se impone a todas las autoridades el respeto a la integridad física y moral de los condenados y de los reclusos provisionales); d) de la cooperación de la comunidad (artículo 4º: El Estado deberá recurrir a la cooperación de la comunidad en las actividades de ejecución de la pena y de la medida de seguridad); e) del contradictorio y de la amplia defensa (artículo 59: Practicada la falta disciplinaria, deberá ser instaurado el procedimiento para su investigación, de acuerdo con el reglamento, asegurado el derecho de defensa); f) del doble grado de jurisdicción (artículo 197: De las decisiones dictadas por el juez cabrá recurso de agravio, sin efecto suspensivo); g) de la rehabilitación (la ejecución de la pena se destina, teleológicamente, a promover la aptitud del condenado a una convivencia social sin violación del derecho); h) de la desinstitucionalización de la ejecución (la prisión debe ser residual, la *ultima ratio*).

A la Ley de Ejecución Penal se suman otros documentos como el Plan Nacional de Política Penitenciaria, de abril de 2001, donde se propone, por ejemplo: retirar inmediatamente a todos los reclusos que se encuentran en comisarías policiales y construir centros de detención provisoria; integrar las universidades en el proceso de asistencia al recluso, mediante convenios que tornen viable la atención por intermedio de pasantías en las áreas jurídica, médica, odontológica, de educación física, asistencia social, psicológica etc.; mejorar las condiciones humanas en las cárceles, en los planos médico, educacional y laboral, con la formación y la capacitación profesional, incluso mediante el apoyo de empresarios y órganos públicos; involucrar entidades religiosas, asociaciones profesionales, clubes de servicio y otros órganos congéneres en el proceso de reinserción social del interno o condenado; apoyar la creación e implantación, en los Estados, de cuadros de carrera de servidores penitenciarios, especialmente de custodios.

Dictadas por la Resolución n. 16, del 17 de diciembre de 2003, del CNPCP, las Directrices Básicas de la Política Criminal y Penitenciaria traen en el rubro

“administración penitenciaria” las siguientes recomendaciones: construcción preferencial de unidades con capacidad no superior a 500 plazas, con miras a evitar la permanencia de condenados y provisionales en comisarías policiales; asistencia jurídica permanente a los reclusos provisionales, condenados y liberados; desarrollo de acciones médicas, psicológicas, odontológicas y sociales en todos los establecimientos penales; clasificación inicial de los condenados para orientar la ejecución de la pena y su sumisión a examen de admisión de salud.³

Otros documentos, de igual relevancia, tratan sobre aspectos tópicos, pertinentes a la ejecución de la pena, como la requisa en los visitantes, prestatarios de servicios y/o reclusos (Resolución n. 01, del 27 de marzo de 2000, en cuyos considerandos se indica la necesidad de preservar la dignidad personal del ciudadano libre sometido a control al ingresar en los establecimientos penales).

4. LAS REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DEL RECLUSO EN BRASIL

Aprobadas en la reunión ordinaria del 17.10.94 del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil fueron dictadas a través de la Resolución n. 14, del 11 de noviembre de 1994.

Con 65 artículos, precisan que la relación Estado-presos ha de ser basada en valores como el respeto, la confianza y la dignidad.

En su presentación, el entonces Ministro de Justicia, Nelson Azevedo Jobim, después de afianzar que las Reglas traducen “la conquista de una antigua aspiración nacional” y que preservan “el interés colectivo de la seguridad de los ciudadanos ante el resguardo imprescindible de las garantías y de los derechos de la persona sometida a una pena privativa de libertad”, aseveró:

“Se vuelve imperioso registrar que este elenco de reglas atiende a la determinación de la Asamblea General de la ONU, preceptuada por la Resolución n. 2.858, del 20 de diciembre de 1971, y ratificada por la Resolución n. 3.218, del 06 de noviembre de 1974. Fue en el IV Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, realizado en Kioto, Japón, en 1970, que se llamó la atención para la importancia de ser implementado, en todos los países, un cuerpo de principios a fin de orientar los límites del poder-deber de punir,

en la relación del Estado con el hombre recluso, en razón de exigencias constitucionales y legales.

De esa manera, las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil, por cuidar con propiedad de la conciliación de valores del individuo y de la sociedad, ciertamente van a servir de guía primordial para todos aquellos que actúan en la administración prisional con la responsabilidad de contribuir para la reinserción social, sea del recluso provisional, sea del recluso condenado por sentencia criminal. Y ello es bien oportuno, pues el gran desafío de este final de siglo es la conquista de mayor prestigio de la ejecución penal con la transformación de las estructuras tradicionales deterioradas, que han envuelto el sistema social de las prisiones.”

Edmundo Oliveira, a la sazón Presidente del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, afirmó en la Exposición de Motivos:

“Asegurar al recluso todos los derechos no alcanzados por la sentencia o la ley constituye proclamación formal que alumbrará la estabilidad democrática proyectada en las dinámicas actividades de la ejecución penal. De este modo, la pena que excede de esa medida es inócua y contraproducente. Destinada a restablecer el equilibrio, ella lo estaría comprometiendo, fallando en su finalidad de individualización proporcional al daño causado por el crimen y al grado de culpabilidad.”

Señálese que las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil no ambicionan definir un sistema modelo sino establecer principios básicos que deben orientar la administración penitenciaria y el tratamiento de los reclusos.

Tal como su matriz (las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas), se dividen en dos partes. La Parte I comprende Reglas de Aplicación General (es decir, reglas sobre la administración de las instituciones y el personal penitenciario) y la Parte II, Reglas Aplicables a Categorías Especiales (reclusos condenados, enfermos mentales, reclusos provisionales, reclusos por prisión civil).

4.1. PARTE I: REGLAS DE APLICACIÓN GENERAL

Ejemplos:

Artículo 1º. Las normas siguientes obedecen a los principios constantes en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y de aquellos insertados en los Tratados, Convenciones y Reglas internacionales de que Brasil es firmante, debiendo ser aplicadas sin

distinción de naturaleza racial, social, religiosa, sexual, política, idiomática o de cualquier otro orden.

Artículo 3°. Es asegurado al recluso el respeto a su individualidad, integridad física y dignidad personal.

Artículo 7°. Reclusos pertenecientes a categorías diversas deben ser alojados en distintos establecimientos prisionales o en sus secciones, observadas características personales tales como: sexo, edad, situación judicial y legal, cantidad de pena a que fue condenado, régimen de ejecución, naturaleza de la prisión y el tratamiento específico que le corresponda, atendiendo al principio de la individualización de la pena.

Artículo 15. La asistencia a la salud del recluso, de carácter preventivo y curativo, comprenderá atención médica, psicológica, farmacéutica y odontológica.

Artículo 21. El orden y la disciplina deberán ser mantenidos, sin imponerse restricciones además de las necesarias para la seguridad y la buena organización de la vida en común.

Artículo 23. No habrá falta o sanción disciplinaria sin expresa y anterior previsión legal o reglamentaria.

Artículo 24. Son prohibidos, como sanciones disciplinarias, los castigos corporales, clausura en celda oscura, sanciones colectivas, así como toda punición cruel, inhumana, degradante y cualquier forma de tortura.

Artículo 27. Ningún recluso será punido sin haber sido informado de la infracción que le será atribuida y sin que le sea asegurado el derecho de defensa.

Artículo 49. La selección del personal administrativo, técnico, de vigilancia y custodia, atenderá a la vocación, la preparación profesional y la formación profesional de los candidatos a través de escuelas penitenciarias.

4.2. PARTE II: REGLAS APLICABLES A CATEGORÍAS ESPECIALES

Ejemplos:

Artículo 53. La clasificación tiene por finalidad:

- I- separar a los reclusos que, en razón de su conducta y antecedentes penales y penitenciarios, puedan ejercer influencia nociva sobre los demás;
- II - dividir a los reclusos en grupos para orientar su reinserción social.

Artículo 54. Tan pronto como el condenado ingrese en el establecimiento prisional, deberá ser realizado examen de su personalidad, estableciéndose

programa de tratamiento específico, con el propósito de promover la individualización de la pena.

Artículo 56. En cuanto al trabajo:

- I- el trabajo penitenciario no deberá tener carácter aflictivo;
- II- al condenado le será garantizado trabajo remunerado conforme a su aptitud y condición personal, respetada la determinación médica;
- III- será proporcionado al condenado trabajo educativo y productivo;
- IV- deben ser consideradas las necesidades futuras del condenado, así como las oportunidades ofrecidas por el mercado de trabajo;
- V- en los establecimientos prisionales deben ser tomadas las mismas precauciones prescritas para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores libres;
- VI- serán tomadas medidas para indemnizar a los reclusos por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en condiciones semejantes a las que la ley dispone para los trabajadores libres;
- VI- la ley o reglamento fijará la jornada de trabajo diaria y semanal para los condenados, observada la destinación de tiempo para el ocio, el descanso, la educación y otras actividades que se exigen como parte del tratamiento y con vistas a la reinserción social;
- VII- la remuneración a los condenados deberá posibilitar la indemnización por los daños causados por el crimen, adquisición de objetos de uso personal, ayuda a su familia, constitución de peculio que le será entregado cuando sea puesto en libertad.

Artículo 57. El futuro del recluso, después del cumplimiento de la pena, será siempre llevado en cuenta. Se debe animarlo en el sentido de mantener o establecer relaciones con personas y/u órganos externos que puedan favorecer los intereses de su familia, así como su propia readaptación especial.

Artículo 58. Los órganos oficiales, o no, de apoyo al liberado deben:

- I- proporcionarle los documentos necesarios, así como alimentación, vestuario y alojamiento en el período inmediato a su liberación, suministrándole, incluso, auxilio para transporte local;

II- ayudarlo a reintegrarse a la vida en libertad, en especial contribuyendo para su colocación en el mercado de trabajo.

Artículo 59. El enfermo mental deberá ser custodiado en establecimiento apropiado, no debiendo permanecer en establecimiento prisional más que el tiempo necesario para su transferencia.

Artículo 61. Al recluso provisional será asegurado régimen especial en el que se observará:

- I- separación de los reclusos condenados;
- II- celda individual, preferentemente;
- III- opción por alimentarse a sus expensas;
- IV- utilización de objetos personales;
- V- uso de su propia ropa o, cuando fuere el caso, de uniforme distinto de aquel utilizado por el recluso condenado;
- VI- oferta de oportunidad de trabajo;
- VII- visita y atención de su médico o dentista.

5. EN BUSCA DE LA IMPLEMENTACIÓN

Consta en el artículo 64 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil que el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria adoptará las providencias esenciales o complementarias para cumplimiento de las Reglas Mínimas en todas las unidades de la federación.

A través de la Resolución n. 01/95, el Presidente del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, Edmundo Oliveira, “considerando la decisión, por unanimidad, del CNPCP, reunido el 20 de marzo de 1995, con el propósito de viabilizar el proceso de la permanente aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil, en todos los Estados y en el Distrito Federal, en observancia a la orientación dictada por la Resolución n. 2.858, del 20 de diciembre de 1971, de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), resuelve:

Artículo 1° - Recomendar a las Secretarías responsables de los asuntos penitenciarios en los Estados y en el Distrito Federal que promuevan la adecuación de sus Estatutos, Reglamentos o Regimientos Penitenciarios, en conformidad con la Resolución del CNPCP n. 14, del 11 de noviembre de 1994, publicada en el Diario Oficial de la Unión del 2 de diciembre de 1994, donde están establecidas las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil.

Artículo 2° - Solicitar a los Consejeros Penitenciarios de los Estados y del Distrito Federal que

implementen acciones y medidas substanciales con miras a la efectiva aplicación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil, considerando que la actuación del Poder Ejecutivo y la asistencia del Poder Judicial, con apoyo del Ministerio Público, son imprescindibles para el éxito social del cumplimiento de la pena o de la medida de seguridad, en la dinámica del diálogo entre sus destinatarios y la comunidad.”

En muchas otras Resoluciones busca el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria destacar las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil. Es el caso, por ejemplo, de la Resolución n. 03, del 25 de abril de 1995, que define prioridades para aplicación de los recursos del Fondo Penitenciario Nacional (FUNPEN).

6. OBSTÁCULOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN

A pesar de las asiduas recomendaciones de órganos como el CNPCP, copiosos son los obstáculos que, en los diez años de su vigencia, han dañado la implementación de las Reglas Mínimas (como también los demás documentos alusivos a los reclusos, incluso la Ley de Ejecución Penal) y que han perpetuado, así, el hiato entre los dos Brasiles (el real y el legal).

Entre esos obstáculos descuellan:

- a) la falta de voluntad política;
- b) la sobrepoblación;
- c) el énfasis en el orden y la disciplina;
- d) la tendencia al rigor en la ejecución.

6.1. LA FALTA DE VOLUNTAD POLÍTICA

Es evidente que la precariedad del sistema carcelario es una de las consecuencias más lastimosas de la falta de políticas públicas en el ámbito de la prevención criminal y de la ejecución de la pena. En el último caso, sólo en la última década, con la multiplicación de fugas, así como de motines (casi diarios, muchos con toma de rehenes, entre agentes de vigilancia y visitantes, y de gran repercusión nacional), se ha percibido que se trata de una cuestión de seguridad pública y que, por lo tanto, exige una mirada mucho más atenta del gobierno y de la sociedad.

Una ilación se impone: no podemos seguir conviviendo con el caos.

Ahora bien. Puesto que la ejecución penal es una obligación de los Estados, el sistema depende, en cada unidad federativa (son veintiséis) de la voluntad

política de los gobernadores de turno y de recursos financieros para mantenerlo.

En cuanto a la construcción de centros penales, se efectúa casi siempre una aparcería con la Unión, que desembolsa una suma que varía del 80% al 90%.

En muchos Estados, empero, el desacato a las normas de ejecución (encaradas por algunos como meros conjuntos de principios programáticos o como agendas de aspiraciones) es tan abisal que el Ministerio de Justicia, por conducto del Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN), ha intentado, como instrumento de presión, no siempre con resultados positivos, vincular la liberación de recursos al cumplimiento mínimo de las normas definidas en la Ley de Ejecución Penal y en las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil.

6.2. LA SOBREPoblACIÓN

La sobrepoblación –crónica, en casi todos los países latinoamericanos y caribeños– tiende a crecer en Brasil con el recrudescimiento de la criminalidad, la mayor eficiencia policial, la imposición en demasía de la pena de prisión (incluso preventiva), la conminación de penas largas, la lentitud judicial (que repercute en la cantidad de reclusos provisionales), la falta de asistencia jurídica adecuada (muchos pierden, por ello, algunos de sus beneficios, como la progresión de régimen, la redención de la pena y la libertad condicional) y la escasez de vacantes en las cárceles.

En sólo cuatro Estados hay superávit de vacantes (Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Tocantins y Piauí). (V. nota 1) En los demás, la situación es dramática. Uno de los ejemplos de esa realidad es el Estado de Rondonia: con cerca de 300.000 habitantes, tiene más reclusos que los Estados de Amapá, Roraima y Amazonas. Su capital, Porto Velho, según los datos oficiales, tiene 3.372 reclusos, con un déficit de más de 1.500 vacantes. En la mayor prisión del Estado, la superpoblada Casa de Detención Dr. José Mário Alves da Silva, conocida como “Oso Blanco”, masacres y enfrentamientos se suceden, absolutamente previsibles. Nadie trabaja y la violencia y el terror –exacerbados por la rivalidad de las pandillas, la falta de capacitación de los guardianes y el desdén hacia la dignidad de los enrejados– son vocablos incorporados a la vida cotidiana.

En Sorocaba, a 87 Km. al este de la ciudad de São Paulo, los reclusos de la cárcel local, autores de delitos como desacato a la autoridad, lesión corporal o portación de armas (200 en un espacio diseñado para 60), formaron, hace algunos años, por su propia iniciativa, un consorcio con el fin de pagar la fianza de

los que no tenían recursos y reducir los problemas generados por el exceso de población.⁴

Objeto de reiteradas denuncias, hechas por organismos internacionales de protección de los derechos humanos, la sobrepoblación, cruel y humillante, máxime en las comisarías y cárceles locales, es el más grave de todos los problemas enfrentados por el sistema penitenciario. Al causar hacinamiento, tiene un reflejo profundamente negativo sobre el sistema, puesto que afecta a las demás funciones esenciales como seguridad, atención médica y jurídica, servicios sociales, alimentación, trabajo, educación, recreación, higiene, etc.⁵

En el ítem 39 de la Exposición de Motivos de la LEP está dicho que en el Informe de la Comisión Parlamentaria de Investigación (CPI) del Sistema Penitenciario se acentuó que “la acción educativa individualizada o la individualización de la pena sobre la personalidad, requisito indispensable para la eficiencia del tratamiento penal, es obstaculizada en la casi totalidad del sistema penitenciario brasileño por la superpoblación carcelaria, que impide la clasificación de los prisioneros en grupo y su consecuente distribución por establecimientos distintos, donde se concrete el tratamiento adecuado.”

Sergio García Ramírez, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México (UNAM), ex Procurador General de la República, nos pinta un cuadro que es igual en toda América Latina y el Caribe:

“A lo largo de la Colonia, como sucedería más tarde –y hasta nuestros días–, la sobrepoblación ha sido el agobio de las prisiones, el talón de Aquiles de las cárceles, que tienen, por cierto, más de un talón de este género en la anatomía de sus debilidades.”⁶

Y, más adelante, agrega el actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Resultaba necesario aliviar las condiciones de vida en la cárcel gigantesca y reanudar el antiguo sueño: distribuir a los reclusos en categorías más o menos homogéneas, evitar la contaminación carcelaria, impedir que mine todos los esfuerzos la lepra de las prisiones: una sobrepoblación asfixiante.”⁷

Es unánime el reconocimiento, ante el contexto arriba descrito, de la necesidad de reducir drásticamente el empleo de la pena privativa de libertad, no sólo porque los sustitutivos penales contribuyen a largo plazo para desahogar las prisiones, sino también porque, a sabiendas, por un sinnúmero de razones, han constituido una experiencia exitosa, una respuesta eficaz, barata y

humana para los autores de delitos de pequeño potencial ofensivo.

Lamentablemente, a despecho de las reformas penales y los avances observables a partir de la creación, en todo el país, de Centrales o Varas de Ejecución de Penas y Medidas Alternativas (que han asegurado un monitoreo efectivo de su aplicación), no se puede ignorar que hay todavía cierta resistencia de algunos jueces y fiscales, quienes prefieren la pena de prisión y hacen vista gorda a tales conquistas.

6.3. EL ÉNFASIS EN EL ORDEN Y LA DISCIPLINA

Si es cierto que el orden y la disciplina son condiciones básicas para la paz y la seguridad, también lo es que se suele supervalorarlos en los institutos penales, en donde el control excesivo se convierte en un instrumento de dominación y autoritarismo.

En un artículo nuestro, publicado en la revista mexicana "Iter Criminis", citamos a Augusto F. G. Thompson, ex Procurador del Estado de Río de Janeiro, quien, en su libro "A Questão Penitenciária", advierte: "Consciente de que un descuido, en lo que atañe a la seguridad y disciplina, redundará en la sujeción a sanciones, mientras un malogro en lo que respecta a la intimidación y recuperación, pasará desapercibido, la administración penitenciaria se ve impelida a resaltar el carácter custodial del confinamiento carcelario, tendiendo a ejercer una vigilancia severa sobre los internos. La mejor manera de prevenir evasiones y desórdenes es imponer un régimen de asfixiante cercenamiento a la autonomía del recluso. La rigidez de la disciplina –precio alto que se paga por la seguridad– se traduce en la supresión del autodiscernimiento, de la responsabilidad personal, de la iniciativa del paciente."⁸

El testimonio de Thompson es compartido por la unanimidad de los penitenciaristas, los cuales apuntan la antinomia entre las propuestas de manutención del orden y de la disciplina y las de rehabilitación o resocialización del recluso.

Manoel Pedro Pimentel, Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, ex Secretario de los Negocios de Justicia y de Seguridad Pública del Estado de São Paulo, explica con claridad:

"Esquemáticamente, las metas formales de la pena de prisión son: punición, prevención y regeneración. Las metas informales, o sea, los medios necesarios para cumplir ese programa, en el recinto de las prisiones cerradas, son: seguridad y disciplina. Ahora bien. De la simples colocación en confrontación de las metas formales e informales, se percibe que surge una

incomposibilidad de realización de ambas al mismo tiempo, pues son excluyentes unas de las otras."⁹

6.4. LA TENDENCIA AL RIGOR EN LA EJECUCIÓN

La violencia, sobre todo la urbana, ha nutrido en Brasil el discurso de los que defienden, como forma de contención de la criminalidad y con el apoyo de los medios de comunicación social y de la sociedad, el endurecimiento de la sanción punitiva, la creación de nuevos tipos penales y la reducción de la edad de la responsabilidad penal.

El régimen disciplinario diferenciado, instituido por la ley 10.792/94, es uno de los últimos retoños espurios de esa tendencia (opuesta al principio de la intervención mínima) y se aplica a reclusos provisionales o condenados que practiquen un hecho previsto como crimen doloso y que ocasione subversión del orden o de la disciplina internas; presenten alto riesgo para el orden y la seguridad del establecimiento penal o la sociedad; o sobre el cual existan fundadas sospechas de involucramiento o participación, a cualquier título, en organizaciones criminales, pandilla o banda.

El RDD, que ya se utilizaba extraoficialmente, exhibe las siguientes características: duración máxima de trescientos sesenta días, sin perjuicio de repetición de la sanción por nueva falta grave de la misma especie, hasta el límite de un sexto de la pena aplicada; clausura en celda individual; visitas semanales de dos personas, sin contar a los niños, con duración de dos horas; salida de la celda por 2 horas diarias para baño de sol.

El párrafo único del artículo 87 de la Ley de Ejecución Penal, añadido por la mencionada Ley n. 10.793/2003, establece que la Unión Federal, los Estados, el Distrito Federal y los Territorios podrán construir penitenciarías destinadas exclusivamente a los reclusos provisionales y condenados que estén en régimen cerrado, sujetos al régimen disciplinario diferenciado.

Sometido a la apreciación del CNPCP, mientras era un proyecto de ley, el RDD fue rechazado de modo unánime por los miembros del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, quienes señalaron, en la Resolución n. 10, del 12 de mayo de 2003, su inaptitud para la garantía de la seguridad de los establecimientos penales. El Consejero Carlos Weis, en dictamen aprobado en la reunión ordinaria de mayo del corriente año, fue enfático al afirmar que se trata de "una práctica no recomendable que enmascara el fracaso del Estado de desarrollar una política penitenciaria competente y congruente con el Estado Democrático de Derecho".

En el mismo dictamen, aduce el Consejero que las sanciones disciplinarias "Deben ser aplicadas para

promover el restablecimiento de la seguridad y de la buena organización de la vida comunitaria, siendo aplicables por el tiempo estrictamente necesario para ello”, agregando que éste es el pensamiento del CNPCP, consolidado en el artículo 28 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil: “Las medidas coercitivas serán aplicadas, exclusivamente, para el restablecimiento de la normalidad y cesarán, de inmediato, después de alcanzada su finalidad.”

7. EL RETO (CONCLUSIONES)

Si, por un lado, se reconoce que las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos fueron redactadas a partir de la constatación de lo “que es generalmente aceptado como buenos principios y buena práctica”, sin dejar de considerar la continua evolución de ideas y conceptos, constituyendo una modalidad de estatuto internacional de los derechos del recluso, una carta de principios que rechaza cualquier vejación abusiva o privación no antevista en la ley o la sentencia (aquí se sugiere la lectura del “Manual de Buena Práctica Penitenciaria: Implementación de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos”, publicado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, según el cual los cautivos “están en prisión como castigo, pero no para recibir castigos. La pena consiste en la pérdida de libertad. Por lo tanto, las circunstancias de encarcelamiento no debieran utilizarse como un castigo adicional. Se debe reducir al mínimo cualquiera de los efectos adversos del encarcelamiento. Aunque la vida en prisión nunca puede ser normal, las condiciones en ella deberían ser tan cercanas a la vida

normal como sea posible, aparte de la pérdida de libertad.”¹⁰) y persigue la protección del decoro, de la integridad física y moral, así como de la reintegración social de los reclusos, por otro lado se reconoce que las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil se juntan a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas a fin de reforzarlas y ejercer, con su ideario humanista e igual agenda de exigencias mínimas, una influencia positiva en la legislación, la doctrina y la formulación de la política penitenciaria brasileña.

Para ello es necesaria una toma de conciencia del extraordinario reto que representa la ejecución de la pena en un país que tradicionalmente no ofrece tratamiento decente a sus ciudadanos encarcelados.

Concluyo con las palabras del Profesor Heleno Fragoso, en “Direitos dos Presos”:

“Las reglas mínimas son importantes, a pesar de sus notorias insuficiencias y limitaciones, porque a través de ellas se pretende preservar la dignidad del preso, protegiéndose, en base universal, sus derechos humanos, impidiendo que sea sometido a tratamiento degradante y que le sean impuestas restricciones y sufrimientos que no sean inherentes a la pérdida de la libertad. Pero es obvio que tales reglas no tienen carácter convencional, y no pueden ser invocadas sino cuando incorporadas al derecho interno. Es innegable, no obstante, su fuerza moral como expresión de patrones universalmente reconocidos y proclamados.”¹¹

02. GALEANO, Eduardo. Texto obtenido en Internet. Consultas: info@muldia.com

01. Perfil de la Población Carcelaria

Estado	Cerrado		Semiabierto		Provisorio		Medida de Seguridad		Población		Reclusos en el Sistema 100.000	Reclusos Sistema y Policía 100.000	Vacantes Existentes	Déficit	Policia
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Prisional	Habitantes					
Acre	654	21	196	8	992	55	6	0	1.932	557.526	347	349	1.113	819	15
Alagoas	558	21	53	19	750	39	43	4	1.487	2.822.621	53	65	1.427	60	334
Amazônia	373	35	128	6	373	16	0	0	931	477.032	195	195	716	215	-
Amazonas	570	45	138	8	1.188	69	6	0	2.024	2.812.557	72	75	1.841	183	98
Bahia	1831	60	667	20	2.471	153	110	5	5.317	13.070.250	41	41	4.364	953	-
Ceará	6.437	139	1.446	64	3.067	142	22	0	11.317	7.430.661	152	161	5.903	5.414	622
Distrito Federal	3.692	185	1.915	26	960	60	57	2	6.897	2.051.146	336	339	4.191	2.706	50
Espírito Santo	1.581	76	196	7	1.985	221	57	5	4.128	3.097.232	133	205	1.783	2.345	2.225
Goiás	1.822	48	341	16	1.054	53	0	0	3.334	5.003.228	67	151	2.351	983	4.242
Maranhão	828	40	488	8	752	0	0	0	2.116	5.651.475	37	81	1.176	940	2.451
Mato Grosso	4.022	206	329	17	2.084	129	13	2	6.802	2.504.353	272	306	5.430	1.372	872
Mato Grosso do Sul	2.740	287	523	9	1.159	197	0	0	4.915	2.078.001	237	305	2.376	2.539	1.423
Minas Gerais	3.838	97	868	28	376	84	118	29	5.438	17.891.494	30	129	5.544	(106)	17.718
Pará	1.543	31	285	8	2.522	95	38	0	4.522	6.192.307	73	91	3.446	1.076	1.139
Paraíba	2.832	82	708	9	1.684	56	43	0	5.414	3.443.825	157	157	3.005	2.409	-
Paraná	5.250	167	845	29	899	61	223	15	7.489	9.563.458	78	143	7.075	414	6.200
Pernambuco	4.664	231	849	26	6.195	205	288	30	12.488	7.918.344	158	158	8.600	3.888	-
Piauí	269	17	100	3	889	43	14	1	1.336	2.843.278	47	69	1.705	(369)	628
Rio de Janeiro	11.677	594	2.150	36	3.681	424	0	0	18.562	14.391.282	129	129	17.721	841	-
Rio Grande do Norte	1.146	36	64	5	459	30	21	0	1.761	2.776.782	63	65	2.203	(442)	35
Rio Grande do Sul	10.550	250	4.129	125	2.575	294	469	29	18.421	10.187.798	181	221	15.665	2.756	4.136
Rondônia	1.153	79	380	15	1.672	73	0	0	3.372	1.379.787	244	271	1.517	1.855	366
Roraima	142	9	91	2	296	32	1	0	573	324.397	177	177	424	149	-
Santa Catarina	3.770	296	832	58	1.544	90	103	0	6.693	5.356.360	125	133	6.013	680	446
São Paulo	59.112	2.837	11.990	412	23.812	0	773	90	99.026	37.032.403	267	335	71.515	27.511	24.906
Sergipe	1.690	80	170	0	799	45	9	1	2.794	1.784.475	157	157	1.219	1.575	-
Tocantins	330	14	81	3	611	34	41	0	1.114	1.157.098	96	113	1.166	(52)	195
Total	133.074	5.983	29.962	967	64.849	2.700	2.455	213	240.203	169.799.170	141	182	179.489	60.714	68.101

Fuente: Órganos responsables en el sistema prisional en los Estados.

Total General de Reclusos en el Sistema y en la Policía: 308.304

Estados con superávit: Minas Gerais, Rio Grande do Norte, Tocantins y Piauí.

São Paulo - Número General de la Seguridad Pública de Reclusos en la policía.

03. Oportuna la manifestación de los participantes en el IV Curso Internacional sobre las Medidas Efectivas de Atención para facilitar la Reinserción de las Personas Privadas de Libertad en la Sociedad, organizado en San José, Costa Rica, por el ILANUD (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención de Delito y el Tratamiento del Delincuente), con el apoyo de la JICA (Agencia Japonesa para la Cooperación Internacional) y UNAFEI (Instituto de las Naciones Unidas para Asia y Lejano Oriente).

Teniendo en cuenta la proximidad del aniversario de 50 años de las Reglas Mínimas y además,

“Habiendo analizado los informes nacionales presentados por los participantes de los países, como asimismo las exposiciones de los expertos asistentes, de las que se desprende que existen graves problemas comunes que afectan a los sistemas penitenciarios de América Latina, y que tales problemas incluyen la creciente utilización de la prisión preventiva con carácter de pena, el hacinamiento carcelario, y el grave deterioro de las condiciones de encierro, todo lo cual genera violaciones a derechos fundamentales de presos y presas tales como los derechos a la vida y a la salud;

Notando que la situación descripta se da en el contexto de marcos jurídicos en los que, a despecho de las reformas procesales progresivamente implementadas, los operadores del sistema penal continúan adoptando medidas características del sistema inquisitivo y escriturista;

Notando, asimismo, que pese a la progresiva introducción en las legislaciones penales y procesales de medidas alternativas a las privativas de libertad, los operadores jurídicos continúan privilegiando la prisión provisoria o definitiva, según los casos, mediante interpretaciones restrictivas y formalistas que desvirtúan la normativa internacional y los principios constitucionales relativos al tema;

Notando con preocupación la frecuente ineficacia de las normas que tutelan los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, con el débil rol de los jueces, fiscales y defensores que tienen a su cargo el control de la constitucionalidad de las leyes y reglamentos penitenciarios, y de la práctica de la gestión penitenciaria”,

Resolvieron los participantes formular algunas recomendaciones, entre las cuales sobresalen:

“a) Sensibilizar y capacitar a jueces, fiscales y defensores respecto de su misión de salvaguardia de las garantías y derechos individuales de toda persona privada de libertad, mediante el control de

constitucionalidad de las leyes, reglamentos y medidas que rigen las condiciones de vida de quienes se encuentran en prisión;

- b) Desarrollar políticas penitenciarias sostenibles, regidas por el respeto irrestricto a los derechos humanos consagrados en las constituciones y en la normativa internacional de la materia;
- c) Implementar la carrera penitenciaria, con el fin de seleccionar, designar y promover al personal –en todas sus jerarquías– en función de su idoneidad, en adecuada relación numérica preso/funcionario, con estabilidad laboral, salario digno, y capacitación profesional permanente acorde con sus funciones;
- d) Adecuar o sustituir progresivamente la infraestructura penitenciaria existente para alcanzar como mínimo los estándares previstos en las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*;
- e) Establecer en los sistemas penitenciarios criterios eficaces de clasificación de las personas privadas de libertad para reducir su vulnerabilidad frente a las situaciones desfavorables provocadas por la convivencia forzada, y asegurar su participación en programas que favorezcan su futura reinserción social;
- f) Promover, en toda la medida posible, la participación de la sociedad civil para lograr la inserción social intra y extramuros de las personas privadas de libertad, y la mayor transparencia en el proceso de ejecución de la pena.” (Correspondencia enviada, en 2003, al Ministerio de Justicia de Brasil, por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, con copia para los miembros del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria).

04. Periódico *Folha de São Paulo*, 02.11.95.

05. “El hacinamiento, a su vez, obstaculiza el normal desempeño de funciones esenciales de los sistemas penitenciarios, tales como la salud, el descanso, la higiene, la alimentación, la seguridad, el régimen de visitas, y, asimismo, el de otras funciones también muy importantes, pero que pasan entonces a la categoría de prescindibles por la imposibilidad de desarrollarlas, o de desarrollarlas de manera adecuada; nos referimos a la educación, el trabajo,

la recreación y la visita íntima...” (CARRANZA, Elías (Coordinador). *Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria: Respuestas Posibles*. San José, Costa Rica: ILANUD/Siglo Veintiuno Editores, 2001, p. 22). Elías Carranza, en “Prison Overcrowding as an Obstacle to the Application of the United Nations Standard on Penitentiary Systems”, in “The Application of the United Nations Standard and Norms in Crime Prevention and Criminal Justice”, publicado por el Ministerio de Justicia, de Austria, en 2003, informa que “Recently, the General Assembly adopted two important instruments that make significant reference to the current penitentiary conditions. One of them is the Vienna Declaration on Crime and Justice: Meeting the Challenges of the Twenty-first Century, adopted by the General Assembly on December 4th, 2000. In its paragraph 26 the Member States state: ‘We commit ourselves to according priority to containing the growth and overcrowding of pre-trial and detention prison populations, as appropriate, by promoting safe and effective alternatives to incarceration.’ The other instrument, adopted on the 20th Session of December 21st, 2001, is entitled Action Plan for the Application of the Vienna Declaration on Crime and Justice: Meeting the Challenges of the Twenty-first Century. In paragraph X, the instrument proposes measures

regarding prison overcrowding and secure the effective alternatives to imprisonment.”

06. RAMÍREZ, Sergio García. *Los Personajes del Cautiverio: Prisiones, Prisioneros y Custodios*. México: Porrúa, 2002, p. 136.
07. Idem, p. 103.
08. THOMPSON, Augusto F. G. A Questão Penitenciária. Rio de Janeiro: Vozes, 1976, p. 41, in *Una Visión de la Realidad Penitenciaria en México*. Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales –México, DF: Instituto Nacional de Ciencias Penales– Marzo 2002 –Núm. 2. Segunda Época, p. 141.
09. PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime e a Pena na Atualidade*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1983, p. 38.
10. Manual de Buena Práctica Penitenciaria: Implementación de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, p. 16.
11. FRAGOSO, Heleno et al. *Direitos dos Presos*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p.18.

ANEXO

**REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL - MINISTERIO DE JUSTICIA
CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL Y PENITENCIARIA
REGLAS MÍNIMAS PARA EL TRATAMIENTO DEL RECLUSO
EN BRASIL**

**RESOLUCIÓN N. 14, DEL 11 DE NOVIEMBRE DE 1994
(Publicada en el Diario Oficial de la Unión del 02.12.94)**

El Presidente del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria (CNPCP), en el uso de sus atribuciones legales, reglamentarias y

Considerando la decisión, por unanimidad, del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, reunido el 17.10.94, con el propósito de establecer las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil;

Considerando la recomendación, en ese sentido aprobada en la Sesión del 26 de abril al 6 de mayo de 1994, por el Comité Permanente de Prevención del Crimen y Justicia Penal de las Naciones Unidas, del cual Brasil es Miembro;

Considerando todavía lo dispuesto en la Ley 7.210, del 11.07.84 (Ley de Ejecución Penal):

Resuelve fijar las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil.

**TÍTULO I
REGLAS DE APLICACIÓN
GENERAL**

**CAPÍTULO I
DE LOS PRINCIPIOS
FUNDAMENTALES**

Artículo 1º. Las normas siguientes obedecen a los principios constantes en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y de aquellos insertados en los Tratados, Convenciones y Reglas internacionales de que Brasil es firmante, debiendo ser aplicadas sin distinción de naturaleza racial, social, religiosa, sexual, política, idiomática o de cualquier otro orden.

Artículo 2º. Se impone el respeto a las creencias religiosas, los cultos y los preceptos morales del recluso.

Artículo 3º. Es asegurado al recluso el respeto a su individualidad, integridad física y dignidad personal.

Artículo 4º. El recluso tendrá el derecho de ser llamado por su nombre.

**CAPÍTULO II
DEL REGISTRO**

Artículo 5º. Nadie podrá ser admitido en establecimiento prisional sin orden legal de prisión.

Párrafo único. En el local donde haya recluso deberá existir registro en que consten los siguientes datos:

- I - identificación;
- II - motivo de la prisión;
- III - nombre de la autoridad que la determinó;
- IV - antecedentes penales y penitenciarios;
- V - día y hora del ingreso y de la salida.

Artículo 6º. Los datos referidos en el artículo anterior deberán ser inmediatamente comunicados al Programa de Informatización del Sistema Penitenciario Nacional - INFOPEN, asegurándose al recluso y a su familia el acceso a esas informaciones.

**CAPÍTULO III
DE LA SELECCIÓN Y
SEPARACIÓN DE LOS
RECLUSOS**

Artículo 7º. Reclusos pertenecientes a categorías diversas deben ser alojados en distintos establecimientos prisionales o en sus secciones, observadas características personales tales como: sexo, edad, situación judicial y legal, cantidad de pena a que fue condenado, régimen de ejecución, naturaleza de la

prisión y el tratamiento específico que le corresponda, atendiendo al principio de la individualización de la pena.

§ 1º Las mujeres purgarán pena en establecimientos propios.

§ 2º Serán aseguradas condiciones para que la presa pueda permanecer con sus hijos durante el período de amamantamiento de los mismos.

CAPÍTULO IV DE LOS LOCALES DESTINADOS A LOS RECLUSOS

Artículo 8º. Salvo razones especiales, los reclusos deberán ser alojados individualmente.

§ 1º Cuando la utilización de dormitorios colectivos, estos deberán ser ocupados por reclusos cuidadosamente seleccionados y reconocidos como aptos para ser alojados en esas condiciones.

§ 2º El recluso dispondrá de cama individual provista de ropas, mantenidas y cambiadas correcta y regularmente, a fin de asegurar condiciones básicas de limpieza y comodidad.

Artículo 9º. Los locales destinados a los reclusos deberán satisfacer las exigencias de higiene, de acuerdo con el clima, particularmente en lo que se refiere a la superficie mínima, volumen de aire, calefacción y ventilación.

Artículo 10. El local donde los reclusos desarrollan sus actividades deberá presentar:

- I- ventanas amplias, dispuestas de modo a posibilitar circulación de aire fresco, con o sin ventilación artificial, para que el recluso pueda leer y trabajar con luz natural;
- II- cuando fuere necesario, luz artificial suficiente, para que el recluso pueda leer y trabajar sin perjuicio de su visión;
- III- instalaciones sanitarias adecuadas, para que el recluso pueda satisfacer sus necesidades naturales en forma higiénica y decente, preservándose su privacidad.
- IV- instalaciones apropiadas, para que el recluso pueda bañarse a la temperatura adecuada al clima y con la frecuencia que exigen los principios básicos de higiene.

Artículo 11. A los menores de 0 a 6 años, hijos de recluso, será garantizada la atención en guardería y en el período preescolar.

Artículo 12. Las ropas suministradas por los establecimientos prisionales deben ser apropiadas a las condiciones climáticas.

§ 1º Las ropas no deberán afectar la dignidad del recluso.

§ 2º Todas las ropas deberán estar limpias y mantenidas en buen estado.

§ 3º En circunstancias especiales, cuando el recluso se aleja del establecimiento para fines autorizados, le será permitido usar sus propias ropas.

CAPÍTULO V DE LA ALIMENTACIÓN

Artículo 13. La administración del establecimiento prisional suministrará agua potable y alimentación a los reclusos.

Párrafo único. La alimentación será preparada de acuerdo con las normas de higiene y dieta, controlada por nutricionista, debiendo presentar valor nutritivo suficiente para manutención de la salud y del vigor físico del recluso.

CAPÍTULO VI DE LOS EJERCICIOS FÍSICOS

Artículo 14. El recluso que no se ocupe de tarea al aire libre deberá disponer, por lo menos, de una hora durante el día para realización de ejercicios físicos adecuados o baño de sol.

CAPÍTULO VII DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y ASISTENCIA SANITARIA

Artículo 15. La asistencia a la salud del recluso, de carácter preventivo y curativo, comprenderá atención médica, psicológica, farmacéutica y odontológica.

Artículo 16. Para la asistencia a la salud, los establecimientos prisionales serán dotados de:

- I- enfermería con cama, material clínico, instrumental adecuado a productos farmacéuticos indispensables para internación médica u odontológica de urgencia;
- II- dependencia para observación psiquiátrica y cuidados a toxicómanos;
- III- unidad de aislamiento para enfermedades infectocontagiosas.

Párrafo único. Caso el establecimiento prisional no esté suficientemente preparado para proveer

atención médica necesaria al enfermo, podrá él ser transferido para unidad hospitalaria apropiada.

Artículo 17. El establecimiento prisional destinado a mujeres dispondrá de dependencia dotada de material obstétrico, a fin de atender a la mujer encinta, a la parturienta y a la convaleciente, sin condiciones de ser transferida a la unidad hospitalaria para tratamiento apropiado, en caso de emergencia.

Artículo 18. El médico, obligatoriamente, examinará al recluso, cuando su ingreso en el establecimiento y, posteriormente, si fuere necesario, para:

- I- determinar la existencia de enfermedad física o mental, tomando, para ello, las medidas necesarias;
- II- asegurar el aislamiento de reclusos sospechosos de sufrir enfermedad infectocontagiosa;
- III- determinar la capacidad física de cada recluso para el trabajo;
- IV- señalar las deficiencias físicas y mentales que puedan constituir un obstáculo para su reinserción social.

Artículo 19. Al médico incumbe velar por la salud física y mental del recluso, debiendo realizar visitas diarias a aquellos que necesiten.

Artículo 20. El médico informará al director del establecimiento si la salud física o mental del recluso fue o podrá venir a ser afectada por las condiciones del régimen prisional.

Párrafo único. Se debe garantizar la libertad de contratar a un médico de confianza personal del recluso o de sus familiares, a fin de orientar y seguir su tratamiento.

CAPÍTULO VIII DEL ORDEN Y DE LA DISCIPLINA

Artículo 21. El orden y la disciplina deberán ser mantenidos, sin imponerse restricciones además de las necesarias para la seguridad y la buena organización de la vida en común.

Artículo 22. Ningún recluso deberá desempeñar función o tarea disciplinaria en el establecimiento prisional.

Párrafo único. Este dispositivo no se aplica a los sistemas basados en la autodisciplina y no debe ser

obstáculo para la atribución de tareas, actividades o responsabilidades de orden social, educativo o deportivo.

Artículo 23. No habrá falta o sanción disciplinaria sin expresa y anterior previsión legal o reglamentaria.

Párrafo único. Las sanciones no podrán poner en peligro la integridad física y la dignidad personal del recluso.

Artículo 24. Son prohibidos, como sanciones disciplinarias, los castigos corporales, clausura en celda oscura, sanciones colectivas, así como toda punición cruel, inhumana, degradante y cualquier forma de tortura.

Artículo 25. No serán utilizados, como instrumentos de punición, corrientes, esposas y camisas de fuerza.

Artículo 26. La norma reglamentaria dictada por autoridad competente determinará en cada caso:

- I- la conducta que constituye infracción disciplinaria;
- II- el carácter y la duración de las sanciones disciplinarias;
- III- la autoridad que deberá aplicar las sanciones.

Artículo 27. Ningún recluso será punido sin haber sido informado de la infracción que le será atribuida y sin que le sea asegurado el derecho de defensa.

Artículo 28. Las medidas coercitivas serán aplicadas, exclusivamente, para el restablecimiento de la normalidad y cesarán, de inmediato, luego de ser alcanzada su finalidad.

CAPÍTULO IX DE LOS MEDIOS DE COERCIÓN

Artículo 29. Los medios de coerción, tales como esposas y camisas de fuerza, sólo podrán ser utilizados en los siguientes casos:

- I- como medida de precaución contra fuga, durante el desplazamiento del recluso, debiendo ser retirados cuando la comparecencia en audiencia ante la autoridad judicial o administrativa;
- II- por motivo de salud, según recomendación médica;

III - en circunstancias excepcionales, cuando es indispensable utilizarlos en razón de peligro inminente para la vida del recluso, de servidor o de terceros.

Artículo 30. Es prohibido el transporte del recluso en condiciones o situaciones que le impongan sufrimientos físicos.

Párrafo único. En el desplazamiento de mujer presa la escolta será integrada, por lo menos, por una policía o funcionaria pública.

CAPÍTULO X DE LA INFORMACIÓN Y DEL DERECHO DE QUEJA DE LOS RECLUSOS

Artículo 31. Cuando el ingreso en el establecimiento prisional, el recluso recibirá informaciones escritas sobre normas que orientarán su tratamiento, las imposiciones de carácter disciplinario así como sobre sus derechos y deberes.

Párrafo único. Al recluso analfabeto, esas informaciones serán prestadas verbalmente.

Artículo 32. El recluso tendrá siempre la oportunidad de presentar solicitudes o formular quejas al director del establecimiento, a la autoridad judicial u otra competente.

CAPÍTULO XI DEL CONTACTO CON EL MUNDO EXTERIOR

Artículo 33. El recluso estará autorizado a comunicarse periódicamente, bajo vigilancia, con su familia, parientes, amigos o instituciones idóneas, por correspondencia o por medio de visitas.

§ 1º La correspondencia del recluso analfabeto puede ser, a su solicitud, leída y escrita por servidor o alguien por él indicado;

§ 2º El uso de los servicios de telecomunicaciones podrá ser autorizado por el director del establecimiento prisional.

Artículo 34. En caso de peligro para el orden o para la seguridad del establecimiento prisional, la autoridad competente podrá restringir la correspondencia de los reclusos, respetados sus derechos.

Párrafo único. La restricción referida en el *caput* de este artículo cesará, inmediatamente, restablecida la normalidad.

Artículo 35. El recluso tendrá acceso a informaciones periódicas a través de los medios de comunicación social, autorizado por la administración del establecimiento.

Artículo 36. La visita al recluso del cónyuge, compañero, familia, parientes y amigos, deberá observar la fijación de los días y horarios propios.

Párrafo único. Deberá existir instalación destinada al entrenamiento de estudiantes universitarios.

Artículo 37. Se debe estimular la manutención y el mejoramiento de las relaciones entre el recluso y su familia.

CAPÍTULO XII DE LA INSTRUCCIÓN Y ASISTENCIA EDUCACIONAL

Artículo 38. La asistencia educacional comprenderá la instrucción escolar y la formación profesional del recluso.

Artículo 39. La enseñanza profesional será impartida en nivel de iniciación y de perfeccionamiento técnico.

Artículo 40. La instrucción primaria se brindará obligatoriamente a todos los reclusos que no la poseen.

Párrafo único. Cursos de alfabetización serán obligatorios y compulsivos para los analfabetos.

Artículo 41. Los establecimientos prisionales contarán con biblioteca organizada con libros de contenido informativo, educativo y recreativo, adecuados a la formación cultural, profesional y espiritual del recluso.

Artículo 42. Deberá ser permitido al recluso participar en curso por correspondencia, radio o televisión, sin perjuicio de la disciplina y la seguridad del establecimiento.

CAPÍTULO XIII DE LA ASISTENCIA RELIGIOSA Y MORAL

Artículo 43. La asistencia religiosa, con libertad de culto, será permitida al recluso así como la participación en los servicios organizados en el establecimiento prisional.

Párrafo único. Deberá ser facilitada, en los establecimientos prisionales, la presencia de representante religioso, con autorización para organizar servicios litúrgicos y hacer visita pastoral a adeptos de su religión.

CAPÍTULO XIV DE LA ASISTENCIA JURÍDICA

Artículo 44. Todo recluso tiene derecho a ser asistido por abogado.

§ 1º Las visitas de abogado serán en local reservado, con observancia del derecho a su privacidad;

§ 2º Al recluso pobre el Estado deberá proporcionar asistencia gratuita y permanente.

CAPÍTULO XV DE LOS DEPÓSITOS DE OBJETOS PERSONALES

Artículo 45. Cuando el ingreso del recluso en el establecimiento prisional, serán guardados, en lugar seguro, el dinero, los objetos de valor, ropas y otras piezas de uso que le pertenezcan y que el reglamento no autorice a tener consigo.

§ 1º Todos los objetos serán inventariados y se tomarán medidas necesarias para su conservación.

§ 2º Tales bienes serán devueltos al recluso en el momento de su transferencia o liberación.

CAPÍTULO XVI DE LAS NOTIFICACIONES

Artículo 46. En casos de óbito, de enfermedad, accidente grave o transferencia del recluso para otro establecimiento, el director informará inmediatamente al cónyuge, si fuere el caso, a pariente próximo o a persona previamente designada.

§ 1º El recluso será informado, inmediatamente, del óbito o de enfermedad grave de cónyuge, compañero, ascendiente, descendiente o hermano, debiendo ser permitida la visita a éstos, bajo custodia.

§ 2º El recluso tendrá derecho de comunicar, inmediatamente, a su familia, su prisión o su transferencia para otro establecimiento.

CAPÍTULO XVII DE LA PRESERVACIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y DE LA IMAGEN

Artículo 47. El recluso no será constreñido a participar, activa o pasivamente, en acto de divulgación de informaciones a los medios de comunicación social, especialmente en lo que atañe a su exposición compulsiva a fotografía o film.

Párrafo único. La autoridad responsable de la custodia del recluso providenciará, tanto como lo permita la ley, para que informaciones sobre la vida privada y la intimidad del recluso sean mantenidas en sigilo, especialmente aquellas que no tengan relación con su prisión.

Artículo 48. En caso de desplazamiento del recluso, por cualquier motivo, se debe evitar su exposición al público, así como resguardarlo de insultos y de la curiosidad general.

CAPÍTULO XVIII DEL PERSONAL PENITENCIARIO

Artículo 49. La selección del personal administrativo, técnico, de vigilancia y custodia, atenderá a la vocación, la preparación profesional y la formación profesional de los candidatos a través de escuelas penitenciarias.

Artículo 50. El servidor penitenciario deberá cumplir sus funciones, de modo que inspire respeto y ejerza influencia benéfica al recluso.

Artículo 51. Se recomienda que el director del establecimiento prisional sea debidamente calificado para la función por su carácter, integridad moral, capacidad administrativa y formación profesional adecuada.

Artículo 52. En el establecimiento prisional para la mujer, el responsable de la vigilancia y custodia será del sexo femenino.

TÍTULO II REGLAS APLICABLES A CATEGORÍAS ESPECIALES

CAPÍTULO XIX DE LOS CONDENADOS

Artículo 53. La clasificación tiene por finalidad:

- I- separar a los reclusos que, en razón de su conducta y antecedentes penales y penitenciarios, puedan ejercer influencia nociva sobre los demás;
- II- dividir a los reclusos en grupos para orientar su reinserción social.

Artículo 54. Tan pronto como el condenado ingrese en el establecimiento prisional, deberá ser realizado examen de su personalidad, estableciéndose programa de tratamiento específico, con el propósito de promover la individualización de la pena.

CAPÍTULO XX DE LAS RECOMPENSAS

Artículo 55. En cada establecimiento prisional será instituido un sistema de recompensas, conforme a los distintos grupos de reclusos y los distintos métodos de tratamiento, a fin de estimular la buena conducta, desarrollar el sentido de responsabilidad, promover el interés y la cooperación de los reclusos.

CAPÍTULO XXI DEL TRABAJO

Artículo 56. En cuanto al trabajo:

- I- el trabajo penitenciario no deberá tener carácter aflictivo;
- II- al condenado será garantizado trabajo remunerado conforme a su aptitud y condición personal, respetada la determinación médica;
- III- será proporcionado al condenado trabajo educativo y productivo;
- IV- deben ser consideradas las necesidades futuras del condenado, así como las oportunidades ofrecidas por el mercado de trabajo;
- V- en los establecimientos prisionales deben ser tomadas las mismas precauciones prescritas para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores libres;
- VI- serán tomadas medidas para indemnizar a los reclusos por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en condiciones semejantes a las que la ley dispone para los trabajadores libres;
- VI- la ley o reglamento fijará la jornada de trabajo diaria y semanal para los condenados, observada la destinación de tiempo para el ocio, el descanso, la educación y otras actividades que se exigen como parte del tratamiento y con vistas a la reinserción social;
- VII- la remuneración a los condenados deberá posibilitar la indemnización por los daños causados por el crimen, adquisición de objetos de uso personal, ayuda a su familia, constitución de peculio que le será entregado cuando puesto en libertad.

CAPÍTULO XXII DE LAS RELACIONES SOCIALES Y AYUDA POSTPENITENCIARIA

Artículo 57. El futuro del recluso, después del cumplimiento de la pena, será siempre llevado en cuenta. Se debe animarlo en el sentido de mantener o establecer relaciones con personas y/u órganos externos que puedan favorecer los intereses de su familia, así como su propia readaptación especial.

Artículo 58. Los órganos oficiales, o no, de apoyo al liberado deben:

- I- proporcionarle los documentos necesarios, así como alimentación, vestuario y alojamiento en el período inmediato a su liberación, suministrándole, incluso, auxilio para transporte local;
- II- ayudarlo a reintegrarse a la vida en libertad, en especial contribuyendo para su colocación en el mercado de trabajo.

CAPÍTULO XXIII DEL ENFERMO MENTAL

Artículo 59. El enfermo mental deberá ser custodiado en establecimiento apropiado, no debiendo permanecer en establecimiento prisional más que el tiempo necesario para su transferencia.

Artículo 60. Se tomarán providencias para que el liberado continúe su tratamiento psiquiátrico, cuando fuere necesario.

CAPÍTULO XXIV DEL RECLUSO PROVISIONAL

Artículo 61. Al recluso provisional será asegurado régimen especial en el que se observará:

- I- separación de los reclusos condenados;
- II- celda individual, preferentemente;
- III- opción por alimentarse a sus expensas;
- IV- utilización de objetos personales;
- V- uso de su propia ropa o, cuando fuere el caso, de uniforme distinto de aquel utilizado por recluso condenado;
- VI- oferta de oportunidad de trabajo;
- VII- visita y atención de su médico o dentista.

**CAPÍTULO XXV
DEL RECLUSO POR PRISIÓN
CIVIL**

Artículo 62. En los casos de prisión de naturaleza civil, el recluso deberá permanecer en recinto separado de los demás, aplicándose, según el caso, las normas destinadas a los reclusos provisionales.

**CAPÍTULO XXVI
DE LOS DERECHOS
POLÍTICOS**

Artículo 63. Son asegurados los derechos políticos al recluso que no está sujeto a los efectos de la condenación criminal definitiva.

**CAPÍTULO XXVII
DE LAS DISPOSICIONES
FINALES**

Artículo 64. El Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria adoptará las providencias esenciales o complementarias para el cumplimiento de las Reglas Mínimas establecidas en esta Resolución, en todas las unidades federativas.

Artículo 65. Esta Resolución entra en vigor a la fecha de su publicación.

Observación: Ponencia impartida en el “Congreso Internacional: Hacia el 50 Aniversario de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos”, realizado en La Habana, Cuba, los días 10 y 11 de junio de 2004. El texto de las Reglas Mínimas para el Tratamiento del Recluso en Brasil fue traducido al español por el autor.

ÉTHIQUE ET ALTÉRITÉ UN PROPOS PLURALISTE D'UN DROIT AUX DROITS HUMAINS DANS DES PAYS PÉRIPHÉRIQUES



DJASON B. DELLA CUNHA

Docteur en Droit Public, DEA 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

La discussion sur la crise des paradigmes – notamment du monisme juridique – avec l'exigence d'une révision des formes de production et de pratique du droit restaure au niveau global la question de l'équité comme une vieille/nouvelle ordre de légitimité juridique.

Certes, la constatation d'épuisement de la culture juridique et des valeurs éthiques projetés par la modernité bourgeoise-capitaliste témoigne une succession de crises de légitimité normative qui circulent dans les sphères des institutions politiques et économiques et traverse l'éthos valoratif des pratiques quotidiennes

Sans doute, la vie dans la société contemporaine de *mass media* dans ces pays "à son raison d'être dans la profonde perte d'identité culturelle, dans l'inhumain des relations socio-politiques, dans l'individualisme irrationnel et égoïste, dans l'absence de modèles communautaires et démocratiques, sinon encore dans la menace constante de dévastation de l'environnement. Cette situation produit une des grandes difficultés actuelles, qu'est celle de bâtir les bases d'un conjoint de valeurs éthiques capables d'internaliser le "moi" individuel et le "nous" dans une communauté réelle. Au milieu de la crise de légitimité normative, on vit la manque du consentement et l'indécision face à la diversité d'interprétation sur le quoi soit la "virtue", "bien-commun", "bonne vie" ou "l'action juste."¹

De façon que la reconnaissance de cette crise éthique de la modernité dans des pays périphériques suscite l'exigence d'une nouvelle rationalité de la vie sociale, soit au niveau des orientations instrumentales et techniques soit dans les interprétations des normes et valeurs éthiques de l'action humaine, que permettent l'ouverture et la recherche des alternatives pour la découverte d'un nouveau paradigme axiologique, tant dans l'espace avancé des sociétés capitalistes actuelles

que dans les aires instables et conflictueuses des sociétés périphériques.

Ainsi, c'est parmi des nombreuses propositions avancées que deux contributions philosophiques significatives offrent des orientations paradigmatiques à la supériorité de la crise des valeurs éthiques de la vie sociale contemporaine. Il s'agit, d'un côté, du "pragmatisme analytique" représenté par des théoriciens anglo-américains tels que A. MacIntyre, Hilary Putnam et Richard Rorty, et, d'autre côté, du "rationalisme discursif" de Jürgen Habermas et Karl-Otto Apel.

1. PRAGMATISME ANALYTIQUE VERSUS RATIONALISME DISCOURSIF

Sans vouloir traiter des particularités de ces deux propositions philosophiques, le "pragmatisme analytique" a par but théorique le rejet des appelés principes éthiques universaux, défendant l'idée d'être préjudiciable chercher des normes générales pour la convivence sociale, une fois que l'éthique comme "virtue" se propose d'offrir des réponses et solutions à des problèmes immédiats et spécifiques. L'argumentation des pragmatiques analytiques, imprégnée d'une posture marquée par le relativisme culturel, a par fondement le refus de valeurs absolues, intemporelles et utopiques, sous allégation que la conduite humaine comme vertu civique reflète des valeurs régionales que sont conditionnés à l'une tradition culturelle concrète.

Certes, au réduire le rôle d'une éthique de rationalité universelle, les pragmatiques analytiques proclament une éthique spécifique, régionale, marquée par un "ethnocentrisme pragmatique" que, dû réfléchir

le prédomine d'une tradition culturelle basée dans la *way of life* libéral-individualiste nord-américaine, tend à ignorer les conceptions éthiques d'autres *ethos* culturels, notamment les éthiques libertaires vécues par des cultures de sociétés périphériques.

Par contre, le mouvement de l'éthique rationnelle du discours, différemment du "pragmatisme analytique", a par référence théorique l'investigation sur le fondement des principes éthiques universels. Fondée sur le concept dialogique de la "raison", en rejet au logique instrumentelle de la rationalité illuminée, les défenseurs du "rationalisme discursif" cherchent surmonter l'épuisement de la crise éthique de la modernité bourgeoise en proposant des règles et des valeurs pour l'action humaine que visent l'émancipation des sujets historiques et des groupes sociaux. Dans cette ligne de raisonnement s'alignent Jürgen Habermas et Karl-Otto-Apel qui postulent une éthique de base universaliste, poussée par un "discours pratico-communicatif", capable de rendre objective une majeure assimilation entre le "moi" individuel et l'autonomie des identités collectives.

Habermas, par exemple, reprend l'éthique formaliste de Kant (l'impératif catégorique) et s'appuie sur les arguments de la dialectique hégélienne pour proposer une éthique du discours pratique, dont l'intentionnalité est médiée par la réciprocité de trois principes basiques et universels: le principe de la justice, le principe de la solidarité et le principe du bien-commun. Otto-Apel, par son tour, bâtit sa nouvelle éthique universaliste en prenant par fondement les propositions normatives de contenu linguistico-pragmatique.

De façon que assumé par la logique d'une rationalité de "réflexion transcendentale", Otto-Apel systématise une éthique spéciale, de caractère aussi dialogique (discursive-communicative), nommée "éthique de la responsabilité" que s'annonce comme un pont médiatrice capable de rendre possible l'existence d'une "éthique communautaire intersubjectivement valable". À ce respect, assure Apel, en disant que "seul ce type de norme basique, universellement valable, de fondement consensuel-normatif, peut rendre possible la convivence des gens, des peuples et cultures, avec différents intérêts et traditions valoratives de mondes vitaux. Or, c'est juste la reconnaissance intersubjective de la "metanorme", comme principe de rationalité discursive, qui rend possible la condition du pluralisme valoratif du monde moderne."²

Le propos de Apel est, néanmoins, bâtir une "éthique de la responsabilité" marquée par le consensus des agents sociaux en interaction entre eux et que soit capable de mise en ordre une action collective en faveur

du bien-être et de la bonheur général, sans être liée aux circonstances.

Malgré des efforts de Habermas et Apel au sens de fonder une éthique rationnelle, intentionnellement universelle, que prend les relations intersubjectives et l'action communicative concrète comme axe de l'action et de mise en ordre de la vie sociale, l'efficacité de ses présupposés semble insuffisante pour rendre compte de la question de l'expérience historique des sociétés périphériques (latino-américaines et brésilienne) marquées par des profondes clivages de situations culturelles régionales, où il y a tout type d'irrationalisme, de conflits, dépendances et de violences institutionnalisées.

Sans doute, telle insuffisance se doit au fait de "l'éthique discursive" se borner autant seul à l'une idée de société matisée par la perfection, constituée par des agents sociaux libres, compétents et conscients, participants dans des conditions d'égalité du jeu linguistique et argumentatif. En vérité, ce que se constate dans ces sociétés est le vécu d'une logique de relations d'innégalité, dont la situation historique ou l'expérience culturelle arrive au dedans d'un espace public composé par des sujets aliennés, explorés et innégaux, lesquels sont ignorés, silencieux et exclus, à cause d'être considérés sans compétence pour participer des décisions engendrées par des catégories sociales que manipulent les discours de "l'éthique de la responsabilité" ou du "pragmatisme universel".

Par conséquent, il semble clair que tant le "pragmatisme analytique" de MacIntyre, Putnam e Rorty comme l'"éthique discursive ou de la communication" de Habermas, ou même le "pragmatisme transcendantal" ou l'"éthique de la responsabilité" de Apel, se présentent tous insuffisantes ou déficitaires pour comprendre et développer dans les sociétés périphériques un *ethos* particulier ou universellement légitimé. Le chemin d'affrontement à cette réalité semble d'être tracé par un autre type de rationalité, dont le contenu reflète une pratique pédagogique libertatrice, capable d'émanciper les sujets historiques privés de justice, expropriés et exclus. Il s'agit, évidemment, d'une "éthique de l'altérité" sur laquelle se réfère le philosophe et théologien Enrique D. Dussel comme "le lieu ou le moment de l'extériorité, dans lequel se donne 'l'affirmation de l'opprimé comme l'autre, comme personne et comme fin', et que se constitue de deux catégories fondamentales: la catégorie ontologique de la 'totalité' e la catégorie métaphysique de l'extériorité' (altérité)."³

Sur la dimension philosophique du binôme "totalité" *versus* "extériorité", qui fonde une nouvelle structure de la subjectivité, dispose Wolkmer au réfléchir en niveau théorique cette nouvelle logique de la convivence humaine: "La catégorie de la 'totalité' que

peut se manifester de manières diverses embrasse le monde de la vie quotidienne, la totalité de l'être, l'universalité des sens et des pratiques, la mondialisation capitaliste concrète et abstraite. L'exigence d'une nouvelle ordre fondante implique le défis de rompre avec la 'totalité' ontologique de la pensée européenne moderne, caractérisée par un idéalisme individualiste et par un subjectivisme centré dans le 'Je absolu'.⁴

Par d'autre, affirme lui: "la catégorie de l'extériorité englobe l'espace humain de l'autre, de l'altérité d'une nouvelle subjectivité présent en chaque personne comme individualité et en chaque groupe comme collectivité. De plus, la métaphysique de l'altérité comme paradigme originaire que s'insurge contre l'injustice et contre la 'négation de l'être de l'autre' inscrit dans l'histoire l'extériorité de l'autre, en configurant, par la *praxis* réflétée également en niveau théorique, une nouvelle logique de convivence humaine."⁵

Il n'y a pas doute que "l'éthique de l'altérité" traduit une dimension libertaire que s'appuie sur une *praxis* de désaliénation de l'homme et sur la valoration des pratiques culturelles dotée d'une rationalité historique particulière, non-formelle et matériellement émancipatrice.

En tissant une théorisation sur cette question, Enrique D. Dussel – cité par Wolkmer – développe deux "catégories pratiques" que contextualisent l'existence du binomie "totalité" *versus* "extériorité":

- a) l'aliénation – symbolise le 'péché' et 'l'oppression', la négation de l'extériorité, l'autre dépouillé et rendu simple partie fonctionnelle interne du système mercantil, le sujet vif rendu chose par le capital, le mal par excellence etc.;
- b) la 'libertation' – l'imaginaire de la 'salvation' et de la 'sortie', l'utopie de l'homme 'nouveau', l'alternative constructive au Capitalisme dépendent, enfin, la 'négation de l'aliénation a partir de l'affirmation de l'extériorité'.⁶

Il faut reconnaître que l'éthique de l'altérité est une éthique de contenue effectivement anthropologique, fondée, d'un côté, dans des valeurs universels d'un droit naturel rationnel: vie, liberté, bien-comum, justice et dignité; et, d'un autre, dans la singularité émancipatoire de valeurs culturels spécifiques et particuliers, représentés par l'autonomie individuelle et collective, solidarité et satisfaction de besoins humaines basiques, en consonance avec l'expérience concrète latino-américaine.

Ainsi, c'est possible reconnaître dans le contexte de la civilisation périphérique capitaliste – comme la latino-américaine et la brésilienne – la viabilité d'une

éthique de contenue libertaire, gerée au sein d'une pédagogie libertaire et émancipatoire, que prend les relations de conflit comme des revendications par des besoins, soit de sujets collectives soit de mouvements sociaux, transformés en droits fondés dans l'émancipation, autonomie, solidarité et dignité d'une vie projetée vers la satisfaction des besoins fondamentales.

Dans l'espace ouvert d'expérience existentielle et d'exigences éthiques renouvelés, la pratique de l'équité – comme stratégie de l'effectivité rationnelle – vise la restructuration d'une activité judiciaire capable de contextualiser les pratiques quotidiennes d'une réalité fragmentée et réarticuler de forme permanente des nouvelles manières de conciliation entre l'application formelle de la loi et l'exigence d'une justice effectivement citoyenne.

2. PLURALISME JURIDIQUE ET ÉTHIQUE D'UN DROIT À L'ALTÉRITÉ

L'affirmation du pluralisme juridique arrive au fur et à mesure garantir la définition d'une base publique, comum, où des individus en situation d'affrontement sont capables d'entreprendre un dialogue de justification dans un contexte des désaccords moraux le plus souvent très profonds.

Cette utilisation de la raison publique remet inexorablement à la question de la civilité et de la tolérance. Dans la civilité, les individus apprennent à exprimer ses désirs avec clarté d'esprit, en reconnaissant et ayant reconnu au tour de l'idée d'une justice partagée. Dans la tolérance, même en désaccord à propos des fondements moraux de ses valeurs, il y a d'entre eux la possibilité de considérer les valeurs publiques les uns des autres comme raisonnable, ce qu'il encourage la promotion d'un fort sentiment de solidarité.

En effet, la tolérance doit être adressée au conjoint des conceptions des biens sous réserve, c'est-à-dire, ce qu'elles arrivent à se constituer dans une menace à l'ordre démocratique. La tolérance doit être liée intrinsèquement à l'un idéal de relations égalitaires entre majorité et minorités.

En règle, accentue Paul Dumouchel, le pluralisme en tant que doctrine politique de gestion de l'hétérogénéité du social défende: "1) que les conflits entre les groupes ne sont pas essentiels mais accidentels; 2) que l'universel n'existe que sous la forme de la sommation des différences plutôt que celui des traits caractéristiques partagés; 3) que la préservation et la promotion de la diversité sociale existante sont des valeurs primordiales de l'association politique et donc

4) que la diversité des communautés impose des limites à la souveraineté de l'État; 5) le pluralisme nie la linéarité de l'histoire, c'est-à-dire l'existence de novations significatives; enfin 6) il exige que les représentations du social de l'acteur et du théoricien qui le modélise ne coïncident pas. J'aimerais montrer pour terminer que sur ces six questions, la tolérance et le pluralisme s'opposent point à point."⁷

Dans ce sens, la tolérance est étroitement liée au double constatation que le consensus est rarement possible et la subordination politique a un effet fortement d'exclusion. D'où, le débat, le dialogue, la délibération politique répercuter fortement dans la transaction d'un accord minimum que surpasse la rigidité des particularismes.

Pour Georges Gurwitsch, l'identité du principe pluraliste intègre une réalité nettement différenciée en trois dimensions: le pluralisme comme "fait", comme "idéal", comme "technique". Le pluralisme como "fait" est observable en toute et quelconque société. Toute société comprend toujours "un microcosme des groupements particuliers que se bornent, s'affrontent, s'équilibrent, se combinent hiérarchiquement dans un conjoint global et se permettent aux combinaisons les plus variées, conditionnées par les situations historiques. Le sujet fondamental de ce pluralisme du "fait" est la vie sociale placée par la tension et équilibre entre les valeurs personnels et les valeurs du groupe, syntétisés par l'équivalence démocratique de corps sociaux autonomes et des personnes libres. Il s'agit, en outre, de l'intégration fraterne et démocratique de valeurs intercalées entre variété et unité. Il appartient au pluralisme "technique" comme méthode spécial au service d'un idéal, l'effort pour implémenter la liberté humaine et les valeurs démocratiques, contribuer pour l'affaiblissement de l'État et servir aux intérêts généraux dans ses aspects multiples."⁸

Dans tout, ce qu'il vaut ressortir c'est que le pluralisme défend l'édification d'un espace public médiateur capable de rendre possible le respect aux prérogatives des minorités et, au même temps, d'amortir l'ingérence démesurée de l'action de l'État centralisé qui tend étouffer les attentes réelles et quotidiennes des individus.

Dans le cas du pluralisme juridique, la compréhension de la tolérance passe inévitablement par la compréhension d'une modernité juridique capable de potencialiser une conception de "souveranité populaire" que privilégie la promesse moderne d'autolégislation, dans le sens même qui préfigure Rousseau quand-t-il propose une théorie du droit en affirmant que l'individu, l'homme, est toujours l'auteur réel et pratique de ses droits et de ses lois.⁹

La tolérance juridique consiste, néanmoins, à respecter, protéger et assurer le "droit de rester différent", ce qu'il évoque une nouvelle manière de penser la réciprocité d'un avec l'autre.

Cette façon de concevoir l'universel comme une dialectique entre un discours non situé et individus situés fait du projet de coexistence sociale l'*ultima ratio* de la volonté démocratique et de la construction des espaces publics mobilisés culturellement. Peut-être, il soit raisonnable suivre ici l'orientation de Habermas: "Celui qui, au nom de l'universalisme, exclue l'autre (qui par rapport à l'autre a le droit de rester un étranger) trahit sa propre raison."¹⁰

En thèse, cette conception universaliste mentionnée par Habermas consiste fondamentalement d'accepter l'autre dans sa singularité, dans sa particularité, dans sa concrétisation, car il s'agit d'une condition singulière d'instaurer un projet universaliste.

On perçoit, donc, que le pluralisme juridique présuppose l'existence d'un espace sociétal participatif de caractère strictement démocratique, où s'observe la présence de la minimisation du pouvoir légiférant formel d'État et la priorisation d'une production normative plurielle de contenu dérivée et gérée par des instances organisées au sein de la vie sociale d'où découle la pertinence de la question de "l'effectivité formelle" du droit fondée sur une formulation d'une nouvelle ordre des valeurs éthiques.

Cette alternatifité dans la recherche d'un nouveau univers axiologique conduit à la découverte d'une nouvelle éthique: l'éthique de l'altérité qui rejette les raisonnements ontologiques et les jugements *a priori* universels et que s'inscrit dans une prémisse de marque libertaire, matérialisée comme instrument pédagogique d'expression des "opprimés" anxieux d'émancipation, d'autonomie, de solidarité et de justice.

3. L'ÉQUITÉ COMME JUSTICE SOCIALE

Sans doute, la constatation de la crise de la culture juridique, des valeurs éthiques projetés par l'idéologie bourgeoise-capitaliste, bien que par l'épuisement du propre modèle d'applicabilité du droit qui n'arrive pas à se traduire en justice, témoigne le collapsus de la légitimité normative qui circule dans les sphères des institutions politiques, économiques et juridiques et qui traverse l'*ethos* valoratif de la vie sociale quotidienne des sociétés périphériques.

Ainsi, pour comprendre la dimension de la distribution de la justice, il faut délimiter l'extension de la norme juridique comme résultat de l'application du droit. Dans ce sens, Roscoe Pound indique qu'il y a

trois théories d'application de la norme juridique: "a) l'une théorie analytique qui pressuppose un corps des normes sans lacunes et antinomies, assujettie à l'une interprétation plus au pied de la lettre que historique; b) l'une théorie appelée historique qui considère le droit comme un code et celle-ci comme 'continuation et développement d'un droit préexistant; c) l'une théorie de l'équité, d'après laquelle l'essentiel est 'l'une raisonnée et correcte solution pour chaque une des controverses. Cette compréhension du précept juridique, qu'elle soit en sa source rencontrée dans une loi, qu'elle soit dans une tradition, c'est un chemin que conduit le juge au juste résultat."¹¹

Cette distinction proposée par Pound montre la difficulté qu'on a d'établir une compréhension scientifique du droit. Analysée du point de vue d'un "phénomène social", la norme juridique doit être d'atteinte intégrale dans le cas concret, en prenant comme référence l'importance de l'expérience juridique (enchaînement de norme et fait) et de l'individuation de l'applicabilité des normes, en visant la dynamique opérationnelle du droit. C'est dans ce sens que Helmut Coing a attribué à la justice un contenu humain, compensateur, dont l'action "renferme la notion que son exercice se caractérise par un façonnement de la situation au fait dans un encadrement conceptuel, normatif, interprété dans son niveau médiateur, adaptatif et conformateur. Dans ce sens, l'idée d'équité gagne relief pour l'intelligence de l'expression technique de la justice qui culmine dans le jugement, surtout s'on considère son évolution dans le cours de l'histoire du Droit et de la Science du Droit."¹²

La première idée d'équité de plus grande intérêt pour le monde Occidental vient des grecques – Platon, Aristote, Anaximandre. D'après Aristote "l'équitatif est le juste, supérieur à l'une sorte de justice – non pas la justice absolue, mais de l'erreur provenant du caractère absolu de l'ordonnance légale. C'est celle-ci la nature de l'équitatif: une conception de loi quand elle devient insuffisante en raison de sa universalité."¹³

Dans la vision contemporaine et au niveau du procès (évaluation de preuve, interprétation de norme), la pratique de l'équité – comme stratégie de l'effectivité rationnelle – vise la structuration d'une activité judiciaire capable de contextualiser les pratiques quotidiennes d'une réalité fragmentée et, au même temps, de réarticuler de manière permanente des nouvelles formes de conciliation entre l'applicabilité formelle de la loi et l'exigence d'une justice effectivement citoyenne.

En réalité, en surpassant le caractère de source du droit, l'équité ressemble un procédé d'élaboration juridique dont l'utilité n'est celle pas de formuler des nouvelles normes, mais oui celle-ci d'appliquer promptement les normes existantes au cas concret

particulier, en visant la distribution pratique de la justice. Ainsi, le juge, pour juger avec l'équité, il faut d'être imprégné du sens d'équité, c'est-à-dire, il faut procéder à l'une interprétation de la norme dans le sens de saisir ce qui permet l'ordre juridique afin d'attendre les buts sociaux de la loi. Dans cette ligne de raisonnement, il ne s'agit plus d'appliquer un droit imposé par le législateur, mais de l'intention d'établir une communication entre le droit et les valeurs considérées raisonnables par la société.

Donc, la justice comme condition d'équité ouvre l'espace nécessaire pour ajuster meilleure la norme juridique à la relation entre fait et valeur et contribuer si fort pour établir une efficace réelle dans la solution des questions d'occurrences de la collectivité par rapport aux demandes sociales liées à la justice.

Admettre cette rationalité du juste et do raisonnée dans la forme d'applicabilité de la norme juridique est, dans certain degré, d'approcher plus effectivement l'apparat légal-étatique avec le quotidien des citoyens. C'est remplacer des procédés formels, avec un niveau élevé d'institutionnalisation, par des pratiques alternatives de juridicité, avec un bas niveau de rigueur institutionnel, et qui certainement aura une forte conséquence dans l'élargissement d'une conscience sociétaria normative qui opère dans la volontiers des nécessités fondamentales et dans le consensus des différences. Ce processus alternatif de conscience normative altéritaire doit permettre une nouvelle *praxis* politique d'administration de la justice.

4. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

Le renversement du monisme juridique, au fin du XX siècle, coïncide avec la circonstance aggravante d'appelée crise des paradigmes qui signale la rupture des modèles théoriques, thème aussi discuté au niveau des sciences humaines.

Certes, la vie actuelle dans la société contemporaine exige une réévaluation historique immédiate, en considérant le fait qui les institutions culturelles, politiques et normatives traditionnelles se présentent insuffisantes et bornées pour prendre en compte la diversité des formes de vie quotidienne, les nouveaux savoirs tissés dans la base des besoins collectives et l'exigence de réorganisation politique et juridique de la société.

De façon qui cette réalité paradoxal firme, sans doute, la constatation "que les paradigmes qu'expliquent la condition et la possibilité d'existence délinée par l'idéalisme individuel, par le rationalisme libéral et par le positivisme formel, qui ont maintenu le rigueur logique du discours philosophique, scientifique

et juridique, ne se présentent que avec leurs fondements ébranlés, mis en question, et remplacés par des nouveaux modèles valoratifs de références, de fondamentatation et de légitimation.”¹⁴

D’où, qu’on se place dans une versant de rejet aux paradigmes théorico- classiques centrés dans des modèles structurels anacroniques de production, de l’unicité de l’État-Nation, de projets universels de organisatioon de l’État et de la Société, de centralisation normative de l’État du Droit et d’uniformité des intérêts institutionnalisés, implique en adopter un nouveau modèle “pratique-théorique” de base pluraliste qui reconnaît l’urgence des conditions d’un Droit Communautaire de caractère alternatif.

Le défi est placé et convoque les nouveaux agents du Droit à visualiser dans ce conflit que le droit étatique, au se borner en defendre les intérêts des classes elitisées et les propos des groupes privilégiés, n’a pas légitimité d’exercer une hégémonie normative au nom de toute la société. Au-delà que “dans ce processus se fait impératif redéfinir les fondements de soutenance de la légitimité, idée qui se dissocie du domaine étatique, des critères traditionnels d’effectivité formelle et da légalité positive, et s’inscrire dans le pouvoir de participation/decision et dans le consensus du “juste” communautaire désiré”¹⁵. La déduction est que doit prévaloir dans la société la pratique d’un “droit juste” qui favorise la communauté et qui s’autolégitime dans l’espace des aspirations légitimes et dans la satisfaction des besoins posées démocratiquement par la communauté elle-même.

Naturellement, le nouveau pluralisme juridique qui se permet d’emergir dans la société brésilienne difere tout à fait du pluralisme de racine libérale, ce qui préssuppose une nouvelle légitimité dissociée de la chancelle étatique, des pratiques traditionnelles d’effectivité formelle et de légalité positiviste, en cherchant dans le pouvoir de participation, dans l’efficace sociale et dans le consensus du “juste” communautaire la dynamique interactive d’un “espace publique” plus démocratique où une nouvelle rationalité et une nouvelle éthique se conjuguent en tour des aspirations, de rejet des manques, du droit à la différence, à l’autonomie et à la tolérance, et des besoins communs. Il s’agit de l’insurgence d’un pluralisme juridique et politique de “sujets collectifs” destinés à construire une nouvelle hégémonie qui puisse défendre la prédominance de la “volonté générale” sans sacrifier le pluralisme des besoins individuelles.

En somme, sera celle la réalité de l’expansion sociétaire brésilienne du présent milénaire, au sein duquelle les individus, sujets collectifs et groupes organisés, unis en tour des besoins communs, iront construire les “nouveaux droits”. La mise en ordre de la

Société Civile sera marquée par l’utilisation de pratiques juridiques alternatives, base d’une culture informelle, caractérisée par des manifestations normatives en marge du droit mis par l’État.

Dans cet horizon de pratiques quotidiennes multiples, la société sera un “système de décision complexe”, un monde de juridicité policentrique, marqué par une *praxis* “d’égalités fragiles” et “d’espaces de conflits intermitents”, où il y aura la prédominance d’un espace publique dynamique, interactivement démocratique, basé sur le pouvoir de participation, sur l’efficace sociale et sur le consensus d’une justice communautaire.

Dans le monde de la politique et du droit, la démocratie change de référence. Elle non est plus à peine un régime politique avec des partis et des élections libres. C’est une société ouverte qui permet toujours la création de nouveaux droits. Les mouvements sociaux, dans ses luttes, ont transformé les droits formellement déclarés en des droits réls. Les luttes par la liberté et égalité ont élargit les droits civils et politiques de la citoyennité, ont créé les droits sociaux, les droits des “minorités” – femmes, enfants, vieillards, minories ethniques et sexuelles – et les droits écologiques: droit à l’environnement sain. Et comme accentue Habermas: “le droit ancragé dans la moral et non plus dans la rationalité instrumental-cognitive de la science, c’est l’élément qui structure la démocratie.”

C’est cet impact sur la Modernité qu’il la fait dépérir et céder place à l’une ère pós-moderne: l’ère de la réémergence de la société civile. La réémergence de la société civile est une nouvelle ordre paradigmaticque qui opère le remplacement du concept de société nationale par celui de société plurielle. Ici, les notions de souveraineté et hégémonie, associées à l’État-Nation comme centre du pouvoir, sont remplacées par les notions d’ordre plurielle, dont l’emphase renouvelée se penche sur le rôle des institutions intermédiaires qui, d’un côté, protegent les individus contre le pouvoir aliéné de l’État, et, d’autre, défendent l’État du péril de fragmentation individualiste et, surtout, dans la réaffirmation des valeurs d’auto-gouvernement, de l’expansion de la subjectivité, du communautarisme et de l’organisation autonome des intérêts et des divers modes de vie.

Du point de vue du droit, cette réalité macrostructurelle éveille profond intérêt, principalement à cause des contradictions du propre capitalisme avec ses pratiques transnationales qui évoquent le blocus du rôle traditionnel de l’État provenance et, au même temps, suscite le phénomène de la démocratisation des pays périphériques. Autrement dit, le systemme pluriel défini comme un systemme qu’opère à travers des structures de cohésion dans ses pratiques organisées

et intégratives, et qui seul peut être compris en raison de ses effets transnationaux, réaffirme le fossé entre l'État et la société civile, en introduisant un nouveau raisonnement juridique, dont l'applicabilité ne tourne plus au tour de l'idée que le droit doit de forme obligatoire s'identifier avec le droit étatique.

Dans la suite de l'exigence de cette nouvelle mentalité juridique qui prend forme se distingue le phénomène complexe de la "réémergence de la société civile" qui se fortifie par un procès continu de plus grande organisation et de majeure autonomie politique dans laquelle se rend possible mettre en évidence au moins trois logiques distinguées: a) la fortification des mouvements sociaux et politiques de caractère démocratique liées aux conditions d'autonomie, d'autogestion, d'indépendance, de participation, d'*empowerment*, des droits humains et citoyenneté; b) construction d'un espace public non-étatique comme sphère de participation sociale et politique des citoyens réunis au tour d'entités et mouvements non-gouvernementaux, non-mercantiles, non-corporatifs et non-partidaires, privés dans son origine, mais publiques par son finalité, ayant capables de promouvoir l'articulation entre sphère publique et sphère privée comme une nouvelle forme de représentation, dans la tentative de créer des alternatives de développement démocratique pour la société; c) consolidation d'une nouvelle ordre juridico-constitutionnelle avec un profil de politique judiciaire capable de garantir: 1) l'accès à la justice; 2) l'aspect de l'administration de la justice comme institution de caractère politique et d'organisation professionnelle tournée vers la production et réalisation de services spécialisés; 3) la litigiosité sociale et les mécanismes de son résolution disponibles au sein de la propre société.

Il ne s'agit plus d'un synonyme de société, mais d'une manière de la penser, d'une perspective liée à la notion d'égalité de droits, d'autonomie, de participation, enfin, des droits civils, politiques et sociaux de la citoyenneté.

Par conséquent, la société civile doit être "réorganisée". Ce qu'il était un état naturel des philosophes contractualistes, ou même l'une condition de la politique moderne dans Hegel et Marx, se rend-t-il actuellement un objectif pour les activistes des pays sous-développés: la société civile doit d'être édifée, réforcée, consolidée. Il s'agit de moyen et fin de la démocratie.

C'est dans cette perspective que travaillent quelqu'uns penseurs contemporains et qui fournissent des subsides théoriques importants à l'actuation des organisations non-gouvernementales, tels que Alan Wolfe, par exemple. Habermas, lui-même, qu'il a rompu avec la corrélation idéologique univoque entre société civile et sphère privée, entendue comme économie, et

l'État compris comme sphère publique, créditée à cette nouvelle ordre une sphère privée dans le système (économie) et une sphère publique non-étatique constituée par des mouvements sociaux, ONGs, associations de citoyenneté etc. Ainsi, les concepts de public et privé ne s'appliquent pas de manière automatique à l'État et société civile, respectivement. C'est possible dire aujourd'hui qui existent aussi les sphères de l'étatique-privé et du social-public qui commence.

Dans la sphère étatique-privée sont les entreprises et corporations étatiques qui, malgré publiques du point de vue formelle, trouvent sa logique dans la défense d'intérêts particuliers, économiques ou sectoriels, en agissant dans la pratique comme organisations du marché. Par contre, dans la sphère social-public, encore émergent, se trouvent les mouvements et institutions qui, malgré privées du point de vue formelle, poursuivent des objectifs sociaux, en articulant dans la pratique la construction d'un espace public non-étatique.

De façon que, en étant le phénomène de la constitutionnalité une expérience politique des démocraties libérales, ne se comprend pas un projet constitutionnel sous les modèles traditionnels d'un type d'idéologie qui propugne par la préservation d'une séparation étanche entre des institutions privées et publiques et qui confère à l'État de façon unique le privilège d'ordonner la société civile.

Le phénomène de la démocratisation entraîne avec soi une nouvelle ordre de monde, dans laquelle la société réordonnée par une politique décentralisée et participative expérimente des nouveaux procédés de rationalité qui visent reconnaître et effectuer l'émergence de nouveaux acteurs sociaux, dont l'action individuel ou collective répercute dans la construction d'une pédagogie concrète des valeurs éthiques, nommée "d'éthique de la solidarité", tournée vers la soutenance du projet d'altérité du système social.

C'est important d'ajouter qui n'est pas simplement par le fait de défendre un ou l'autre principe de caractère social ou démocratique qu'un texte constitutionnel se présente éthique par rapport à la société, mais pourquoi ses principes sont exposés dans un conjoint qui réunit des sujets liés par une "éthique de responsabilité solidaire", laquelle apporte des effets dans les activités et conflits humains et sera apte par conduire à la matérialisation des idéaux sociaux et démocratiques. Assurées la citoyenneté et la dignité de la personne humaine, peuvent d'être lancées les bases générales pour l'égalité parmi les citoyens, dans ses plus diverses activités. Ce nivellement des hommes est le point de départ de toute communication sociale qui se déroulera avec fondement dans l'ordre juridique.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

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

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

DUMOUCHEL, Paul et. Al. Tolérance, Pluralisme & Histoire. Montréal: Éthiquè, 1998, p. 131.

HABERMAS, Jürgen. Le Discours Philosophique de la Modernité. Paris: Gallimard, 1988, p. 108.

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

ROUSSEAU, J-J. O Contrato Social. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: ALFA-ÔMEGA, 1994.

NOTES

1. Apud WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: ALFA-OMEGA, 1994, pp. 233-234.
2. APEL, Karl-Otto. Estudios Éticos. Barcelona: Alfa, 1986, p. 93.
3. Apud WOLKMER, Antônio Carlos. op. cit. p. 241.
4. Idem. Ibid., p. 242.
5. Idem. Ibid.
6. Idm. Ibid., p. 243.
7. DUMOUCHEL, Paul et alii. Tolérance, Pluralisme & Histoire. Montréal: Èthikè, 1998, p. 131.
8. Apud WOLKMER, Antônio Carlos. Op. Cit., p. 160.
9. ver ROUSSEAU, J-J. O Contrato Social. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
10. ver HABERMAS, Jürgen. Le Discours Philosophique de la Modernité. Paris:
11. Apud LOPES, Mônica Sette. A Equidade e os Poderes do Juiz. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 30.
12. Idem. Ibid., p. 41.
13. ARISTÓTELES, Ética a Nicômacos. São Paulo: Abril Cultural, 1973, pp. 34-35.
14. WOLKMER, Antônio Carlos. Op. cit., p. 313.
15. Idem. Ibid., 318.

tensões generalizadas, em geral de natureza interna, a deslocação de pessoas aumentou e passou a ser vista como problema.

Durante o século XX o crescimento da desigualdade entre países incrementou o fluxo de imigrantes laborais que buscavam, em outras terras, melhores oportunidades de emprego e de vida. Neste contexto, muitos governos, principalmente de áreas industrializadas e desenvolvidas, iniciaram políticas de restrição à entrada de estrangeiros em seus territórios, fossem eles imigrantes laborais, refugiados ou solicitantes de asilo. Durante os anos 90, o fechamento das fronteiras dos países desenvolvidos e a emergência de políticas discriminatórias em relação aos imigrantes, muitas vezes acompanhadas de xenofobia e discriminação, levaram ao acirramento do problema na Europa, na América do Norte e em países como Austrália, Nova Zelândia e Japão.

Paralelamente, a crise dos deslocamentos forçados e em massa causados por violações dos direitos humanos e conflitos atingia uma nova etapa. O pós-1945 testemunhara a construção de um sistema legal-institucional bastante complexo para tratar da questão dos refugiados. Se a Liga das Nações já havia despertado para o problema⁴, foi apenas o incomensurável custo humano da Segunda Guerra e a criação das Nações Unidas que permitiram o aparecimento de mecanismos de proteção dos refugiados. A aprovação, em 1951, da *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados* e a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, o ACNUR, foram inovações importantíssimas, que funcionaram como uma estrutura bastante eficaz de assistência, proteção e reintegração de pessoas refugiadas. O fim da Guerra Fria traria, entretanto, novos desafios para o tratamento da questão.

O fechamento das fronteiras ao trânsito de pessoas agravou o problema dos fluxos migratórios forçados e contribuiu decisivamente para a internalização do problema. Muitas vezes, deslocados internos não se tornam refugiados e, portanto, não recebem proteção jurídica específica, pois países fronteiriços àquele de origem dos deslocados não permitem o trespasse de suas fronteiras. Deslocados internos, repatriados, apátridas e solicitantes de asilo tornaram-se, então, vítimas do desenraizamento em massa característico dos últimos anos do século XX.

O problema dos deslocados internos apareceu na agenda internacional neste contexto e tornou-se, no curso de uma década, um dos temas mais polêmicos no que se refere à proteção internacional de pessoas em situação de perigo.

Há várias evidências, entretanto, de que a deslocação interna tenha origens muito mais remotas.

O que explica em parte o atraso de sua ascensão ao topo dos grandes problemas humanitários do temário multilateral é a inexistência, durante a Guerra Fria, de um ambiente político internacional propício para debates sobre temas que poderiam ter implicações para a soberania e que poderiam ser usados como justificativas para ingerência externa ou intervencionismo. A polarização ideológica limitava o alcance universal das normas e valores da proteção internacional da pessoa humana.

Porém, durante a década de 90, o arrefecimento das tensões bipolares, a proliferação de conflitos internos, nos quais a população civil passa a ser alvo de guerra e instrumento de objetivos militares, e devido a isso, a emergência de uma percepção de segurança internacional mais atrelada à proteção do ser humano, alçou o debate sobre deslocamentos humanos forçados a um novo patamar. Paralelamente, o ciclo de conferências mundiais da ONU proporcionou o ambiente ideal para formação de uma nova agenda para as relações internacionais. Assim, a crise humanitária na Etiópia e a questão curda após a Guerra do Golfo, ambas ocorridas neste contexto, são consideradas os marcos do despertar internacional para o problema dos deslocados internos.

Inicialmente denunciado por algumas organizações não-governamentais⁵ e posteriormente debatido e estudado por organizações do sistema ONU, o fenômeno do deslocamento de pessoas em seus próprios países rapidamente atingiu notoriedade e passou a ser objeto de discussões internacionais. Os avanços no Direito Internacional dos Direitos Humanos e nas negociações políticas sobre o mesmo tema, particularmente durante a Conferência de Viena sobre Direitos Humanos em 1993, e a nova configuração internacional que se seguiu à queda do muro de Berlim e à Guerra do Golfo foram elementos essenciais que possibilitaram a consolidação do tema dos deslocados internos na pauta internacional.

Todavia, se a resposta de algumas ONGs e organizações internacionais, em especial as Nações Unidas, foi bastante satisfatória no sentido de defender e ampliar a proteção dos deslocados, os Estados, em sua imensa maioria, reagiram de forma tímida ou mesmo negativa. A inédita ênfase no deslocamento interno trouxe de volta velhos fantasmas da cooperação multilateral. Ela reavivou discussões sobre soberania e intervencionismo e trouxe para os debates internacionais dilemas que já pareciam ter sido definitivamente superados.

A situação em que se encontram os deslocados internos é peculiar pois sua dimensão internacional não é imediatamente perceptível. Ela é distinta daquela de um refugiado justamente porque, mesmo tendo

abandonado suas residências, os deslocados permanecem no território do Estado de origem. Aparentemente uma situação mais benéfica, a condição de um deslocado interno pode ser mais delicada do que aquela de uma pessoa que tenha buscado refúgio. Quando não são perseguidos pelo seu próprio governo os deslocados internos são, muitas vezes, totalmente abandonados por ele.

Longe de ser problema temporário e de conseqüências restritas, o deslocamento interno tem impactos de longa duração para as regiões onde ocorre. É um fenômeno nefasto que cria desequilíbrio social, econômico e, muitas vezes, político e afeta não só aqueles obrigados a fugir, mas também as pessoas que permaneceram em comunidades esvaziadas ou que vivem nas regiões para as quais os deslocados se dirigem. Seus efeitos são devastadores para famílias, culturas, países e até para regiões inteiras. Suas conseqüências externas, ainda que menos evidentes do que aquelas causadas pelo fluxo de refugiados, são igualmente maléficas para a estabilidade e para o desenvolvimento.⁶

O CONCEITO DE DESLOCADOS INTERNOS

Embora o termo ‘deslocados internos’ seja amplamente utilizado por formuladores de políticas, estudiosos, representantes diplomáticos e agências e organizações internacionais e não-governamentais, subsistem ainda muitas imprecisões a respeito de seu significado. Uma das questões mais debatidas nas negociações a respeito da proteção dos deslocados internos é a viabilidade de uma definição que englobe todas as situações de deslocação interna e forneça critérios objetivos para a identificação de pessoas nessa situação. A miríade de causas e padrões de deslocação dificulta a formulação de definição capaz de diferenciar entre as várias formas de movimentos humanos dentro de países. Entretanto, sem um conceito preciso, a própria proteção jurídica dos deslocados fica prejudicada, e os dados estatísticos e estudos analíticos a seu respeito têm sua validade limitada.

Hoje, a definição mais usada de deslocado interno é aquela proposta pelo Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas para Deslocados Internos no instrumento chamado *Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos*⁷, de 1998. Segundo este instrumento, deslocados internos seriam:

pessoas ou grupos de pessoas compelidas a fugir de seus domicílios ou dos locais em que residiam habitualmente, particularmente em conseqüência de, ou com vistas a evitar, os

efeitos de conflitos armados, tensões internas, violações de direitos humanos ou desastres naturais ou provocados pelo homem, e que não atravessaram uma fronteira nacional reconhecida internacionalmente.

Da maneira como se encontra formulada esta definição de deslocados internos focaliza as causas da deslocação para separar pessoas que estariam em situação de deslocação interna de pessoas que estariam em outros tipos de deslocação dentro de seus próprios países.

As duas características determinantes da deslocação interna são o elemento involuntário do movimento de pessoas e a permanência destas dentro das fronteiras de seu país de origem. As pessoas que se deslocam voluntariamente de um lugar para outro por razões econômicas, sociais ou culturais não integram esta definição de deslocados internos. Para estar em situação de deslocação interna uma pessoa ou grupo de pessoas deve ser compelido a fugir de seu local de residência em razão de conflito armado, de algum tipo de tensão interna, de violações de direitos humanos ou por força de alguma catástrofe provocada pelo homem ou por causas naturais.⁸ Além disso, esta pessoa ou grupo de pessoas não pode ter cruzado uma fronteira nacional internacionalmente reconhecida.

É interessante notar que não se incluíram entre as causas de deslocação interna fatores migratórios econômicos ou laborais. Desse modo, se adotarmos a definição proposta nos *Princípios Orientadores*, deslocados internos não se confundem com migrantes regionais ou retirantes que saem de suas terras de origem em busca de emprego e melhores condições salariais. A explicação para esta omissão é que na maioria dos casos de migração econômica o elemento coercitivo não está claro o suficiente para justificar uma resposta igual àquela destinada à deslocação interna.⁹

Um aspecto importante a ser levado em conta é que a definição de deslocados internos é uma definição funcional. Ou seja, ela busca descrever uma situação de fato e não tem a intenção de estabelecer um estatuto jurídico especial para os deslocados internos. Diferentemente do que ocorre com o conceito de refugiado que estabelece requisitos para o recebimento dos direitos reconhecidos a pessoas em situação de refúgio, esta definição de deslocados internos não é estruturada em *numerus clausus*. Ao contrário do que ocorre com os refugiados, os deslocados internos não abandonaram seu país de origem e de cidadania, por isso mantêm os mesmos direitos de que gozam todas as outras pessoas no seu país. Os deslocados são parte da população civil e só se diferenciam dos outros cidadãos por estarem em uma situação de maior vulnerabilidade e possuírem necessidades especiais.

Assim, tal como se encontra hoje estruturada, a aquisição de direitos pelos deslocados internos não depende de um conceito específico. A definição existente reflete uma situação fática e não tem a pretensão de conceder um *status* legal diferenciado para pessoas deslocadas internas.¹⁰ A proteção jurídica, nacional ou internacional, não dependerá, portanto, do reconhecimento de uma condição individualizada ou especial. Esta natureza flexível da definição de deslocados internos é de grande relevância para o estudo de sua proteção jurídica já que estes devem desfrutar de seus direitos independentemente de seu *status* jurídico.

Esta flexibilidade também está em sintonia com os mais recentes avanços na qualificação jurídica de indivíduos deslocados, que vem passando de um critério subjetivo, baseado nas razões que o levam ao deslocamento, para um critério objetivo que se concentra antes nas necessidades de proteção da pessoa humana. Segundo Cançado Trindade “as qualificações individuais de ‘perseguição’ mostraram-se anacrônicas e impraticáveis ante o fenômeno dos movimentos em massa de pessoas, situados em um contexto mais amplo de direitos humanos.”¹¹ O mesmo autor diz ainda que “a prevalência do critério objetivo [...] traz como consequência [...] a extensão da proteção que se concede aos refugiados a pessoas com necessidades iguais – ou maiores – de proteção, como os deslocados internos.”¹²

Mesmo sendo fruto de longo processo de discussões e estudos realizados no âmbito das Nações Unidas e mesmo sendo a versão mais aprimorada de outras usadas anteriormente, esta definição não é ainda aceita de forma unânime por atores internacionais que lidam com o tema da deslocação interna. As principais críticas a ela versam sobre sua amplitude. Como se encontra formulada, baseada em algumas causas do deslocamento, a definição seria excessivamente abrangente e acabaria dando margem à inclusão de muitos grupos que não deveriam ser considerados deslocados internos. Além disso, ela não diferencia o deslocamento causado por conflitos ou situações de violência daquele causado por desastres naturais. E, dessa maneira, segundo alguns críticos, seria imprecisa e inapropriada.

Além da definição analisada, outras mais restritas são utilizadas por organismos internacionais específicos. O ACNUR, por exemplo, usa uma definição de trabalho bem mais limitada do que aquela proposta nos *Princípios Orientadores*. Como seu mandato é voltado fundamentalmente para a proteção dos refugiados, esta agência usa uma definição de deslocados internos adstrita a pessoas deslocadas que se encontram em situações semelhantes ao refúgio. É

uma definição baseada no critério da “refugee-like situation”. O Conselho Permanente sobre Deslocados Internos nas Américas (CPDIA) usa definição semelhante. Para este órgão, deslocados internos são apenas aquelas pessoas que, caso cruzem uma fronteira nacional internacionalmente reconhecida, adquirem *status* de refugiados. Já o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), mesmo reconhecendo a validade da definição proposta nos *Princípios Orientadores*, utiliza em seu trabalho de campo a definição que restringe as causas de deslocação interna a situações de conflito armado, seja ele internacional ou interno.

A AÇÃO INTERNACIONAL EM PROL DOS DESLOCADOS INTERNOS

Desde a década de 80 várias iniciativas internacionais foram implementadas com o objetivo de melhorar a proteção jurídica e a assistência humanitária dedicadas aos deslocados internos. A notoriedade alcançada pelo tema fez com que surgisse um debate sobre a necessidade de uma resposta internacional a respeito da deslocação.

As primeiras manifestações multilaterais a respeito da questão dos deslocados internos deram-se no contexto de duas conferências ocorridas no fim dos anos 80. A primeira, a “Conferência Internacional sobre o Problema dos Refugiados, Repatriados e Pessoas Deslocadas no Sul da África”, teve lugar em Oslo, Noruega, em 1988. Organizada pela ONU, a Conferência foi pioneira na divulgação da deslocação interna como fenômeno generalizado no pós-Guerra Fria. Já a “Conferência Internacional sobre Refugiados Centro-Americanos”, a CIREFCA, realizada na Guatemala em 1989, trouxe à tona os dilemas a respeito da resposta internacional às necessidades dos deslocados internos localizados em El Salvador e na Guatemala.¹³

No entanto, o tema só chegou verdadeiramente ao centro das discussões internacionais no início dos anos 90, no contexto do debate a respeito das questões humanitárias e dos conflitos armados do período. O deslocamento interno de milhões de pessoas apareceu neste momento como tema de relevância para a construção e manutenção da paz mundial.

No âmbito das Nações Unidas, as primeiras menções à proteção dos deslocados internos referiam-se ao trabalho do ACNUR, agência que algumas vezes estendeu seu mandato para incluir nele pessoas deslocadas dentro de seus próprios países. Este foi o caso, por exemplo, na ex-Iugoslávia. O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) também manifestaram preocupação em relação à questão

dos deslocados. No entanto, nesta época não havia qualquer instância, agência, comissão ou ponto focal que cuidasse especificamente das necessidades desse grupo vulnerável, fato esse que passou a ser objeto de constante debate no âmbito da ONU.

A Comissão de Direitos Humanos (CDH) foi o primeiro órgão político multilateral a dedicar espaço exclusivo para discussões a respeito da crise internacional de deslocamento interno. Em 1992 foi aprovada a Resolução 1992/73 por meio da qual a Comissão recomendava ao Secretário-Geral da ONU a nomeação de um Representante Especial que se dedicasse ao tema. No mesmo ano o diplomata sudanês Dr. Francis Deng foi nomeado para o cargo de Representante Especial do Secretário-Geral para Deslocados Internos. Sua tarefa é estudar o problema do deslocamento interno e elaborar um sistema eficaz de proteção e assistência aos deslocados internos sob a ótica dos direitos humanos e da proteção internacional da pessoa humana.¹⁴

Desde o início de seu trabalho o Representante já visitou 21 países¹⁵ gravemente afetados pelo deslocamento interno e submeteu sucessivos relatórios e estudos à CDH e também à Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU). Ele ainda se dedicou ao estudo, junto com um grupo de especialistas e juristas internacionais reconhecidos, das normas jurídicas existentes aplicáveis aos deslocados e da estrutura institucional que atua ou poderia atuar em favor deste grupo de pessoas. Os avanços obtidos pelo Representante têm sido marcados por uma perspectiva de integração entre a construção de uma normativa apropriada às necessidades dos deslocados e a formulação de arranjos institucionais que promovam a implementação destas diretrizes.

Uma das mais preocupantes e contundentes constatações feitas pelo Representante do Secretário-Geral foi a falta de um instrumento jurídico internacional que abordasse as necessidades específicas dos deslocados internos e a incapacidade dos organismos das Nações Unidas em responder satisfatoriamente às situações emergenciais de assistência a este grupo. O Representante Especial decidiu, assim, atuar de maneira a fortalecer a proteção dos deslocados em seus pilares legal ou normativo e institucional.¹⁶ Para tanto realizou um estudo exaustivo das disposições legais internacionais aplicáveis aos deslocados internos e fez propostas para a solução do problema da responsabilidade institucional em relação aos deslocados.¹⁷

No que se refere ao arranjo institucional, três possibilidades de resposta foram aventadas: a atribuição da responsabilidade pela proteção dos deslocados a uma agência específica já existente, a criação de uma

nova agência internacional ligada à ONU, nos moldes do ACNUR, com o objetivo exclusivo de proteção aos deslocados, ou o estabelecimento de um mecanismo aprimorado de mobilização e concertação de atividades entre as diversas agências, órgãos e organizações existentes.¹⁸ O Secretário-Geral da ONU, pesando argumentos de viabilidade política, endossou a última proposta como aquela mais adequada. O chamado 'enfoque colaborativo', organizado em torno do Coordenador de Socorro e Emergência¹⁹, norteia hoje a reestruturação da resposta internacional ao problema da deslocação.

A este Coordenador incumbe identificar deficiências no sistema de resposta às situações de emergência, a mobilização de agências humanitárias e de direitos humanos para a atuação em campo em favor dos deslocados, o suporte político às operações em campo e a negociação do acesso das agências às populações vitimadas.

No tocante ao pilar normativo o Representante apresentou uma proposta de instrumento denominada *Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos*. Aprovados por votação unânime na Comissão de Direitos Humanos em 1998 eles têm sido, desde então, discutidos em inúmeras sessões e mencionados em várias resoluções das Nações Unidas.

Os *Princípios Orientadores* não são um tratado internacional e, por isso, não possuem caráter normativo obrigatório. Todavia, isto não tem impedido sua grande repercussão internacional. Vários países e organizações internacionais têm atuado de acordo com suas disposições e contribuído para sua divulgação entre atores internacionais preocupados com a questão do deslocamento interno. Porém, a inexistência de um instrumento jurídico internacional vinculante de proteção dos deslocados internos continua sendo apontada como grande obstáculo para sua proteção efetiva. Portanto, várias questões relativas à sua proteção jurídica no plano internacional permanecem como tópicos em discussão em foros multilaterais.

2. A PROTEÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL DOS DESLOCADOS INTERNOS

O conceito de proteção de vítimas de deslocamento interno é inseparável da idéia de direitos humanos. Só está efetivamente protegido pelo direito aquele grupo de pessoas que possuem seus direitos fundamentais garantidos e suas necessidades específicas satisfeitas. A proteção jurídica não pode ser dissociada da implementação dos direitos reconhecidos e da satisfação das necessidades materiais e sociais das populações deslocadas. Proteção, definida como a

ação destinada a salvaguardar a segurança legal e física dos deslocados internos, e assistência, atuação concreta que visa proporcionar os meios essenciais para a sua sobrevivência, são inseparáveis. O direito a receber assistência humanitária, ou seja, ter suas necessidades materiais atendidas, é uma forma de proteção jurídica que visa garantir direitos humanos econômicos, sociais e culturais que são complementares e indivisíveis em relação aos direitos civis e políticos.

A responsabilidade primária e principal pelos deslocados internos recai sobre o governo do Estado onde se encontram. É do Estado onde estão os deslocados o encargo de suprir suas diferentes necessidades e garantir o respeito aos direitos que, como cidadãos de seu país, eles possuem. Entretanto, devido ao fato de que freqüentemente governos nacionais toleram e não raro causam a deslocação e por isso não conseguem ou não têm interesse em atender as necessidades dos deslocados, é importante que existam normas internacionais que estabeleçam um sistema adequado de proteção.

Ainda não existe um corpo normativo vinculante específico para deslocados internos, mas, como seres humanos e como membros da população civil de um país, eles contam com direitos reconhecidos, declarados e estabelecidos em vários instrumentos de direito internacional. Entre estes estão instrumentos de Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário. Além disso, vários dispositivos encontrados em convenções de Direito Internacional dos Refugiados podem, pela semelhança com algumas situações de refúgio, ser aplicados analogicamente aos deslocados internos.

Em pronunciamento sobre o papel da Comissão de Direitos Humanos da ONU, em 1994, a então Alta Comissária das Nações Unidas para os Refugiados, Sadako Ogata, reiterou que “a convergência do Direito dos Refugiados, do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário [é] prioridade para a proteção internacional dos deslocados internos”.²⁰ Em 1997, a aprovação dos *Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos*, uma consolidação de princípios voltados exclusivamente para a proteção dos deslocados, em votação na CDH e na Assembleia-Geral das Nações Unidas, deu um grande passo no sentido da convergência defendida pela Alta Comissária. Os *Princípios Orientadores* são um instrumento que organiza sistematicamente normas já existentes aplicáveis aos deslocados, retiradas das três vertentes de proteção dos direitos da pessoa humana, e inclui disposições que suprem lacunas de proteção identificadas pelo grupo de juristas internacionais indicado pelo Representante do Secretário-Geral. Os *Princípios Orientadores* não são, como “corpus”

isolado, um documento vinculante. Mas, muitas de suas disposições, por serem derivadas de outros instrumentos internacionais, estes sim obrigatórios, têm força legal indiscutível. Sua utilização é hoje bastante disseminada entre atores internacionais que lidam com o problema do deslocamento interno.

Todavia, os estudos mais detalhados ainda indicam a existência de lacunas de proteção e pontos nos quais normas mais específicas são recomendáveis. No que se refere à proteção normativa ou legal, as discussões a respeito da viabilidade de uma convenção multilateral específica para deslocados internos parecem estar progredindo pouco. É bastante consensual entre atores que lidam com deslocação interna que, no momento atual, não há espaço político para a negociação de um instrumento internacional exclusivo para os deslocados internos. Outros negam a própria necessidade de tal instrumento.

O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos representam o que de mais avançado existe para a proteção jurídica da pessoa humana. Portanto, são nos instrumentos deste ramo do direito que vamos encontrar as principais disposições legais existentes para a proteção das pessoas em situação de deslocamento interno.

A declaração, a proteção e a promoção dos direitos humanos competem tanto ao direito interno como ao direito internacional. Tanto o Estado nacional como a comunidade internacional têm atribuição para criar regimes normativos voltados para a regulamentação e garantia dos direitos humanos. Os direitos humanos não são matéria de jurisdição interna exclusiva dos Estados. Isto se deve ao fato de que o ser humano, sujeito tanto do direito interno como do direito internacional, é dotado de capacidade e personalidade jurídicas em ambos e de ambos recebe proteção. Como ressalta Cançado Trindade, “longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado [o direito internacional e o direito interno] mostram-se em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano”.²¹ Assim, frente à possibilidade de violações dos direitos humanos que resultem da ação estatal, o direito internacional também garante e promove, em suas dimensões regional e universal, de maneira paralela ao direito interno, a vigência e o respeito aos direitos fundamentais do ser humano.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) é, então, o conjunto de princípios e normas que regulam internacionalmente a questão dos direitos humanos. No que se refere ao problema do deslocamento interno este ramo do direito internacional tem sido de

decisiva importância. Como em vários outros casos de salvaguarda jurídica dos direitos da pessoa humana os principais avanços na proteção dos deslocados internos têm acontecido no âmbito do DIDH. Quase nenhuma ordem jurídica nacional possui regulamentação específica sobre este problema e aquelas existentes são raramente completas ou eficazes.

À exceção de casos onde certas normas de direitos humanos podem ser derogadas ou restringidas, o DIDH é aplicável em qualquer situação e a qualquer pessoa, independente de sua condição. Desse modo, ele fornece um arcabouço jurídico essencial para a prevenção do deslocamento e também para a garantia da dignidade e da segurança das pessoas em situação de deslocamento.

A proteção jurídica dos deslocados internos inicia-se pela prevenção do deslocamento. Do ponto de vista do direito tal prevenção é traduzida na proteção contra o deslocamento forçado.²² Esta, por sua vez, advém da liberdade de locomoção e residência, que configura um dos mais importantes direitos da pessoa humana, reconhecido inclusive na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (DUDH), em seu artigo 9º. A deslocação forçada de pessoas dentro de seu próprio país é uma das faces mais cruéis da negação da liberdade de ir, vir e permanecer e do direito de livre escolha do local de residência. O direito a permanecer em seu local habitual de residência é, assim, derivado da liberdade de locomoção e contém em si um “direito de não ser obrigado a deslocar-se”.

Este direito está reconhecido no artigo 13 (1) da DUDH e também se encontra garantido no artigo 12(1) do *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos* (PCP). O primeiro declara que “toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado”. Por sua vez, o artigo 12 do PCP estabelece que “toda pessoa que se encontre legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência”. Estas disposições não só permitem a livre locomoção das pessoas mas também garantem a livre escolha do local de residência. Elas contêm um direito de permanência e, desse modo, uma garantia contra o deslocamento e visam tornar possível a sobrevivência segura das pessoas em seus próprios países.

Outra norma internacional que protege os deslocados internos da deslocação arbitrária é o direito à moradia garantido no artigo 11(1) do *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (PESC). Sobre este tópico, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Culturais e Sociais da Assembléia Geral das Nações Unidas declarou que “casos de evicção forçada são *prima facie* incompatíveis com os requisitos do Pacto e só são justificáveis em

circunstâncias as mais excepcionais e de acordo com os limites e princípios relevantes do Direito Internacional”.²³

Estas normas proíbem, portanto, a deslocação forçada de pessoas e transforma ações estatais que o fazem em ilícitos internacionais. As únicas exceções a esta regra são as situações onde a deslocação de pessoas é feita “no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, saúde ou moral públicas, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas”.²⁴ Ademais, tais situações devem estar previstas e reguladas em lei.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, por sua vez, determina em seu artigo 7º(1d) que a “deportação ou transferência à força de uma população” é ato que constitui crime contra a humanidade. Segundo o mesmo artigo, deportação ou transferência à força de uma população são atos entendidos como a “deslocação coativa de pessoas através de expulsão ou de outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido em direito internacional”. Deste modo, o deslocamento arbitrário e forçado, quando cometido durante um ataque generalizado a uma população, é crime internacional. Portanto, casos de deslocamento interno gerados por ações estatais coativas que não encontram justificativa no direito internacional devem ser considerados crimes contra a humanidade e seus perpetradores estão sujeitos à jurisdição do Tribunal de Roma.

Por outro lado, a liberdade de locomoção também reconhece o direito inerente da população civil de buscar refúgio²⁵ em locais mais seguros dentro de seu próprio país. Tal direito também expressa a liberdade de ir, vir ou permanecer e representa um corolário do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Assim, os cidadãos de um país não cometem nenhum ilícito e nem abdicam de outros direitos ao deslocarem-se internamente. O Estado onde se encontram é por eles responsável e deve fornecer todas as condições para que tenham uma vida digna e segura, antes, durante e depois do deslocamento.

Não se pode esquecer que o direito de ir e vir transpõe os limites de uma fronteira internacional. É importante ressaltar que a afirmação do direito de permanecer em seu país de origem não significa limitação, restrição ou derrogação do direito de buscar refúgio em outro país ou do direito de asilar-se. A DUDH também afirma que “toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a ele regressar” (artigo 13) e que “toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países” (artigo 14).

Todo deslocado interno tem direito de buscar refúgio em país vizinho ao seu e, caso cumpra os requisitos contidos na definição da *Convenção de 1951*, adquirir *status* de refugiado. Tal direito tem sido

frequentemente violado por estados membros da citada *Convenção* que se recusam a permitir a entrada de deslocados internos em seus territórios. Este é um dos mais graves obstáculos à proteção de pessoas deslocadas e fornece explicações reveladoras sobre o aumento assustador do número de deslocados internos em contraposição ao declínio do número de refugiados nos últimos anos.

Sobre o direito de retorno às regiões de residência habitual ou de origem não há qualquer disposição internacional específica para o problema do deslocamento interno. Trata-se de um ponto onde há uma grave lacuna na proteção jurídica dos deslocados internos. Entretanto, Goldman e Kälín defendem que “as vítimas de deslocamento necessitam ter reconhecido o direito de retorno seguro e voluntário ao local de residência habitual”. Para ambos juristas “tal direito pode ser deduzido da liberdade de locomoção e do direito de livre escolha da residência”.²⁶ Para corroborar tal opinião, citam o artigo 1º (1) do Anexo 7º do Acordo de Dayton que, baseado na liberdade de locomoção, decidiu que as pessoas deslocadas têm direito ao retorno livre e voluntário para suas casas. Citam ainda a Convenção 169 da OIT que faz referência ao retorno de populações indígenas às suas terras tradicionais e a Resolução 876/1993 do Conselho de Segurança, sobre a situação na Abkhásia, que reafirmou o direito dos refugiados e pessoas deslocadas retornarem livremente às suas casas.

No tocante ao atendimento das necessidades particulares de pessoas que já se encontram em situação de deslocamento interno, algumas normas internacionais de direitos humanos são de grande relevância. Entre elas destacam-se o direito à não-discriminação, o direito à proteção contra violência, tortura e tratamento degradante e a garantia contra a detenção ilegal ou arbitrária. Estes são direitos fundamentais do ser humano que ingressaram no domínio do “jus cogens” e são revestidos de caráter imperativo, ou seja, acarretam obrigações “erga omnes” de proteção. Estes princípios não podem ser derogados em nenhuma circunstância e vinculam todos os estados. Eles também geram efeitos em relação a terceiros, inclusive particulares.

Entre os preceitos legais que os deslocados internos podem invocar para se resguardarem de situações de violência estão o direito inderrogável à vida, a proibição de execuções sumárias e arbitrárias, a proibição da tortura e de tratamento cruel ou degradante e a proibição do genocídio. Todas estas são normas de “jus cogens” e não podem ser limitadas ou derogadas, mesmo em situações onde outros direitos humanos podem ser restringidos. Representam o núcleo da proteção da pessoa humana contra a violência e são

plenamente aplicáveis para a proteção de deslocados internos.

Uma importante questão emerge quando o Estado determina o assentamento obrigatório de deslocados em campos fechados. Muitas vezes tais ações são claramente arbitrárias e não visam proteger os deslocados internos. Sobre este ponto, Goldman e Kälín defendem que “manter alguém em um campo fechado configura detenção sob o artigo 9º (1) do Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos”.²⁷ Assim, deslocados internos não podem ser confinados em campos sem justificativa legal e sem que fique comprovado que, fora do campo, tais pessoas estariam em perigo. A falha na verificação do perigo ou a ausência do requisito legal transforma o assentamento em detenção arbitrária e configura desrespeito ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Outros direitos relevantes para o estudo da proteção internacional dos deslocados internos são aqueles relacionados à sua subsistência. A garantia das condições básicas de sobrevivência das pessoas deslocadas passa necessariamente por alimentação, abrigo e saúde durante e após o deslocamento. O artigo 11 do PESC reconhece o direito de todas as pessoas “a um nível adequado de vida para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas”. O artigo 12 determina que “os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”. De maneira complementar a *Convenção dos Direitos da Criança* (CDC) garante em seu artigo 27 “o direito de toda criança a um nível de vida adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social”.

É plenamente reconhecida hoje a obrigação dos Estados de fornecer, dentro dos meios que lhes são disponíveis²⁸, o mínimo necessário para satisfação dos direitos à alimentação, à vestimenta, à moradia e à saúde dos seus cidadãos. Qualquer Estado-parte do PESC no qual sejam encontradas pessoas em situação de privação de alimentos, medicação, abrigo ou moradia incorre em desrespeito às obrigações assumidas internacionalmente. Assim, a existência de grupos de deslocados internos em situação de necessidade é uma violação das garantias reconhecidas no referido Pacto. Caso entre estes deslocados encontrem-se crianças (pessoas menores de 18 anos de idade) o Estado estará violando também a CDC.

Quando estão em situação de deslocamento dentro de seu próprio país pessoas deixam para trás a maior parte de seus bens. Em consequência, perdem quase tudo que acumularam durante suas vidas. A proteção da propriedade é uma das maiores lacunas da proteção jurídica internacional dos deslocados internos.

Por sua vulnerabilidade tais pessoas necessitam de normas que protejam a sua propriedade, seja aquela que trazem consigo na deslocação ou aquela deixada no antigo local de residência. Muitas vezes estas últimas são indevidamente apropriadas por outras pessoas ou destruídas depois que os proprietários originais deslocaram-se. Assim, a criação de um mecanismo de restituição ou compensação por estas perdas é imprescindível.

O artigo 17 da *Declaração Universal* reconhece o direito de todos à propriedade e determina que ninguém será arbitrariamente privado dela. Os Pactos Internacionais de 1966, entretanto, não incluem disposições sobre o direito de propriedade. Não existe, ademais, nenhuma regra específica que regulamente a proteção da propriedade de deslocados internos. Há, neste caso, uma clara falha na proteção internacional.²⁹

Outra grande lacuna na proteção jurídica dos deslocados é a falta de provisões a respeito da sua documentação e identificação pessoais. O deslocamento resulta rotineiramente em perda de documentos e certidões pessoais. Além disso, a fuga de regiões de origem, a constante movimentação e o assentamento em campos tornam muito difícil o registro de nascimentos e mortes. A discriminação de pessoas deslocadas é fator complicador do problema, uma vez que as vítimas evitam ser identificadas por temerem represálias e perseguição.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos possui algumas disposições relativas ao direito à identificação pessoal, mas estas são insuficientes para atender as necessidades específicas e diferenciadas dos deslocados internos. Do artigo 6º da DUDH tira-se o princípio geral de que todo ser humano tem direito de ser reconhecido como pessoa perante a lei. O mesmo reitera o artigo 16 do PCP, direito inderrogável segundo o disposto no artigo 4º(2) deste Pacto.³⁰ No entanto, a conclusão indesviável é que o presente estado do direito internacional não protege adequadamente os deslocados internos no tocante ao direito à documentação e à identificação pessoal.

A proteção dos deslocados pelos instrumentos de Direito Internacional dos Direitos Humanos é abrangente, mas ainda possui lacunas. É importante ressaltar que a existência de um grande número de normas internacionais de direitos humanos aplicáveis a deslocados internos não leva necessariamente a uma proteção jurídica completa ou exaustiva. Várias são as necessidades de pessoas deslocadas que merecem proteção legal mais específica por parte do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

O Direito Internacional Humanitário repousa fundamentalmente sobre as quatro Convenções de Genebra de 1949 e os dois Protocolos Adicionais de 1977. São estes os principais instrumentos internacionais que estabelecem limitações para os meios utilizados em conflitos e criam obrigações para as partes envolvidas no que se refere à proteção dos feridos, enfermos, prisioneiros de guerra e da população civil. Assim, as normas humanitárias englobam tanto a regulamentação da condução das operações militares como a proteção das vítimas dos conflitos.

A *Primeira e a Segunda Convenção de Genebra* tratam da proteção de componentes feridos, enfermos ou náufragos das forças que participam de um conflito. A *Terceira Convenção* é dedicada à proteção dos prisioneiros de guerra e a *Quarta Convenção* reúne as disposições referentes à proteção de civis. Os Protocolos Adicionais, por sua vez, aumentaram a proteção da população civil durante hostilidades e trouxeram reforços para a limitação dos métodos de conflitos.

A proteção conferida pelo DIH dá-se de modo distinto dependendo do tipo de conflito em questão. Este direito reconhece hoje três tipos de situações conflituosas: conflitos armados internacionais, conflitos armados não-internacionais e distúrbios internos e tensões.³¹ O DIH é aplicado nos dois primeiros casos. Para conflitos internacionais são aplicáveis as Convenções de Genebra e o *Protocolo Adicional I*. Quando um conflito é considerado não-internacional aplicam-se o artigo 3º comum às quatro Convenções de 1949 e o *Protocolo II*. Não há disposição positivada de DIH aplicável a distúrbios e tensões internas.³² Mas, nestas situações, aplicam-se plenamente as disposições de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Durante conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, as chances de ocorrência de grandes deslocamentos humanos são elevadas. Não é mera coincidência o fato de que as maiores populações de pessoas deslocadas internamente são encontradas em países que passam ou passaram por longos períodos de conflito. Como vimos, os conflitos são a maior causa do deslocamento de pessoas. Assim, deslocados internos que se encontram no território de um país envolvido em conflito armado recebem a proteção jurídica destinada pelo DIH à população civil vitimada pelo conflito.

De maneira semelhante ao que ocorre no Direito Internacional dos Direitos Humanos há poucas disposições de Direito Internacional Humanitário que

fazem menção expressa a pessoas deslocadas. Entretanto, o Direito Internacional Humanitário adota uma abordagem ampla destinada a proteger a população civil como um todo. Como cidadãos do país onde se encontram, os deslocados internos são parte da população civil e por isto, durante um conflito armado, desde que não se envolvam nas hostilidades, recebem a mesma proteção dedicada às vítimas civis do confronto.

Durante a ocorrência de um conflito a população civil deve ser protegida de seus efeitos de maneira ampla e geral. Os cidadãos não envolvidos nas hostilidades devem levar a vida da maneira mais normal possível. Segundo Lavoyer aos civis “deve ser garantida, particularmente, a permanência em seus lares”, sendo este “um objetivo básico do Direito Internacional Humanitário”.³³

No caso de um conflito internacional, a proteção jurídica oferecida aos deslocados internos, como membros da população civil, é bastante minuciosa e abrangente. As principais normas podem ser encontradas na *Quarta Convenção de Genebra* e no *Protocolo Adicional I*. A maioria das disposições da *Quarta Convenção*, entretanto, só é aplicável em casos onde o membro da população civil, deslocado ou não, está em poder de uma força de ocupação ou de uma parte inimiga no conflito. Há disposições contidas na Parte II da mesma Convenção, todavia, que “cobrem toda a população dos países em conflito”³⁴, incluindo assim deslocados internos que estejam em território controlado pelo seu próprio governo.

Entre as garantias mais importantes previstas na *Quarta Convenção* estão, por exemplo, a proibição da transferência individual ou em massa de civis durante ocupação estrangeira (artigo 49); o estabelecimento de zonas hospitalares e de segurança protegidas (artigo 14); a criação de zonas neutras para a proteção da população (artigo 15); a remoção de pessoas enfermas, feridas e de idosos e crianças de regiões cercadas ou sob ataque (artigos 16, 18, 19 e 22) e a troca de notícias entre familiares dispersos (artigos 25 e 26).

No *Protocolo I*, que se refere à população civil de maneira geral e é amplamente aplicável para situações de deslocamento interno, a Parte IV é de suma relevância para a proteção jurídica de pessoas deslocadas. Nela estão as disposições que proíbem o ataque indiscriminado a alvos civis (artigo 51); a proibição do uso da fome como estratégia de guerra (artigo 54, par. 1º); o dever das partes de proverem assistência humanitária à população civil (artigos 69 a 71); a garantia da reunião de famílias dispersas (art. 74) e a proteção especial para mulheres (art.76) e crianças (artigos 77 e 78).

De todas as disposições previstas no *Protocolo I* aquelas incluídas no artigo 75 talvez sejam as mais importantes. Estas são garantias fundamentais aplicáveis para toda e qualquer pessoa durante um conflito internacional. Nele estão contidas as obrigações de tratar as pessoas protegidas com humanidade, de respeitar sua honra, dignidade, convicção e crença religiosa e também a proibição da discriminação desfavorável baseada em qualquer condição ou critério (artigo 75, par. 1º). O mesmo artigo ainda proíbe, em qualquer tempo ou lugar onde ocorra um conflito armado, atentados contra a vida, a saúde, a integridade física e mental e a dignidade das pessoas protegidas (art. 75, par. 2º, a e b). São particularmente proibidos o homicídio, a tortura, as mutilações, a prostituição forçada e qualquer forma de atentado ao pudor. Por fim, o parágrafo 3º dispõe sobre direitos mínimos relativos à prisão ou internação de pessoas durante conflitos e os parágrafos 4º, 5º, 6º, 7º e 8º estabelecem as regras mínimas a serem observadas em processos judiciais, entre elas a imparcialidade, a legalidade e a presunção de inocência.

Além disso, o *Protocolo I* conta ainda com disposições específicas que proíbem o deslocamento forçado de pessoas. Goldman e Kälin destacam os artigos 51 (7), 58 e 78(1) como os mais relevantes para o que se refere ao deslocamento interno.³⁵ O artigo 51 (7) proíbe a expulsão forçada de civis de suas casas para fins militares como, por exemplo, seu uso como escudo humano em instalações militares. Já o artigo 58 permite, sem prejuízo do estabelecido no artigo 49 da *Quarta Convenção*, que civis sejam removidos das proximidades de locais usados nas hostilidades. Por sua vez, o artigo 78 (1) estabelece critérios e procedimentos para evacuação de crianças de áreas de conflito.

Por outro lado, deslocados internos encontrados em situação de conflito não-internacional recebem proteção semelhante, mas bem menos específica que aquela dedicada aos civis vítimas de conflitos internacionais. O artigo 3º comum às Convenções de Genebra é o principal instrumento desta proteção. O *Protocolo Adicional II*, entretanto, reforçou e aprofundou as garantias fundamentais contidas naquele artigo.

Lavoyer lembra que “mesmo sendo muito curto, [...] o artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra estabelece importantes princípios.”³⁶ O principal deles é o que diz que durante conflitos não-internacionais todas as pessoas que não participem ativamente das hostilidades devem ser tratadas humanamente. Para efetivar tal princípio o artigo proíbe a violência contra a vida e contra a integridade da pessoa humana, em especial o assassinato, a mutilação, a tortura e o

tratamento cruel e desumano. Proíbe também a tomada de reféns, o dano à dignidade pessoal e o tratamento degradante. O mesmo artigo ainda estabelece que, durante o conflito não-internacional, ninguém poderá ser sentenciado ou executado sem um julgamento justo proferido por uma corte regularmente constituída e que os enfermos e feridos devem ser recolhidos e tratados.

O *Protocolo II*, de maneira complementar ao artigo 3º comum, proíbe o uso de punições coletivas (art. 3º) e atos de terrorismo e pilhagem (art. 4º, parágrafos 1º e 2º) como meios de guerra em conflitos internos. No tocante à proibição de danos à dignidade pessoal (já prevista no artigo 3º comum), o *Protocolo II* inclui expressamente a proibição do estupro, da prostituição forçada e qualquer tipo de assédio ou atentado indecente.

O artigo 13 do *Protocolo II* estipula que “a população civil deve receber proteção contra os danos advindos das operações militares”, o que reafirma a proibição do ataque a alvos civis. Os artigos 15, 16 e 17 proíbem o ataque, a destruição e a remoção de objetos indispensáveis à sobrevivência da população civil (como alimentos, lavouras, água e remédios) e estabelecem que instalações contendo forças perigosas (usinas nucleares, barragens etc.) e objetos culturais e religiosos devem ser preservados.

De especial importância para a proteção dos deslocados é o artigo 17 do mesmo *Protocolo*, que proíbe a deslocação forçada de civis. Este artigo supre lacuna do artigo 3º comum que não contém nenhuma disposição sobre a deslocação, o que deixava a população civil desguarnecida em casos de conflitos armados internos. Ele estipula que “não se poderá ordenar a deslocação da população civil por razões relacionadas com o conflito, a não ser que assim o exijam a segurança das pessoas ou razões militares imperiosas”.³⁷ Tal disposição claramente proíbe a deslocação forçada de pessoas durante conflitos armados não-internacionais. As duas exceções incluídas na regra são casos especiais que demandam comprovação firme e detalhada por parte dos agentes que as invocam.³⁸ Ademais, complementa o mesmo artigo, se tal deslocação ocorrer, tomar-se-ão todas as medidas possíveis “para que a população civil seja acolhida em condições satisfatórias de alojamento, salubridade, higiene, segurança e alimentação”.³⁹

É importante lembrar que tanto o artigo 49 da *Quarta Convenção* como o artigo 17 do *Protocolo Adicional II* limitam-se a proibir o deslocamento forçado. Eles não restringem de nenhuma maneira o direito das pessoas de circular livremente dentro do território de seu país e de buscar refúgio no exterior, caso sintam-se ameaçadas nos locais onde residem ou onde se encontram.

O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

Ao contrário do Direito Internacional dos Direitos Humanos e das disposições de Direito Internacional Humanitário, o Direito dos Refugiados não é diretamente aplicável para a proteção de vítimas de deslocamento interno. Como o próprio termo já diz, o Direito dos Refugiados destina-se à proteção de pessoas que buscaram refúgio em um país estrangeiro e, portanto, cruzaram uma fronteira nacional internacionalmente reconhecida. Deslocados internos diferem-se de refugiados justamente por permanecerem no território de seu país de origem.

Todavia, deslocados internos possuem muitas necessidades semelhantes àquelas de um refugiado. Aliás, deslocados são definidos por alguns organismos internacionais, entre eles o ACNUR, como pessoas que se encontram em uma situação semelhante a um refugiado (“refugee-like situation”), mas que não atravessaram uma fronteira internacional. Assim, o Direito dos Refugiados pode ser de grande valia para a proteção dos deslocados internos. Sua aplicação ocorre, neste caso, por analogia. Goldman e Kálin defendem tal entendimento mas ressaltam que esta aplicação não é possível e nem desejável quando o direito reconhecido aos refugiados é apenas igual ao direito do país onde se encontram os deslocados.⁴⁰ Isto porque, como cidadãos do país em questão, os deslocados internos teriam seus direitos diminuídos caso a legislação interna fosse preterida em relação à norma internacional menos benéfica.

As principais contribuições do Direito Internacional dos Refugiados para a proteção dos deslocados internos referem-se às necessidades atinentes à liberdade de locomoção e à reintegração e retorno a regiões de origem. O princípio do *non-refoulement*, que proíbe o retorno forçado de um refugiado para um país onde ele é ou teme ser perseguido ou onde sua segurança não esteja garantida, é a mais importante destas contribuições. Consubstanciado no artigo 33 da *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados* (1951), este é um dos mais significativos princípios do direito internacional na atualidade, tendo inclusive sido reconhecido como princípio de “jus cogens”.⁴¹

O artigo 33, denominado “Proibição de expulsar e de repelir”, determina que “nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, filiação a certo grupo social ou opiniões políticas”. Assim, de maneira análoga, pode-se defender que um deslocado

interno não deve ser obrigado a retornar à sua região de origem caso sua segurança naquele local não esteja garantida. Mesmo estando dentro de seu próprio país os deslocados encontram-se em situação semelhante àquela de um refugiado, o que justifica a ampliação do conteúdo normativo do *non-refoulement* para situações de deslocação interna. Esta ampliação foi vislumbrada na *Declaração de Cartagena* (1984) e definitivamente reconhecida nos *Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos* (1998).

Outros direitos reconhecidos na *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados* que podem auxiliar na salvaguarda das necessidades dos deslocados internos são o direito de livre circulação e livre escolha do local de residência (art. 26) e o direito de ter documento de identidade e documentos de viagem (artigos 27 e 28).

3. A PERSPECTIVA INTEGRADA DE PROTEÇÃO: AS TRÊS VERTENTES DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA E OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES RELATIVOS AOS DESLOCADOS INTERNOS

A relativa abundância de normas gerais de direitos humanos aplicáveis aos deslocados pode levar à conclusão de que eles são suficientemente protegidos pelo direito internacional. Certamente não se pode dizer que eles estejam inteiramente desamparados. Afinal, todos os deslocados são cidadãos do país onde se encontram e, como vimos, o direito internacional também lhes reconhece e garante uma série de direitos. No entanto, em 1996, após exaustivo estudo⁴² sobre o direito aplicável às vítimas de deslocamento, o Representante do Secretário-Geral, Francis Deng, concluiu que “apesar do direito existente cobrir muitos aspectos de especial relevância para os deslocados internos, muitas áreas subsistem nas quais o direito não proporciona proteção suficiente para eles”.⁴³ Várias necessidades específicas deste grupo não são protegidas e ainda subsistem inúmeras lacunas e limitações no que se refere à sua proteção jurídica internacional.

Desse modo, as vantagens da aplicação normativa conjunta das três vertentes para a proteção internacional dos deslocados internos são indiscutíveis.

Nenhum dos ramos jurídicos estudados anteriormente é capaz de salvaguardar sozinho todas as necessidades dos deslocados. Mesmo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o mais amplo e desenvolvido dos três, não possui disposições para muitas situações nas quais deslocados internos ainda encontram-se desprotegidos. Por outro lado, uma perspectiva convergente que faça incidir, ao mesmo tempo, normas das três vertentes de proteção, representa um amparo expressivamente mais vasto e mais completo.

As origens históricas distintas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Refugiados são em grande parte responsáveis pelo desenvolvimento compartimentalizado destas três principais vertentes da proteção internacional da pessoa humana. No entanto, fica cada vez mais evidente que elas possuem grandes áreas de interação. Se não há uniformidade total, pois neste caso não caberia falar em vertentes, muitas são as convergências que justificam um estudo da complementaridade entre direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados.

Cançado Trindade ressalta que uma recente corrente doutrinária admite a interação normativa entre ramos jurídicos distintos sem que isto signifique uma similaridade nos meios de implementação, supervisão e controle. Para este autor, a mais notória distinção entre estas vertentes jurídicas complementares talvez seja aquela encontrada no âmbito pessoal de aplicação (“*legitimatío ad causam*”), uma vez que o Direito Internacional dos Direitos Humanos reconhece o direito de petição individual, enquanto o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados não contemplam tal possibilidade. No entanto, esta distinção não compromete a possibilidade de aplicação simultânea de vertentes de proteção complementares.⁴⁴

No caso das vertentes estudadas, a identidade de seu propósito básico, a proteção da pessoa humana em todas e quaisquer circunstâncias, é seguramente o fator mais significativo para a defesa de sua aplicação integrada. A complementaridade assenta-se assim em princípios fundamentais comuns que norteiam as três vertentes cujo desígnio central é defender e garantir a dignidade e a segurança do ser humano. No caso de sua aplicação para os deslocados internos tal propósito é de crucial relevância; representa a manifestação maior da legitimidade da preocupação internacional com a promoção e a proteção dos direitos humanos por todos e em toda parte.

Sobre isto, Gros Espiel defende que: “é correto e necessário reconhecer que tanto a proteção dos direitos humanos em geral [...], como a proteção dos direitos das pessoas amparadas pelo Direito Internacional Humanitário ou pelo Direito dos Refugiados, constituem

partes, setores específicos, de um sistema internacional geral de raiz essencialmente humanitária, dirigido a proteger o ser humano da forma mais ampla e integral que seja compatível com a existência da ordem jurídica e dos direitos legítimos do Estado e da Comunidade Internacional".⁴⁵

Tal entendimento expressa a reafirmação da universalidade, da complementaridade e da indivisibilidade dos direitos humanos. Como o maior legado da Conferência de Viena sobre os Direitos Humanos (1993), esta idéia elucida o avanço da proteção pela comunidade internacional de pessoas deslocadas dentro de seu próprio país e justifica a abordagem integrada dos direitos da pessoa humana reconhecidos no âmbito internacional.

O desenvolvimento desta abordagem integrada de proteção dos direitos da pessoa humana foi responsável pela mais importante iniciativa até hoje concretizada para a garantia dos direitos dos deslocados internos: a organização dos *Princípios Orientadores*, aprovados por consenso na Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1998.

Os *Princípios Orientadores* não possuem caráter obrigatório. Eles não constituem tratado ou convenção internacional, mesmo tendo sido aprovados pela Comissão de Direitos Humanos e pela Assembléia-Geral das Nações Unidas. No entanto, como é exposto na parte preambular do documento, ele visa orientar a ação de estados, organizações internacionais, organizações não-governamentais e todas as outras autoridades, grupos e pessoas nas suas relações com deslocados internos. Sua força advém de sua natureza recomendatória e de sua forma simplificada de organização. Desde que foram publicados, os *Princípios Orientadores* já serviram de base para legislação interna de diversos países.⁴⁶ Além disso, vários organismos internacionais, entre eles o ACNUR e o CICV, pautam-se em suas ações em prol dos deslocados por suas disposições.

Os 30 princípios que compõem o documento respondem àquelas necessidades especiais dos deslocados internos apontadas pelo grupo de estudo reunido pelo Representante do Secretário-Geral para os Deslocados Internos.⁴⁷ Eles foram apresentados em cinco seções diferentes: princípios gerais, princípios referentes à proteção contra a deslocação, princípios referentes à proteção durante a deslocação, princípios referentes à assistência humanitária e princípios referentes ao regresso, reinstalação e reintegração.

Muitos desses são derivados de disposições normativas, estas sim vinculantes, que constam de outros instrumentos jurídicos internacionais, em sua maioria pertencentes às três vertentes de proteção da pessoa humana. É importante ressaltar também que os

Princípios Orientadores não modificam ou substituem normas internacionais ou nacionais existentes. Refletem o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados e são com estes compatíveis. O resultado é um documento que agrega os progressos atingidos no desenvolvimento das três vertentes da proteção da pessoa humana e aplica-os para assegurar, de maneira mais completa e mais direta que cada vertente isolada, a proteção de vítimas de deslocação interna.⁴⁸

Pettersson usa alguns dos *Princípios Orientadores* para exemplificar a complementaridade entre as vertentes de proteção da pessoa humana, principalmente entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário.⁴⁹ Dois princípios citados por este autor demonstram nitidamente tal interação: o princípio orientador 10, que trata do direito à vida e à integridade física, e o princípio 21, que se refere ao direito à propriedade.

O princípio orientador 10 recomenda que:

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido por lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida. Os deslocados internos devem ser protegidos sobretudo contra:
 - a. o genocídio;
 - b. o homicídio;
 - c. as execuções sumárias e arbitrárias; e
 - d. os desaparecimentos forçados, incluindo o rapto ou a detenção sem comunicação prévia, que represente ameaça de ou resulte em morte.A ameaça e o incitamento para o cometimento de quaisquer dos atos supracitados devem ser proibidos.
2. São proibidos, para todos os efeitos, os ataques ou outros atos de violência contra os deslocados internos que não participaram ou já não participam de hostilidades. Os deslocados internos devem ser particularmente protegidos contra:
 - a. os ataques diretos ou indiscriminados ou outros atos de violência, incluindo a criação de áreas onde são permitidos os ataques contra os civis;
 - b. a fome como um método de combate;
 - c. o seu uso como escudo humano para proteger os objetivos militares dos ataques ou proteger, favorecer ou impedir operações militares;
 - d. os ataques contra os seus campos ou assentamentos; e
 - e. o uso de minas antipessoal.

A redação deste princípio deixa evidente a sua relação com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e com o Direito Internacional Humanitário. A parte introdutória do parágrafo 1º é diretamente derivada do *Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*. Ela é, na verdade, a mesma redação encontrada no art. 6º, 1 do PCP. Já a segunda parte do mesmo parágrafo, que consiste na enumeração de atos dos quais os deslocados são particularmente protegidos, contém elementos do DIH. A categoria homicídio (P.O. 10,1b) vem, por exemplo, do artigo 3º comum às Convenções de Genebra de 1949. Por outro lado, a categoria execuções sumárias e arbitrárias (P.O. 10,1c) é um instituto jurídico típico de direitos humanos. Além de integrar disposições advindas de diferentes vertentes jurídicas, este princípio expande também sua aplicabilidade (no caso das disposições de direitos humanos) ao incluí-las em um documento que visa orientar a ação de agentes estatais e não-estatais.

O parágrafo 2º, por sua vez, trata do direito à vida e integridade física de deslocados durante conflitos armados, ocasião na qual a grande maioria dos deslocamentos ocorre. O disposto nesta parte do princípio é versão pouco modificada das disposições encontradas na *Quarta Convenção de Genebra* e nos *Protocolos Adicionais I e II de 1977*.

Já o princípio orientador 21, que trata do direito à propriedade, tem a seguinte redação:

1. Ninguém deve ser arbitrariamente privado de sua propriedade e seus bens.
2. A propriedade e os bens deixados pelos deslocados internos devem ser protegidos, em quaisquer circunstâncias, e em particular, contra os seguintes atos:
 - a. pilhagem;
 - b. ataques diretos ou indiscriminados ou outros atos de violência;
 - c. utilização para proteção das operações ou objetivos militares;
 - d. utilização para fins de represálias; e
 - e. destruição ou apropriação como forma de punição coletiva.
3. A propriedade e os bens deixados pelos deslocados internos no ato da fuga devem ser protegidos contra a destruição e contra a apropriação, ocupação ou uso arbitrário ou ilegal.

Como foi visto anteriormente, a proteção da propriedade privada pelo direito internacional é bastante falha. No caso dos deslocados internos esta lacuna é ainda mais pronunciada já que, devido à situação de fuga em que geralmente se encontram, eles possuem necessidades especiais no tocante à proteção de sua

propriedade. O princípio orientador 21 utiliza disposições tanto do DIH como do DIDH para melhorar a salvaguarda deste direito. O primeiro parágrafo é derivado do artigo 17, 2 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Já as categorias específicas contidas no parágrafo 2º são apropriadas de instrumentos do Direito Internacional Humanitário. Por fim, o parágrafo 3º não deriva de nenhum instrumento pré-existente, mas visa preencher a lacuna existente no que toca aos bens abandonados pelos deslocados no ato da fuga.

Para exemplificar o papel do Direito Internacional dos Refugiados nos *Princípios Orientadores* pode-se lembrar, entre outros constantes da Seção V, o princípio 28, que integra o preceito geral do *non-refoulement* com algumas disposições que regulamentam o regresso voluntário de deslocados internos para seus locais de residência habitual ou sua reinstalação em outra parte do país.

Todavia, os *Princípios Orientadores* não se restringiram a reiterar e ampliar o que outros instrumentos jurídicos já reconheciam ou garantiam. Também preencheram lacunas de proteção, adaptaram disposições para as necessidades dos deslocados, reafirmaram princípios gerais de maneira mais detalhada, trouxeram novas interpretações para normas pré-existentes e clarificaram áreas cinzentas onde a aplicabilidade de uma norma para o amparo dos deslocados internos não era suficientemente clara.

Goldman, em seu texto “Codification of international rules on internally displaced persons”⁵⁰, fornece alguns exemplos de lacunas normativas e de aplicação para as quais os *Princípios Orientadores* trouxeram solução. Entre elas, cita o direito de não ser arbitrariamente deslocado (agora previsto expressamente nos princípios 5 e 6), o direito dos deslocados internos à documentação pessoal (P.O. 20, 2) e a salvaguarda de direitos fundamentais durante situações de distúrbios internos e tensões (entre outros, princípios 10 e 11).

Já no que se refere à clarificação de áreas cinzentas, talvez o melhor exemplo seja a especificação do direito à não-discriminação para os deslocados internos. Os textos dos instrumentos de direitos humanos que proíbem a discriminação não incluem a categoria “deslocado interno” entre os critérios para a determinação da discriminação. Por outro lado, alguns autores defendem que o termo “qualquer outra condição” inclui a condição de deslocado interno. Entretanto, persistiam dúvidas e incertezas a respeito da proteção dos deslocados em relação à discriminação. Os *Princípios Orientadores* eliminaram esta imprecisão ao abordarem o problema em três diferentes princípios (1, 4 e 22).⁵¹ O texto do princípio 1,1 é especialmente esclarecedor pois determina que os “deslocados

internos devem gozar de direitos e liberdades, do direito interno e do direito internacional, em total igualdade com outras pessoas no seu país. Eles não devem ser discriminados em relação ao gozo de quaisquer direitos ou liberdades por serem deslocados internos”.⁵²

Hoje se dissemina entre os especialistas internacionais a avaliação de que os *Princípios Orientadores* são a resposta mais acertada para lidar com os problemas da proteção jurídica internacional dos deslocados internos. Mesmo que lacunas pontuais ainda perdurem e mesmo que nem todas as disposições contidas neste instrumento não possuam fundamento legal vinculante é certo que ele representa um espantoso avanço para a garantia dos direitos deste grupo humano vulnerável.

Ao mesmo tempo em que evitaram a duplicação e proliferação de normas internacionais, os *Princípios Orientadores* permitiram extraordinária evolução na implementação de direitos já reconhecidos.⁵³ Eles também ampliaram a proteção das vítimas do deslocamento interno ao incorporarem nova interpretação de normas que antes não respondiam às necessidades especiais deste grupo. A abordagem complementar das três vertentes da proteção dos direitos da pessoa humana tem nos *Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos* uma de suas manifestações mais desenvolvidas.

4. DESLOCADOS INTERNOS E OS DESAFIOS PARA O DIREITO INTERNACIONAL

O direito internacional, como forma de expressão dinâmica dos ideais da humanidade, também reflete as inconsistências de nossa época. Problemas complexos de direitos humanos, dos quais o deslocamento interno é exemplo significativo, colocam em questão os limites do direito internacional e demandam clareza a respeito de seus fundamentos de validade.

É cada vez mais disseminada a opinião de que a fonte material do Direito Internacional Público está na consciência jurídica universal. Tal posicionamento coloca a proteção da pessoa humana no centro das preocupações internacionais e a transforma no fim último do direito internacional.⁵⁴ O estudo do deslocamento interno e as respostas jurídicas encontradas para lidar com este problema permitem observar, entretanto, como os progressos nesta área nem sempre são lineares.

Um dos maiores paradoxos da atualidade é que a livre circulação de idéias, produtos e capitais, cada vez mais abrangente, não tem correspondência na liberdade de locomoção. Se as fronteiras estão abertas

para o fluxo de bens, estão cada vez mais fechadas para as pessoas. Enquanto caem barreiras alfandegárias, crescem os controles fronteiriços de imigração e proliferam-se os nacionalismos e a xenofobia.

A atual crise de desenraizamento humano vivenciada em todas as partes do globo, e da qual o deslocamento interno é uma entre várias manifestações, é agravada por estas contradições. As mudanças nos padrões de migrações e deslocamentos forçadas aprofundaram as dificuldades dos estados e outros atores internacionais em operarem no âmbito humanitário. Enquanto declinam os números de refugiados e asilados, multiplicam-se as cifras de imigrantes ilegais, trabalhadores indocumentados e deslocados internos. Esta nova realidade também traz alterações para o modo como o direito internacional responde ao desafio de resguardar o ser humano e faz surgir, portanto, um novo paradigma de proteção da pessoa humana em situação de deslocamento.⁵⁵

Neste novo modelo de proteção, o consagrado direito de asilo e a possibilidade de reintegração em um país receptor são substituídos pela contenção cega dos movimentos migratórios e pela negação do direito de reinstalar-se em outro país mesmo em casos nos quais a vida da pessoa corre perigo. A proteção durável e permanente de refugiados é preterida em relação à proteção temporária, raramente satisfatória, geralmente feita em campos fechados localizados em países vizinhos. Além disso, a repatriação voluntária é substituída pelo retorno para ‘áreas seguras’ (“safe havens”) e, assim, o princípio do *non-refoulement*, pedra de toque do sistema de proteção de pessoas refugiadas, deteriora-se. Surgem, enfim, tantas barreiras ao refúgio e ao asilo que alguns autores já ironizam a respeito do surgimento de uma inconcebível regra de “non-entrée”.⁵⁶

O fechamento das fronteiras internacionais e a explosão do número de vítimas do deslocamento interno transportam o problema da salvaguarda dos direitos de pessoas desenraizadas para o interior de seus países de origem. O momento é de limitação a todo custo de fluxos internacionais de pessoas. O desenraizamento internaliza-se.

Todavia, a explosão de conflitos internos e a erosão da capacidade do estado de proteger os direitos fundamentais de seus cidadãos em geral e de grupos desenraizados, em particular, faz com que os governos não respondam adequadamente ao problema do deslocamento. Assim, de maneira distorcida e com graves prejuízos para os direitos da pessoa humana os estados tentam controlar os movimentos de pessoas sem assumir a responsabilidade pela sua segurança e bem-estar.

É nesta conjuntura que o envolvimento da comunidade internacional em crises internas passa a ser insistentemente cobrado. No entanto, a ação internacional parece se dar apenas para evitar que os efeitos de uma crise atinjam outros países e para conter fluxos de refugiados. A efetiva proteção é abandonada e no seu lugar são implementados programas de assistência temporária e emergencial que se limitam a fornecer meios de subsistência para as vítimas, sem se preocupar em lidar com as causas do deslocamento. As ações internacionais estimuladas pelo novo paradigma não respondem às raízes das crises, são meramente paliativas.

Bennet, em estudo sobre as contradições da proteção dos deslocados internos, afirma acertadamente que hoje o envolvimento internacional é muitas vezes “desengajamento político disfarçado de assistência humanitária”.⁵⁷ A ajuda internacional ocorre apenas para que a crise de deslocamento não transborde e atinja outros estados e regiões. Na maior das incongruências do novo paradigma o envolvimento internacional é, ao mesmo tempo, uma forma de desengajamento.

É correto afirmar que o antigo sistema de proteção dos refugiados, desenvolvido no pós-Segunda Guerra, não consegue abarcar todas as situações contemporâneas de desenraizamento. Entretanto, o modelo atual, desenvolvido a partir da nova dinâmica de fluxos populacionais, também não responde satisfatoriamente os desafios contemporâneos. Ademais, ao invés de incorporar os ganhos do passado, que continuam válidos, ele tem sido usado para rechaçá-los.

Os avanços da proteção dos deslocados internos, discutidos aqui, são as mais importantes contribuições deste novo paradigma de proteção de pessoas desenraizadas. É possível afirmar, a partir de um ponto de vista jurídico, que os deslocados internos recebem hoje uma proteção consideravelmente melhor que aquela que lhes era dedicada dez anos atrás. Entretanto, o desenvolvimento da proteção jurídica dos deslocados internos é fruto do mesmo processo que tem posto em questão todo o sistema de proteção anterior, criado a duras penas. A conjuntura que tornou possível aumentar e melhorar a tutela jurídica dos deslocados é a mesma que agora permite restrições crescentes do direito de solicitar asilo, de buscar refúgio em outro país e mesmo de não ser obrigado a retornar para um país ou região onde sua segurança e sobrevivência não estejam garantidas.

O direito de ser protegido enquanto deslocado interno não pode ser entendido como razão ou justificativa para a limitação do direito de buscar proteção em outros países. A proteção jurídica em casos de deslocamento interno deve ser vista como

complementar à proteção de refugiados, migrantes e outros tipos de desenraizados internos e internacionais.

O problema dos deslocados internos coloca em questão áreas cinzentas do direito internacional e sua proteção jurídica demanda construções avançadas para ser eficaz. Mesmo sem uma convenção internacional específica, os deslocados têm hoje grande parte de suas necessidades e direitos reconhecidos e declarados. Isto só foi possível graças ao empenho de juristas e especialistas internacionais determinados a pôr em discussão formas mais flexíveis de tutela e mecanismos inovadores de reconhecimento de direitos.

Entre várias soluções encontradas, os *Princípios Orientadores* sobressaem-se. Ao integrarem de maneira original as três vertentes tradicionais da proteção da pessoa humana em um instrumento único, eles permitiram a ampliação do reconhecimento dos direitos dos deslocados e multiplicaram as atenções dirigidas ao tema. Estes princípios não se restringiram a reiterar o que outros instrumentos jurídicos já reconheciam ou garantiam, mas também preencheram lacunas de proteção, adaptaram disposições para as necessidades dos deslocados, reafirmaram princípios gerais e permitiram interpretações mais amplas para normas pré-existentes que não eram adequadas para as necessidades dos deslocados internos.

As lições aprendidas na construção do sistema de proteção dos deslocados são valiosas para outros grupos vulneráveis. A idéia de criar uma declaração de princípios baseada no Direito Internacional dos Direitos Humanos, no Direito Internacional Humanitário e no Direito Internacional dos Refugiados pode fazer avançar a salvaguarda de outros grupos humanos ainda desprovidos de proteção específica ou cujos mecanismos ainda estão em fase de negociação. Entre eles estão, “inter alia”, os trabalhadores migrantes, as populações indígenas e os apátridas. Todos estes grupos podem ainda se beneficiar da idéia, muito discutida no campo da deslocação interna, de que necessidades específicas demandam soluções jurídicas diferenciadas, mesmo que um sistema de proteção geral já exista. Uma das contribuições mais significativas da tutela internacional dos deslocados para o direito internacional é exatamente a maneira como ela combina o reconhecimento de direitos fundamentais gerais e de direitos específicos para criar um sistema integrado de proteção.

A maneira como o direito internacional evoluiu no que diz respeito aos deslocados internos deixa claro que, no atual contexto de desenraizamento, a temática da responsabilidade internacional deve ser abordada menos pelo prisma estatocêntrico e mais no marco das relações entre o Estado e os seres humanos sob sua jurisdição, sejam eles seus nacionais ou não. A

universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos são inquestionáveis e, portanto, a proteção da pessoa humana não deve ser tratada à luz da soberania estatal, mas como problema de dimensão verdadeiramente global.⁵⁸

São muitos os obstáculos a serem transpostos para a verdadeira efetivação dos direitos dos deslocados. Mas fica cada vez mais claro que o caminho a ser seguido é aquele da garantia irrestrita e integral dos direitos fundamentais do ser humano. Só assim o direito internacional fará sua parte na busca de soluções duráveis que previnam novos deslocamentos, garantam a sustentabilidade sócio-econômica de grupos em situação de vulnerabilidade e permitam a plena reintegração de vítimas de desenraizamento.⁵⁹

Os avanços no sistema de proteção jurídica dos deslocados internos expressam um significativo progresso para o campo dos direitos humanos. Porém, não há normas jurídicas eficazes sem valores correspondentes, a elas subjacentes. No que se refere ao deslocamento, há normas de proteção que respondem à maioria das necessidades das vítimas, mas muitas vezes não há valores sociais que exijam sua aplicação e, portanto, geralmente inexistem vontade política para impô-las.

Aprimorar a implementação dos direitos dos deslocados é tarefa que exige profundas modificações

na maneira como se trata a pessoa humana. O ser humano é situado hoje em uma escala de prioridade inferior àquela atribuída a capitais e bens. Na ordem internacional a razão de Estado ainda sobrepuja o indivíduo. O fenômeno do desenraizamento e as violações e abusos que acarreta só podem ser atacados nos marcos de uma ação abrangente, orientada para atender e responder à precariedade da condição humana.

O direito internacional pode contribuir para a disseminação de novos valores e tem evoluído nesse sentido ao recriar-se como um novo Direito das Gentes, edificado sobre a consciência jurídica universal e determinado a transcender o positivismo e atender às necessidades e anseios da humanidade. A proteção jurídica internacional dos deslocados internos integra os esforços para a construção da cidadania universal, baseada na indivisibilidade e na universalidade dos direitos do homem e na erradicação da exclusão social, da miséria e da discriminação.

A humanização do direito internacional, que hoje possibilita a proteção internacional dos deslocados internos, é reflexo de uma sensibilidade mais apurada para os problemas humanos. A realização plena e universal dos direitos da pessoa humana transforma-se, então, em desígnio que sintetiza as aspirações da humanidade e expressa de maneira categórica a realidade de nosso tempo e o espírito de nossa era.⁶⁰

NOTAS

1. US COMMITTEE FOR REFUGEES. *Colombia violence leaves 2.1 internally displaced*. [on line] Disponível em: www.refugees.org/news/pres_releases/2001. Acessado em 09/10/2003. p.1. Cf. também: Global IDP Project. *Internal Displacement: a global overview of trends and developments in 2003*. [on line] Disponível em: www.idpproject.org. Acessado em: 15/02/2004, pp. 4-20.
2. Em 1970, as estatísticas apontavam a existência de 5 milhões de deslocados internos e 9 milhões de refugiados. As estimativas de 2002 falam em 25 milhões de deslocados internos e 11 milhões de refugiados. Cf. Seminar on International Field Protection of Internally Displaced Persons, June 2002, Brussels. *Minutes of the Seminar: On Internally Displaced Persons (IDPs)*. Brussels: DGIC, 2002. p.4.
3. Os termos deslocação e deslocamento são sinônimos e serão usados indistintamente ao longo deste texto.
4. Entre as ações da Liga em prol dos refugiados estão a criação do Passaporte Nansen e a negociação de acordos que previam medidas de assistência e proteção de refugiados definidos dentro de grupos nacionais específicos.
5. Duas organizações não-governamentais são tidas como as primeiras a chamarem a atenção para o problema dos deslocados internos. São elas a Commission of Churches on International Affairs e a Quakers.
6. É preciso ressaltar também que uma expressiva fração de deslocados internos pode facilmente se tornar refugiados. As experiências no Irã e no Afeganistão comprovam essa tendência, que reforça ainda mais as implicações internacionais do problema. Neste ponto, uma das questões mais graves é a recente prática de Estados vizinhos a países com problemas de desenraizamento de impedir a transposição de fronteiras internacionais por pessoas ou grupos que se encontram em situação de deslocamento interno.
7. COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. *Report of the Representative of the Secretary-General, Francis Deng, submitted pursuant to resolution 1997/39 (The Guiding Principles on Internal Displacement)*, doc. E/CN.4/1998/53/Add.2. [on line] Disponível em: www.un.org. Acessado em: 10/09/2003.
8. As causas da deslocação incluídas na definição de deslocados internos foram retiradas do conceito abrangente de refugiado usado na América Latina e na África. COHEN e DENG. *Masses in flight: the global crisis of internal displacement*. Washington: Brookings Institution Press, 1998. p.16.
9. É necessário ressaltar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva OC-18 de 17 de setembro de 2003, trouxe valioso avanço para a caracterização de vítimas de deslocamentos forçados (entre as quais estão os deslocados internos) ao aproximá-los de migrantes laborais e indocumentados. Em seu voto concorrente o Juiz Cançado Trindade lembra que o elemento coercitivo ou voluntário de uma deslocação nem sempre é facilmente discernível. Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Opinión Consultiva OC-18: Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. [on line] Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acessado em 10/12/2003.
10. KALIN, W. The Legal Dimension. *Forced Migration Review*, vol. 17, fev. 2003. p. 15.
11. CANÇADO TRINDADE, A.A. Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Refugiados: aproximações ou convergências. In: Cançado Trindade *et alii*. *A Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana*. São José da Costa Rica e Brasília: IIDH, CICV e ACNUR, 1996. p.89.
12. *Id.*, *ibid*. p.90.
13. PLENDER. The legal basis of international jurisdiction to act with regard to the internally displaced. *International Journal of Refugee Law*, vol.6, n.3, 1995. p.348.
14. COHEN, R. & DENG, F. *Op. cit. supra* n. (8). p.127.
15. Os países visitados até 2003 são Angola, Armênia, Azerbaijão, Bósnia-Herzegovina, Burundi (duas visitas), Colômbia (duas visitas), Timor Leste, El Salvador, Geórgia, Indonésia, México, Moçambique, Peru, Filipinas, Federação Russa, Ruanda, Somália, Sri Lanka, Sudão (três visitas), Tadjiquistão e Turquia.
16. A proteção normativa é aquela estritamente jurídica, baseada nas normas internacionais que declaram ou conferem direitos aos deslocados internos. Já o pilar institucional de proteção é o arranjo e a distribuição de competências entre órgãos e organizações internacionais para a atuação internacional concreta em favor dos deslocados internos.

17. COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS. *Compilation and Analysis of Legal Norms*. Report of the Representative of the Secretary-General on Internally Displaced Persons, doc. E/CN.4/1996/52/Add.2. [on line] Disponível em: www.un.org. Acessado em: 06/08/2003.
18. Este mecanismo envolve a colaboração de organizações locais, governos nacionais, agências da ONU, outras organizações internacionais e organizações não-governamentais. Seminar on the International Field Protection of Internally Displaced Persons. *Op.cit. supra* n.(2). pp. 4-5.
19. “Emergency Relief Coordinator” (ERC).
20. OGATA, S. *Apud* Cohen, R & Deng, F. *Op. cit. supra* n.(8). p.73.
21. CANÇADO TRINDADE, A.A. Apresentação. In: Piovesan, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p.19. Cf. também: *Idem*, *A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional*. Anuario Hispano-luso-americano de Derecho Internacional, Separata, vol. XVI, 2003.
22. O deslocamento forçado ocorre quando pessoas são compelidas a fugir de suas áreas habituais de residência, seja pela incapacidade do Estado de garantir a sua segurança e subsistência ou mesmo por ações estatais diretas de relocação.
23. COHEN, R. & DENG, F. *Op. cit. supra* n.(8). p. 89.
24. Artigo 12(3) do PCP.
25. O termo refúgio é aqui utilizado em sua acepção ampla e não coincide, portanto, com o conceito estrito de refugiado, ou seja, aquele que cruza uma fronteira nacional internacionalmente reconhecida e está inserido nos requisitos da Convenção de 1951.
26. GOLDMAN & KÄLIN. Legal Framework. In: COHEN, R. & DENG, F. *Op. cit. supra* n.(8). p. 106.
27. *Idem*, *ibidem*. p. 98.
28. Meios disponíveis são entendidos como não apenas aqueles encontrados dentro do Estado, mas também aqueles fornecidos pela comunidade internacional por meio de cooperação e assistência. COMITÊ PARA OS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS. General Comments, UN Doc. HRI/Gen/Rev.1, 1994. [on line] Disponível em www.un.org. Acessado em: 29/11/2003.
29. É necessário reconhecer, entretanto, o importante trabalho da Comissão Interamericana de Direitos Humanos na decisão que determinou o pagamento de compensações aos deslocados internos que retornavam a suas casas na Nicarágua em 1983, no caso Miskito. Cf. OEA. *Report on the Situation of Human Rights of a Segment of the Nicaraguan Population of Miskito Origin*. Doc. OEA/Ser.L/V/II/62, doc.10, rev.3. Novembro, 1983.
30. Também são relevantes os artigos 8º e 16 da *Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*.
31. A tipologia tripartite dos conflitos é retirada dos Protocolos Adicionais de 1977. Esta classificação tem sido combatida atualmente por gerar distorções na proteção da pessoa humana dependendo do conflito em questão. O Tribunal Internacional Ad Hoc para a Ex-Iugoslávia deu importante passo para a superação desta tipologia na decisão interlocutória da Corte de Apelação no caso Tajic (Caso n. IT-94-1-T). O posicionamento adotado está de acordo com os desenvolvimentos mais recentes do Direito Internacional Humanitário, que tende cada vez mais pela não diferenciação no direito aplicável a um conflito internacional daquele aplicável a um conflito não-internacional.
32. Entretanto, recentes desenvolvimentos do DIH mostram que hoje já existe um conjunto de princípios e normas consuetudinárias internacionais que determinam padrões mínimos aplicáveis a situações de distúrbios internos e tensões. Alguns autores defendem a aplicação, em casos de distúrbios e tensões, do disposto no artigo 75 do Protocolo Adicional I, artigo este considerado como norma internacional consuetudinária. Neste caso ele também seria aplicável durante conflitos armados não-internacionais.
33. LAVOYER, J-P. Refugees and Internally Displaced Persons: International Humanitarian Law and the role of the ICRC. *International Review of the Red Cross*, n.305, 1995. p. 171.
34. Artigo 13 da *Quarta Convenção de Genebra*.
35. GOLDMAN & KÄLIN. Legal Framework. In: COHEN, R. & DENG, F. *Op. cit. supra* n.(8). p. 91.
36. LAVOYER, J-P. *Op. cit. supra* n.(33). p. 172.
37. Artigo 17, *Protocolo Adicional II*.
38. Entendimento defendido pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Cf. CICV, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 1949*, 1987, n.1473. [on line] Disponível em: www.icrc.org. Acessado em 10/02/2004.
39. Art.17, *Protocolo Adicional II*.

40. GOLDMAN & KÁLIN. Legal Framework. In: Cohen, R. & Deng, F. *Op. cit. supra* n.(8). p.85.
41. CANÇADO TRINDADE, A.A. Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade. In: Corte Interamericana de Derechos Humanos, *OC-18 del 17 de septiembre de 2003*. [on line] Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acessado em 10/12/2003.
42. Este estudo foi publicado pela ONU com o título “Compilation and Analysis of the Legal Norms”. Cf. nota (17) *supra*.
43. COHEN, R. & DENG, F. *The Forsaken People*. Washington: Brookings Institution Press, 1998. p.122.
44. CANÇADO TRINDADE, A.A. Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e Direito Internacional dos Refugiados: aproximações ou convergências. In: Cançado Trindade *et alii*. *Op. cit supra* n.(11) p.30.
45. GROS ESPIEL, Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados. In: SWINARSKI, C. (redat.) *Études en l'honneur de Jean Pictet*. La Haye et Genève: Martinus Nijhoff Publishers, 1984 p.703.
46. Exemplos de países que criaram leis nacionais sobre deslocamento interno e basearam seus esforços nos *Princípios Orientadores* são Angola e Colômbia. Infelizmente, tais leis são raramente invocadas ou usadas para a proteção dos deslocados nestes dois países.
47. Os *Princípios Orientadores* são em grande parte fruto de um estudo profundo das lacunas e necessidades de proteção dos deslocados internos chamado “Compilation and Analysis of Legal Norms”. Este estudo foi realizado pelo Representante do Secretário-Geral para os Deslocados Internos, Francis Deng, e um grupo de especialistas internacionais por ele reunido. Ele foi apresentado à Comissão de Direitos Humanos em 1996. Cf. nota (17) *supra*.
48. PETTERSSON, B. *Complementarity between key instruments of international law: International Human Rights and Humanitarian Law merged into one operational instrument – the UN Guiding Principles on Internal Displacement*. Global IDP Project. [on line] Disponível em: www.idpproject.org. Acessado em: 08/09/2003.
49. *Id.*, *ibid*.
50. GOLDMAN, R. Codification of international rules on internally displaced persons: an area where both human rights and humanitarian law are being taken into account. *International Review of the Red Cross*, n. 324, 1998. p. 540.
51. PETTERSSON, B. *Op. cit. supra* n.(48), p. 7.
52. Cf. P.O. 1,1. *Princípios Orientadores Relativos aos Deslocados Internos*.
53. A contribuição dos *Princípios Orientadores* não se restringiu aos avanços para o trabalho daqueles que promovem os direitos humanos, mas trouxe grande melhoria também para os esforços de agências internacionais, agentes internacionais em trabalho de campo e organizações locais de deslocados internos. Ao detalharem a proteção dedicada aos deslocados e organizarem isto em um único documento, os *Princípios Orientadores* transformaram-se em um importantíssimo instrumento de trabalho para implementadores de políticas de direitos humanos. Cf. Vincent, M & Sorensen, B. (orgs.) *Caught Between Borders: response strategies and the internally displaced*. London: Pluto Press, 2001.
54. CANÇADO TRINDADE, A.A. Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. In: Cançado Trindade, A. A. & Ruiz De Santiago, J. *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. 23-78.
55. MERTUS, J. The state and the post-Cold War refugee regime: new models, new questions. In: *International Journal of Refugee Law*, vol. 10, n.3, 1998. pp.321-340.
56. MILLS, K. *Human Rights in the Emerging Global Order: a new sovereignty?* New York: St. Martin's Press, 1998. p. 105.
57. BENNET, J. *Internal Displacement in Context: the emergence of a new politics?* [on line] Disponível em: www.nrc.no. Acessado em: 14/10/2003. p. 6.
58. Cf. CANÇADO TRINDADE, A.A. *Op. cit. supra* n.(54). pp.58-78.
59. NANA SINKAM, S.C. From Relief and Humanitarian Assistance to Socio-Economic Sustainability: Rehabilitation, Reconstruction and Development with Transformation as the Ultimate Solution. *International Journal of Refugee Law*, Special Issue, July 1995. pp. 186-206.
60. A expressão “realidade de nosso tempo e espírito de nossa era”, é tirada da *Declaração e Programa de Ação de Viena*. Este documento foi aprovado na II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, ocorrida em 1993. Cf. CANÇADO TRINDADE, A.A. *Op. cit. supra* n.(54). p.67.

LOS NUEVOS RETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO: LOS CONFLICTOS DESESTRUCTURADOS Y EL TERRORISMO INTERNACIONAL



GUILLERMO JULIO VARGAS JARAMILLO

Profesor de la Cátedra de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

A MODO DE INTRODUCCIÓN

Los temas que intentaremos desarrollar son a la vez apasionantes y complejos. Los retos que en la hora actual debe afrontar el Derecho Internacional Humanitario respecto al terrorismo internacional y a los conflictos desestructurados van de la mano con los desafíos que también debe asumir su matriz el Derecho Internacional. Baste con dar una mirada a los dramáticos acontecimientos del 11 de septiembre en los Estados Unidos y la guerra contra el terrorismo subsiguiente que se tradujo en la campaña en Afganistán y posteriormente con la intervención militar norteamericana en Irak.

El presente trabajo, que es centralmente de carácter descriptivo, tratará de iluminar algunos hechos y aspectos de los asuntos señalados, que son verdaderamente vastos en sus alcances y connotaciones y que por su complejidad requieren de enfoques multidisciplinarios. De otra parte, son asignaturas que la comunidad jurídica internacional trata actualmente de procesar, en medio de una crisis sin precedentes de las normas y de los organismos que regulan, alguien podría decir regulaban, a la vista de los últimos acontecimientos en Irak, el sistema internacional contemporáneo.

Sin duda que el andamiaje jurídico que normaba las relaciones internacionales fue puesto a prueba con la finalización de la Guerra Fría. Los conflictos de baja intensidad funcionales a esta contienda van desapareciendo paulatinamente. Se pasa entonces de conflictos de carácter ideológico a conflictos de inspiración etno-separatista que van a caracterizar la postguerra fría. Las naciones se dividen, los estados se debilitan y se disgregan, aparecen así conflictos de naturaleza étnica, cultural y religiosa de índole muy compleja que comienzan a incubar formas inéditas de terrorismo.

En este contexto la comunidad internacional se ve impelida a usar creativamente las posibilidades que brindan los principios e instituciones de la Carta de las Naciones Unidas, surgiendo como respuesta las operaciones de seguridad colectiva traducidas en operaciones de mantenimiento de la paz, de paz y de prevención a quebrantamientos de la paz y por otro lado los Tribunales Penales Internacionales en los casos de la ex Yugoslavia y Ruanda.

Así llegamos a septiembre de 2001 cuando se producen los ataques terroristas perfectamente coordinados y a una escala sin precedentes contra la Unión Americana. Actos que demuestran como el nivel de organización y las actividades de estos grupos habían alcanzado una cobertura global. Encontrándose en capacidad de lanzar ataques contra Estados, al margen de la entidad militar que éstos ostenten. Siendo por lo tanto un imperativo para la comunidad internacional reexaminar en profundidad el fenómeno del terrorismo internacional y las políticas y métodos multilaterales para enfrentarlos.

De otro lado, la respuesta unilateral contra el terrorismo de parte de los afectados, expresada en una noción de guerra preventiva sin legitimación jurídica y sin contrapesos, está llevando a límites impensables la coherencia en el manejo de las relaciones internacionales. Afectando sensiblemente tanto el sistema internacional de seguridad colectiva como los equilibrios políticos y geoestratégicos, en muchos casos precarios de las regiones involucradas. Desestructurando premeditadamente Estados –paradójicamente parecería así una nueva categoría de estados disgregados– socavando así los principios y propósitos de la Carta de Naciones Unidas. Para poner finalmente en cuestión la aplicación del Derecho Internacional Humanitario a los conflictos armados generados como consecuencia de la “guerra contra el

terror”, posición irresponsable que les hace, quiérase o no, el juego a los grupos terroristas multinacionalizados.

Por lo expuesto anteriormente, resulta comprensible que los presentes apuntes sean esquemáticos respecto a dos temas realmente amplios en sus implicancias para la paz y la seguridad internacionales y que se inscriben, con las limitaciones anotadas, en los esfuerzos desplegados por la comunidad internacional y la sociedad civil global para encontrar una vía racional y civilizada que resuelva el enfrentamiento entre el terrorismo internacional y la actual potencia hegemónica, el cual conducido hasta el extremo podría implicar para el orden internacional un cambio de paradigma de consecuencias impredecibles.

PRIMERA PARTE

LOS CONFLICTOS DESESTRUCTURADOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1- ANTECEDENTES Y NOCIONES BÁSICAS

El término “Conflictos desestructurados” nos remite necesariamente a la noción de “Estados desestructurados”, interpretación de la expresión inglesa “failed States” o “Estados fracasados”, también denominados “Estados desintegrados o colapsados”. Como ya se adelantó, el final de la guerra fría puso fin al sistema bipolar y a las áreas de influencia de las grandes potencias los Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, que terminaría desmembrándose. Culminaría así el sistema de control ideológico y político que ejercían éstas sobre un gran número de países, en especial del Tercer Mundo. Consecuentemente, una gran cantidad de estos estados, en especial los más involucrados o cercanos a conflictos de baja intensidad, se sumergirían en profundas crisis políticas.

No debe escapar a este cuadro que los estados desestructurados expresan también la crisis actual, o redefinición de funciones como eufemísticamente sostienen algunos, que atraviesa el modelo de estado westfaliano al confrontar el proceso de globalización. Este proceso que en esencia comporta la totalización del mercado, operando éste como regla de relación y ajuste de los estados, incuestionablemente pone en entredicho el monopolio del poder y la soberanía estatal que lo definen. Estos aspectos son tratados de manera muy detallada en el libro de Thomas L. Friedman “The

Lexus and the Olive Tree”. Lo anteriormente expuesto debe matizarse con otro hecho puesto en relieve por Daniel Thürer sobre “los procesos generales de modernización que, aunque fomentaban la movilidad social y geográfica, no estaban contrarrestados por procesos de construcción de nación capaces de colocar al Estado sobre unos cimientos firmes.”¹

En esta dinámica, al analizar las crisis de gobernabilidad de nuestro tiempo, observamos que los estados se destruyen desde dentro, al debilitarse sus instituciones y ser infectadas por mafias, al moverse sus aparatos militares no por intereses nacionales sino por afanes corporativos o autonómicos y en consonancia organizarse grupos de oposición política armada. En tal sentido Daniel Thürer, en su ensayo “El Estado desestructurado y el derecho internacional”, pone en relieve que “el problema del “Estado desestructurado” puede verse así como un fenómeno primario que, aunque actualmente agudo sólo en unos cuantos países, sigue estando latente en todo el mundo.”²

En general la desestructuración de un Estado se configura a partir de un proceso, la mayoría de veces brusco y vertiginoso, en el cual implosionan y se desintegran las estructuras de poder esenciales para su normal funcionamiento, desembocando en conflictos de una índole marcadamente anárquica, que pueden tener raíces religiosas, étnicas, político-separatistas, etno-separatistas o combinadas, generándose así conflictos identificatorios, que por sus inhumanos e irracionales métodos resulta pertinente describirlos. En estos enfrentamientos se busca por todos los medios desaparecer a los adversarios identificándolos por su apariencia étnica y/o religiosa. Tal como apunta Bernard Oberson “el objetivo de los conflictos de “identidad” es de excluir al otro mediante una práctica denominada “limpieza étnica”, que consiste en desplazar a la fuerza a la población o exterminarla. [...] Se desarrolla a causa de una espiral de propaganda de miedo, de violencia y de odio, una dinámica tendiente a consolidar la noción de grupo, en detrimento de la identidad nacional existente, y a excluir posibilidad de cohabitación con otros grupos.”³

Podemos así identificar estados desestructurados y consecuentemente conflictos desestructurados en Bosnia-Herzegovina, Croacia o Kosovo caracterizados por las execrables prácticas de la “limpieza étnica” o el genocidio en Ruanda u otros conflictos en la República democrática del Congo, Sierra Leona, Somalia, Liberia, Burundi, Chechenia, Tayikistán, Abkasia, Alto Karabaj, etc, que en mayor o en menor medida expresan tal como sostiene François Bugnion: “con el fin de la guerra fría, la naturaleza y la tipología de los conflictos armados a los que se enfrenta nuestra época se vieron también transformados y, a causa de

ello, se transformaron las condiciones de aplicación del Derecho Internacional Humanitario.”⁴ Así Bugnion arriba a una conclusión muy esclarecedora: “sería ilusorio creer que bajo el imperio de la guerra fría la acción humanitaria era más fácil o que el derecho humanitario fuese más respetado. Las dificultades con las que se topaba la acción humanitaria eran diferentes de las que enfrentamos hoy, pero no eran menores.”⁵

2 - CARACTERÍSTICAS DE LOS CONFLICTOS DESESTRUCTURADOS

Como señaló con toda claridad Boutros Boutros Ghali al referirse en marzo de 1995 a los rasgos de estos enfrentamientos, “Una característica de estos conflictos es el colapso de las instituciones estatales, especialmente las policiales y las judiciales; con la parálisis resultante del gobierno, la ruptura de la ley y el orden y el bandidaje y el caos generalizados no sólo se suspenden las funciones del gobierno sino que se destruyen o saquean sus bienes y los funcionarios experimentados son asesinados o huyen del país.”⁶

Podemos agregar que con la desintegración de los organismos de seguridad estatales se produce lo que Daniel Thürer lúcidamente identifica como “una privatización del Estado o, en realidad, su criminalización, en la que los ‘funcionarios’ están implicados en el comercio de estupefacientes y el tráfico de armas. Aquí queda destruido el monopolio del poder como función esencial del Estado y la sociedad vuelve a su situación primitiva de *bellum omnium contra omnes* postulada por Hobbes.”⁷

Asimismo un componente que es necesario identificar para comprender la gravedad de estos conflictos es destacado por Thürer: “el salvajismo y la intensidad de la violencia empleada”, concluyendo luego correctamente que “estos conflictos internos están caracterizados por una dinámica propia muy impredecible y explosiva, así como por una radicalización de la violencia, cuya irracionalidad contrasta manifiestamente con el uso de la fuerza militar, dirigida políticamente y escalada.”⁸ En esta parte, debe destacarse que estos conflictos internos eventualmente pueden mudar hacia conflictos internos internacionalizados haciéndose más compleja la aplicación del derecho internacional humanitario.

Otra característica que expresa François Bugnion es que “la multiplicación de facciones y grupos armados se traduce en el desmoronamiento de todos los servicios públicos [...], debiéndose tener en cuenta funestas consecuencias que este hecho significa para la población civil”.⁹

Finalmente, expondremos una característica que fluye del Documento Preparatorio del CICR para la 1ª Reunión Periódica sobre el Derecho Internacional Humanitario realizada en Ginebra a mediados de enero de 1998, al poner en relieve que, al colapsar la autoridad política del estado, los enfrentamientos armados subsiguientes revisten un carácter marcadamente anárquico, consiguiendo a partir de esta situación de caos total, desapareciendo la disciplina en las tropas, emergiendo una multitud de milicias, facciones o clanes armados y pudiéndose llegar a extremos en los cuales cada combatiente sea su propio jefe, situación dramática que se detallará más adelante, y que dificulta supremamente la difusión y la observancia de las normas del DIH.

3 - LOS CONFLICTOS DESESTRUCTURADOS Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Un aspecto primordial a tener en cuenta en este punto se refiere a la responsabilidad internacional de los Estados. En este aspecto coinciden muchos autores y el propio Comité Internacional de la Cruz Roja respecto a que los actos más execrables implican siempre la responsabilidad de un Estado o de un grupo organizado. A partir de esta situación quedaría perfectamente establecido que los Estados “desestructurados” continúan siendo reconocidos como Estados y por tanto sujetos de Derecho Internacional; consecuentemente, se encuentran plenamente vigentes las obligaciones emanadas de los tratados internacionales de los cuales son partes.

Por lo tanto, aún si las estructuras estatales se encuentran colapsadas y tal como ha sostenido reiteradamente la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en una serie de documentos respecto a la responsabilidad de los Estados, relativos a la atribución al Estado de ciertas conductas llevadas a cabo ante la falta de representantes estatales, “Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de una persona o de un grupo de personas si esa persona o ese grupo de personas ejercía de hecho atribuciones del poder público en ausencia o defecto de las autoridades oficiales y en circunstancias tales que requerían el ejercicio de esas atribuciones.”¹⁰

Sin embargo y tal como podrá inferir el lector, dadas las características y móviles de los conflictos desestructurados, los problemas para la aplicación del

Derecho Internacional Humanitario a este tipo de conflictos armados resultan particularmente complicados frente a lo que François Bugnion vislumbra como la “la aparición de nuevos actores que no aceptan estar obligados por el Derecho Humanitario.”¹¹ Sin embargo, de entrada se dirá, concordando con varios tratadistas sobre el tema, que la clave al respecto se encuentra en el artículo tres común a los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949.

Sobre este punto se citará a Bernard Oberson quien argumenta con plena convicción que

el artículo tres común se impone a todos los grupos armados, sublevados o no, para que respeten a quienes hayan depuesto las armas y a quienes no participen en las hostilidades, por ejemplo, las personas civiles[...] las cuestiones esenciales con respecto a la aplicabilidad del artículo 3 en los conflictos “desestructurados” son: a) por una parte saber si las fracciones que actúan en este tipo de conflicto son “partes en conflicto” y, b) por otra parte, determinar si las hostilidades entre esas facciones tienen la intensidad y la forma de un conflicto armado.¹²

Así, el artículo tres común que constituye un miniconvenio central para el DIH, en el cual se establecen mínimos de humanidad para los casos de conflictos armados no internacionales que se desarrollen en el territorio de los Estados Partes. Señalándose luego una condición esencial de este formidable dispositivo jurídico multilateral en cuanto que cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar como mínimo, para enumerar a continuación un conjunto de personas protegidas. Estableciendo también una serie de prohibiciones y obligaciones con respecto a estas personas protegidas, entre las que se estipula: no a atentados contra la vida y la integridad personal, no a la práctica de la tortura, no a la toma de rehenes, exigencias de garantías referidas al principio del debido proceso, trato humano para prisioneros, heridos y enfermos. En esta parte debemos recordar que las reglas del Derecho Internacional Humanitario que regulan los conflictos armados internos, en este caso el artículo tres común, hacen responsables de su cumplimiento por igual a los Estados como a las facciones, a los grupos o a los individuos.

En este orden de ideas queda perfectamente claro que el artículo tres común, tal como razona Thürer, con quien se debe estar de acuerdo, precisa que

Por consiguiente, cuando se analiza la posible pertinencia del derecho internacional humanitario en los conflictos armados en “Estados desestructurados”, pensamos primordialmente en el artículo tres común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949. A diferencia del Protocolo II, esta

disposición no tiene la intención exclusiva de aplicarse a situaciones de guerra civil, en las que fuerzas rebeldes se enfrentan al Gobierno para tomar el poder para sí mismas o para escindir el Estado. Los conflictos entre grupos de la misma población caen también en el ámbito de aplicación del artículo 3. Al mismo tiempo, hay que tener presente que, de conformidad con los términos de esta disposición, los enfrentamientos deben haber alcanzado el umbral de “conflicto armado” y que la disposición misma es sólo aplicable a las partes en conflicto. No obstante, estas exigencias han de entenderse en un sentido amplio cuando se trata de su aplicación práctica.¹³

Asimismo, el Consejo de Seguridad en reiteradas resoluciones ha instado a todas las partes involucradas en estos conflictos a respetar el Derecho Internacional Humanitario, reconociendo implícitamente que las hostilidades relacionadas con la desintegración del Estado constituyen conflictos armados y que las tragedias provocadas por los conflictos desestructurados configuran una amenaza para la paz mundial, dentro de los presupuestos del artículo 39 de la Carta de San Francisco.

Por su lado, la Corte Internacional de Justicia en 1986, en el caso relativo a actividades militares y paramilitares dentro y contra Nicaragua, dejó debidamente establecido que las disposiciones del artículo tres común, en la medida que reflejan “consideraciones elementales de humanidad”¹⁴, se aplican no sólo en caso de conflicto armado sino en toda situación en virtud del Derecho Internacional Consuetudinario. Así pues, no cabe duda de que las normas del artículo tres común se aplican en los casos de “conflictos desestructurados”. Por lo tanto, al ser aplicables estas disposiciones, todas las personas pertenecientes a una facción o a un grupo tienen la obligación de respetarlas.

4 - ACERCA DE LOS DESAFÍOS Y DILEMAS PARA IMPLEMENTAR EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO EN LOS CONFLICTOS DESESTRUCTURADOS

Podría pensarse que estando muy claro cuáles son los dispositivos del derecho internacional humanitario aplicables a los conflictos desestructurados el asunto estaría resuelto. Lo cierto es que, teniendo en

cuenta las particulares características de estos enfrentamientos, descritas concisamente líneas arriba, los problemas para su aplicación eficaz o implementación efectiva resultan muy difíciles y riesgosos. Esto porque, tal como se expresó anteriormente, aparecen actores que no aceptan estar obligados por el Derecho Internacional Humanitario y que en muchos casos no reconocen la inmunidad de los funcionarios de la Cruz Roja Internacional y de la Media Luna Roja. En buena cuenta las organizaciones humanitarias ya no encuentran interlocutores válidos.

En relación a toda esta problemática Oberson admite que

la aplicación de ese derecho es más difícil en este tipo de conflictos. La falta de disciplina de algunos contendientes, el armamento en poder de la población civil como consecuencia de la proliferación de armas, la cada vez más confusa distinción entre combatientes y no combatientes, [...] en este tipo de situaciones hay que desplegar esfuerzos para dar a conocer el derecho humanitario. Por supuesto, el hecho de conocer mejor las normas de Derecho Internacional Humanitario no va a resolver el fondo que conduce el conflicto, pero puede mitigar sus mortíferas consecuencias.¹⁵

Revisando el ya referido Documento Preparatorio CICR, fechado en enero del 1998, se pueden apreciar cabalmente los problemas que afrontan los miembros del Comité Internacional de la Cruz Roja en el desarrollo del mandato recibido. Resulta así que

Los agentes humanitarios se ven obligados a multiplicar y a conservar los contactos con cada una de las diferentes facciones y con una multitud de interlocutores, para aprehender el contexto en el cual los agentes humanitarios han de actuar [...] Cuando más fragmentado esté el territorio a causa de la lucha entre facciones, tanto menos la población civil tendrá oportunidades para reconocerse en la facción localmente dominante y, por consiguiente, para poder permanecer en su lugar de origen, lo que ocasiona desplazamientos masivos, tanto en el interior de las fronteras nacionales (desplazados internos) como hacia el exterior (refugiados).¹⁶

En tal sentido, como ya se expresó en la caracterización de este tipo de conflictos, los agentes humanitarios deben afrontar situaciones riesgosas. “En medio del ambiente de desorden, la disciplina de las tropas desaparece y, en los casos extremos, cada combatiente es su propio jefe. La difusión de las normas de comportamiento militar en tales contextos es difícil. Con cada vez más frecuencia hay que llegar a un público tan amplio y heterogéneo como sea posible

y convencer a cada individuo por lo que atañe al fundamento del mensaje”.¹⁷

Surge así una consecuencia preocupante en este tipo de conflictos, que pondría en entredicho no solamente los aspectos formales sino el contenido mismo de las actividades de difusión. Resulta entonces aleccionador comprobar que la dinámica que mueve a estos conflictos desestructurados resulta tan poco convencional que termina afectando de manera significativa un mecanismo tan importante como la difusión de las reglas humanitarias.

Más adelante se pone de manifiesto situaciones inquietantes tales como que

La desestructuración de las facciones y sus milicias hacen que la distinción entre combatientes y civiles resulte cada vez más ardua, e incluso imposible. Ello ha planteado siempre un problema en los conflictos internos, en especial porque cierto tipo de guerrilla hacía de su base social – las “masas populares” – una importante base para su combate. En los conflictos “desestructurados”, se agrava este fenómeno, porque las milicias están, en la mayoría de casos, mezcladas con las personas civiles, a menudo sin uniforme ni signo exterior distintivo alguno. Esta situación origina una dificultad suplementaria para las organizaciones humanitarias que cada vez tropiezan con más obstáculos para lograr que solamente civiles se beneficien de la asistencia humanitaria.¹⁸

Otro aspecto muy espinoso para los organismos humanitarios reside en el hecho de “que la anarquía como producto de la desintegración socava los valores que son el fundamento de la acción humanitaria y del Derecho Internacional Humanitario. En este contexto de desestructuración han aparecido intereses, tangibles e inmediatos. Son económicos y coinciden con los intereses personales de los jefes de facción”¹⁹.

En cuanto a las modalidades de provisión de fondos para este tipo de conflictos y su impacto en las acciones humanitarias se hace patente que

Los conflictos internos que durante los años de guerra fría eran frecuentemente financiados desde el exterior tienden más bien actualmente hacia una economía de guerra de tipo autárquico basada en el robo y en el contrabando. Esta situación entraña una fragmentación de los movimientos de guerrilla, que la ayuda exterior había considerado, a menudo artificialmente unidos. Cuando una guerrilla o una facción sólo cuenta para subsistir con el robo y el contrabando, cae en una lógica de la delincuencia, según la cual cada pequeño grupo

y hasta cada individuo actúa por su propia cuenta.²⁰

Se agregaría otra modalidad de recolección de ingresos tal como es el tráfico ilícito de estupefacientes.

Al final, se destacan dos aspectos importantes que deben ser tomados muy en cuenta ante las crisis humanitarias emergentes en el África subsahariana y en el Oriente Medio. “Las organizaciones humanitarias se ven con frecuencia obligadas a sustituir a las estructuras o a los servicios del Estado que ya no existen.[...] Llegada la implosión de las estructuras estatales, aparece una situación paradójica: la acción humanitaria es, a la vez, más necesaria y más difícil, incluso puede resultar imposible.”²¹

Así, el asunto de fondo pasaría por las vías, métodos y mecanismos, con los que cuentan los integrantes de la Cruz Roja Internacional o la Media Luna Roja para implementar el Derecho Internacional Humanitario y garantizar efectivamente los derechos de las personas no involucradas en los combates. En este escenario muchos argumentan que no quedarían otras opciones que las de mediano y largo plazo, tales como las medidas de prevención, los esfuerzos nacionales de implementación. En estas acciones no debería descartarse la posibilidad de difundir las reglas del DIH a través de los medios de comunicación masiva. Ya que como se ha podido apreciar, la difusión presencial de estos principios comportan al interior de la dinámica irracional que configuran estos conflictos, riesgos de una magnitud a veces inaceptable para los agentes humanitarios.

Cabría en este punto considerar pertinente, frente a la actual situación mundial, proponer que la comunidad internacional y la sociedad civil global, en forma similar al “Decenio de las Naciones Unidas para la Educación en la Esfera de los Derechos Humanos” iniciado en enero de 1995 y que culminará en diciembre del 2004”, asuman y se comprometan en la implementación de un decenio para la educación en la esfera del Derecho Internacional Humanitario.

Un mecanismo represivo y disuasorio debidamente implementado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, teniendo como base los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto, y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, es aquel que mediante la célebre Resolución S/RES/827 (1993) del 25 de mayo de 1991 aprueba el correspondiente Estatuto, creando el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de violaciones graves al Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, al que sigue en 1994 el establecimiento de un Tribunal similar para reprimir

penalmente las graves infracciones cometidas por individuos contra el DIH en Ruanda.

En este contexto, tribunales internacionales han ventilado casos paradigmáticos que nos permiten contar hoy con una jurisprudencia fundamental relacionada con crímenes execrables cometidos al interior de conflictos desestructurados, tales como el Fiscal contra Tadic alias “Dule”, el Fiscal contra Milan Martić ante el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Fiscal contra Jean-Paul Akayesu, un alcalde de la comuna de Taba en Ruanda acusado de Genocidio, Crímenes contra la Humanidad y violaciones del artículo tres común a las Convenciones de Ginebra ante el Tribunal de Arusha. Estos casos se encuentran estupendamente analizados por Marco Sassoli y Antoine A. Bouvier, en su obra “How Does Law Protect in War?”.

Todos estos grandes esfuerzos de la comunidad internacional para desarrollar la noción de jurisdicción universal y la elaboración de reglas internacionales de procedimiento y prueba desembocarían en julio de 1998 con un acontecimiento que para muchos era un sueño, que se haría realidad a finales del siglo XX con la creación de la Corte Penal Internacional. El Estatuto de Roma cristaliza un amplio catálogo de ilícitos penales, en el que sistemáticamente se incorporan una serie de conductas y prácticas funcionales a los conflictos desestructurados, comprendidos en los artículos 6, 7 y 8 relativos a Genocidio, Crímenes de lesa humanidad y Crímenes de guerra y, eventualmente el Crimen de agresión.

Pese a todos los tropiezos e inconvenientes, principalmente de carácter político, la entrada en funciones de la Corte Penal Internacional ha abierto una nueva etapa en lo concerniente a la responsabilidad penal de los individuos. Implicando que, de aquí en adelante, este órgano jurisdiccional supranacional se convertirá en uno de los ejes para la aplicación y la implementación del derecho humanitario a los conflictos que hasta aquí venimos tratando.

Una de las opciones, o mejor dicho, de los dilemas para la implementación eficaz del Derecho Internacional Humanitario a los conflictos desestructurados es, aunque resulte paradójico, el uso de la fuerza para prevenir o poner fin a las infracciones graves que se cometan contra éste, a través de organizaciones multilaterales universales o regionales. Sin embargo, estas operaciones o campañas militares “humanitarias” son realmente complejas en sus objetivos y métodos. Si se tienen presentes las acciones de este tipo en Bosnia-Herzegovina o no hace mucho en Kosovo, donde los sistemas de armas utilizados para realizar los ataques, al margen que fueran de alta tecnología y del cuidado con los que fueron usados,

causaron un gran número de bajas entre la población civil y graves daños a los bienes e infraestructura civiles, afectando a estos sectores más que a las fuerzas militares contra quienes iban dirigidos.

Cerrando esta parte, resultan muy puntuales las reflexiones formuladas sobre este grave dilema por François Bugnion en cuanto que

no es posible dejarse de interrogar sobre la relación entre los sufrimientos que pretendía evitar esta intervención armada y los que efectivamente engendró el uso de la fuerza. En esta sangrienta aritmética, el análisis no puede limitarse a contabilizar únicamente a las víctimas de la operación. Habrá que tener en cuenta, igualmente, los efectos a más largo plazo, así como los que hubiera ocasionado la inacción, efectos estos imposibles de cuantificar. [...] El empleo del término humanitario para calificar e incluso para justificar el recurso a la fuerza de las armas plantea igualmente preguntas delicadas que no pueden dejar de preocupar a las organizaciones humanitarias cuyas posibilidades de acción dependen del consentimiento de las partes en conflicto.²²

SEGUNDA PARTE

TERRORISMO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

1 - ANTECEDENTES Y NOCIONES BÁSICAS

Se comenzará esta parte diciendo que el terrorismo y en especial el terrorismo internacional es ante todo un mecanismo de bajo costo para atacar a un adversario sin recurrir a un conflicto abierto. De allí la muy difundida y peligrosa recurrencia a esta práctica que, convertida en estrategia, ha sido llevada en los últimos tiempos a extremos insospechados. Para visualizar a nivel mundial lo extendido del fenómeno se ha considerado conveniente incluir la relación de organizaciones terroristas elaborada por la Oficina Contra el Terrorismo del Departamento de Estado Norteamericano, la cual figura en el cuadro 1.

Como se destaca con precisión en el Informe del Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo de agosto del 2002 y que denominaremos en lo sucesivo Informe del Grupo Asesor, “El terrorismo es esencialmente un acto político. Su finalidad es infligir

daños dramáticos a civiles, y crear una atmósfera de temor, generalmente con fines políticos o ideológicos (ya sean seculares o religiosos). El terrorismo es un acto delictivo, pero se trata de algo más que simple delincuencia. Para superar el problema del terrorismo es necesario comprender su carácter político y también su carácter básicamente criminal y su psicología.”²³

En tal sentido y como se resalta en el editorial de la Revista Internacional de la Cruz Roja de septiembre del año pasado,

Al parecer, los ataques del 11 de septiembre fueron planificados, organizados, financiados y ejecutados por una entidad no estatal. Han puesto de manifiesto que ciertos protagonistas, distintos de los Estados –organizaciones pero también individuos–, pueden afirmar su poderío de una manera que hasta el presente era privativa de los Estados[...] se evidencia que se ha superado el modelo según el cual los Estados soberanos son los únicos creadores y sujetos del derecho internacional. La distinción entre derecho internacional y derecho interno se ha vuelto poco clara en numerosos ámbitos entre los que se cuenta el derecho humanitario; los individuos se han convertido en protagonistas importantes del derecho y hacen sentir su influencia en el orden jurídico internacional[...] han aparecido actores no estatales en la escena internacional, bajo formas inéditas, [...] incluyen desde sociedades transnacionales hasta organizaciones humanitarias, desde organismos científicos hasta organizaciones terroristas, caso en el que las fronteras pueden ser, a veces, particularmente difusas.²⁴

Ante una amenaza de tal magnitud uno de los problemas con respecto al terrorismo y en especial respecto al terrorismo transnacional y que en buena cuenta establecería con nitidez las obligaciones de los Estados para afrontar este fenómeno es que hasta la fecha y tal como se señala en el reciente y muy completo Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en adelante denominaremos Informe de la CIDH, “no ha habido consenso internacional en torno a una definición completa del terrorismo dentro del derecho internacional [...] En el mejor de los casos, como queda reflejado en el artículo 2 de la Convención Interamericana contra el Terrorismo, podría decirse que la comunidad internacional ha identificado ciertos actos de violencia que generalmente constituyen formas particulares de terrorismo.”²⁵ Cabe tener en cuenta sobre esta situación y tal como lo señala Joaquín Alcaide Fernández “[...] la conexión entre terrorismo y las luchas de los pueblos por su libre determinación se erigió en el mayor escollo que ha debido superar la comunidad internacional.”²⁶

Sin embargo, estas divergencias a nivel de la comunidad internacional no han impedido, como se podrá ver más adelante, la estructuración de un conjunto de instrumentos multilaterales para confrontar al terrorismo internacional, que se remonta incluso a la Liga de las Naciones, y que se traducen en un conjunto de resoluciones de las Naciones Unidas que van desde la resolución 3034 (XXVII9), pasando por las resoluciones 40/61, 49/60 y 51/210 hasta arribar a la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad, que se constituyó en la reacción jurídica de la comunidad internacional en el marco de la Carta de las Naciones Unidas a los ataques del 11 de septiembre. Esta resolución tanto por el amplio mandato y los alcances que contiene se acerca mucho a un tratado internacional contra el terrorismo que dado el imperativo del momento no era compatible con los procedimientos ordinarios para la elaboración de este tipo de instrumentos. Asimismo, se debe tener en cuenta los 19 tratados universales y regionales que buscan contrarrestar una serie de manifestaciones del terrorismo internacional, los cuales se consideran en el cuadro 2.

Pero, a pesar de estos esfuerzos, el reto planteado por las últimas manifestaciones del terrorismo internacional son de tal envergadura que, como bien señala el Informe de la CIDH

[...]ataques terroristas como los consumados contra los Estados Unidos sugieren que las hipótesis relacionadas con el terrorismo moderno deben de ser revaluadas para reconocer que ciertos grupos terroristas, probablemente con apoyo o aquiescencia de ciertos Estados, han obtenido acceso a recursos financieros y tecnológicos que les permiten operar a escala multinacional y perpetrar actos de destrucción masiva a escala sin precedentes. Estos hechos se han sumado a una evolución en los objetivos de estos mismos grupos de destruir determinadas sociedades a nivel internacional.²⁷

Quedaría entonces perfectamente delineada la complejidad del fenómeno del terrorismo moderno o si se quiere postmoderno, que debe encarar tanto el derecho internacional como el derecho humanitario. Así los grupos terroristas, a partir de ideologías religiosas fundamentalistas, principalmente islámicas, y en lo que constituye una gran paradoja, manejan con gran destreza los mecanismos de la globalización, en especial el gran vehículo de este proceso, como son las telecomunicaciones, pero también herramientas financieras, corporativas y logísticas de última generación.

De esta manera y en un ambiente suprarrealista, los grupos terroristas adscritos al fundamentalismo

islámico utilizan técnicas muy refinadas como la *networking* (conexión de redes), que les permiten coordinar acciones a escala global o el *swarming* (actuar como un enjambre), mecanismo mediante el cual pueden concertar con anticipación las actividades de sus integrantes diseminados en diferentes lugares, para dirigirse de consuno sobre determinados objetivos y luego dispersarse ordenadamente. Las incertidumbres aumentan, si a lo anteriormente explicitado le sumamos la posibilidad que estos grupos accedan a armas de destrucción masivas o tecnologías conexas nucleares, biológicas o químicas.

2 - LAS NUEVAS ESTRATEGIAS DEL TERRORISMO INTERNACIONAL Y LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

Si bien es cierto que los actos terroristas en especial los ejecutados el 11 de septiembre del 2001, deben considerarse como una negación a los derechos humanos y por lo tanto un atentado contra los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas, también no es menos cierto que las respuestas de los Estados contra estos ataques terroristas deben respetar las obligaciones internacionales asumidas por éstos en materia de derechos humanos y si fueran militares las relativas al derecho internacional humanitario

En este punto se hace necesario poner de manifiesto que la Carta de las Naciones Unidas, de acuerdo al principio enunciado en su artículo 2.4, proscribiera el uso de la fuerza en el derecho internacional contemporáneo. Sin embargo, se deja expedito a los Estados el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva en caso de un ataque armado contenido en el artículo 51 del referido instrumento. Los problemas surgen cuando el supuesto del aludido artículo 51 consideraría que el ataque armado aún de carácter terrorista sea perpetrado tan sólo por otro Estado, que estaría vulnerando los principios de prohibición del uso de la fuerza y de no intervención. En relación a este aspecto y poniendo en evidencia la lógica westfaliana que recorre todo el asunto, Alcaide Fernández deja establecido que “el nudo gordiano de la aplicabilidad o adecuación de la legítima defensa como respuesta al terrorismo internacional radica en sí, y en qué medida, los actos y actividades terroristas, o más precisamente la implicación de un Estado en esos actos y actividades puede considerarse un ataque armado.”²⁸

En este complejo y controversial marco jurídico y doctrinario se producen los devastadores ataques del 11 de septiembre en las ciudades de Nueva York y Washington, perpetrados por la organización terrorista Al Qaeda, un grupo privado con presencia multinacional que, tal como se resalta en el editorial de septiembre de 2002, “son el símbolo mismo de la “guerra asimétrica”: pilotos no profesionales, armados con cuchillos de bolsillo, atacaron a la mayor potencia militar del mundo, que posee un enorme arsenal de armas sofisticadas y de defensas contra misiles y les infligieron graves daños.”²⁹

La comunidad internacional responde, como ya se dijo, mediante la resolución 1373 del Consejo de Seguridad. Sin embargo, el estado afectado considera que no es suficiente. La Administración Bush, alegando el derecho de legítima defensa, que como se ha visto, sólo operaría contra Estados y no contra grupos no estatales, diseña una respuesta militar unilateral de carácter global denominada “guerra contra el terrorismo” que, en buena cuenta, pone en contexto un nuevo tipo de guerra internacional entre individuos o grupos particulares y Estados. Y que en esencia connota que, al tener que enfrentar a una organización terrorista transnacional, conformada por una red de entidad desconocida y considerables recursos financieros, los Estados Unidos pueden llevar esta guerra de características multidimensionales a cualquier parte del mundo, donde sus imperativos de seguridad nacional o simplemente sus intereses de hiperpotencia así lo consideren.

Respecto a esta respuesta militar unilateral, Alcaide Fernández sostiene muy puntualmente que “La legítima defensa difícilmente podría, por tanto, justificar el recurso unilateral de la fuerza para luchar contra el terrorismo internacional. No obstante, dado que las represalias armadas son hoy contrarias al principio de prohibición del recurso de la fuerza y al de no intervención, al ser parte del contenido normativo común a ambos principios, los Estados alegan la legítima defensa para enmascarar medidas que, en realidad, no serían otra cosa que represalias armadas.”³⁰

Esta “guerra contra el terrorismo” se inicia contra Afganistán, cuyo gobierno supuestamente daba refugio a algunas estructuras de Al Qaeda y a su líder Osama Bin Laden, presunto responsable de los atroces eventos del 11 de septiembre. Este país, muy afectado por conflictos de baja intensidad desde los años setentas, era gobernado por un régimen islámico fundamentalista no reconocido por la comunidad de estados. Esta confrontación resulta una expresión nítida de “guerra asimétrica” donde no existe punto de comparación entre los contendientes, la mayor fuerza militar de la historia por un lado contra las precarias milicias Talibán.

Según lo que hasta aquí se expone, se puede apreciar que las nuevas estrategias implementadas por

el terrorismo internacional han puesto en jaque a la comunidad internacional, que hasta ese momento estimaba inviable que actores no estatales estuviesen en condiciones de lanzar con algún éxito ataques armados, perfectamente concertados y simultáneos y de una envergadura que no tiene precedentes.

Pero, por otro lado, se dirá finalmente que estas acciones han provocado represalias radicales, a una escala también sin precedentes de los sectores más conservadores del país atacado, poniéndose sobre el tapete aspectos medulares, como deja en claro el Editorial de la revista arriba mencionada

[...] la cuestión del delicado equilibrio entre los intereses del Estado en materia de seguridad y las cuestiones humanitarias.(...) existe el riesgo de que una nueva percepción del equilibrio entre ventajas e inconveniente en la guerra contra el terrorismo modifique el modo en que los estados interpretan el derecho. Para luchar contra enemigos que no son sus iguales, los Estados podrían verse tentados a recurrir a medios de guerra asimétricos y a reintroducir métodos de guerra privada e ilimitada.³¹

Lo cual, como se podrá inferir, ya está afectando las reglas internacionales humanitarias sobre conducción de hostilidades y sobre la protección de las víctimas de la guerra.

3 - LA “GUERRA CONTRA EL TERRORISMO” Y LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Tal como se ha venido señalando, las consecuencias originadas por los ataques terroristas perpetrados contra los Estados Unidos de América y la subsiguiente “guerra contra el terrorismo” han significado un duro test respecto a los principios y las normas que conforman el Derecho Internacional Humanitario.

En ese sentido, el ya aludido Editorial señala la magnitud de los desafíos que debe confrontar el DIH al subrayar que

Se puede poner en duda la concepción según los ataques efectuados el 11 de septiembre contra Estados Unidos constituyen un conflicto armado entre ese país y Al Qaeda, pues, aunque causaron la muerte de miles de personas, fueron un acto aislado. Un año después de ese terrible

ataque la situación se ha vuelto más compleja. Los atentados ya no se consideran un hecho puntual, sino parte de un proceso iniciado varios años antes. Pero, como la red terrorista no puede identificarse en un territorio en particular, sino que está activa en todo el mundo a partir de estructuras indefinidas, la lucha contra tal organización y la tarea de determinar el marco jurídico aplicable a este contexto se vuelven complicadas.³²

Sin embargo, iniciadas las represalias armadas, de gran alcance y evidentes connotaciones internacionales, contra los presuntos responsables de los referidos ataques, y tal como se remarca en el editorial de la Revista ICR, “La guerra contra el terrorismo implica varias medidas, además del recurso de la fuerza. No obstante si se hace bajo la forma de una operación militar, está regida por el Derecho Internacional Humanitario”. Lo cual es absolutamente coherente con el hecho que el Derecho Internacional Humanitario en tanto que *jus in bello* se aplica a los conflictos armados, al margen que éstos sean lícitos o no, tanto respecto al desarrollo de las hostilidades como prestando asistencia y apoyo humanitario a las víctimas de la guerra.

En esta parte, debemos recordar un aspecto importante, como bien se señala en el Informe de la CIDH, “el derecho internacional en materia de derechos humanos rige directamente el comportamiento de los Estados y de sus agentes. En consecuencia, ciertas violaciones de tales normas por el Estado pueden implicar la responsabilidad de éste. El Derecho Internacional Humanitario también rige el comportamiento de los Estados y de sus agentes, pero, además, el de los actores que no son Estados, pues se aplica igualmente y obliga a todas las partes en el conflicto.”³³

Así, en el desarrollo de los asimétricos combates en Afganistán, que pusieron al descubierto las enormes diferencias entre los adversarios, se les reconoció a los integrantes de las milicias Talibán, con muchos reparos, el principio de igualdad de los beligerantes no así a los miembros de Al Qaeda por considerarlos terroristas. Esto pese a haberse producido duros enfrentamientos armados que involucraron a las tropas estadounidenses o a sus aliados afganos con combatientes del referido grupo. El móvil resultaría evidente, los norteamericanos no querían tener ningún tipo de ataduras para interrogar a los detenidos y disponer libremente el lugar y las condiciones del confinamiento, lo cual no hubieran podido a hacer en ningún caso de aplicarse las Convenciones de Ginebra. Consecuentemente, los miembros de Al Qaeda que enfrentaron a los norteamericanos no son considerados ni como prisioneros de guerra, ni “combatientes ilegales” ni

civiles, quedando insólitamente sin definirse su *status* jurídico, siendo trasladados a la base militar de Guantánamo-Cuba y a otras instalaciones militares. Sin embargo, no debe perderse de vista que los Estados Unidos de América son parte de los Convenios de Ginebra de 1949; consecuentemente, tienen obligaciones que cumplir al respecto, como ya vimos anteriormente.

Sobre este tema Hans-Peter Hasser, conocido experto sobre el tema, en su muy reciente trabajo titulado “Acts of terror, “terrorism” and international humanitarian law”, realiza una interesante retrospectiva histórica que nos permite tener una visión más amplia sobre la situación antes descrita, resaltando que

En verdad, los Estados Unidos tuvieron que resolver problemas similares durante la Guerra de Vietnam donde el personal capturado perteneciente bien a las fuerzas armadas de Vietnam del Norte o los miembros del Vietcong no reconocidos como combatientes por el derecho de guerra. El comando militar estadounidense en Vietnam adoptó los siguientes lineamientos: el personal militar capturado perteneciente a las fuerzas armadas de Vietnam del Norte fueron considerados bajo el *status* de prisionero de guerra; de acuerdo a la Tercera Convención de Ginebra, los miembros de unidades de la guerrilla del Vietcong fueron tratados como prisioneros de guerra –aunque sin ser considerados con el *status* de prisionero de guerra definido en la Tercera Convención de Ginebra– a condición que ellos fueran capturados comprometidos en una operación militar y, al mismo tiempo, estuvieran portando sus armas abiertamente. Ellos fueron considerados como “combatientes ilegales” reconocidos como personas que tomaban parte en las hostilidades. El uso de uniforme no era requisito para los lineamientos estadounidenses. Un Vietcong capturado cuando lanzaba una granada a un café del centro de Saigón era entregado a las autoridades vietnamitas para ser procesado como criminal o “terrorista”.³⁴

Contrastando lo consignado en la cita anterior con la posición asumida en meses pasados por el comando militar norteamericano en Afganistán, de no aplicar las reglas humanitarias, quedando en suspenso el *status* jurídico de muchos de los combatientes capturados como consecuencia de la “guerra contra el terror”, bien vale mencionar el Informe de la CIDH en el apartado que sostiene “sujeto a excepciones muy limitadas, las normas del Derecho Internacional Humanitario no son derogables. En consecuencia, los estándares mínimos prescritos en el marco del Derecho Internacional Humanitario no pueden ser suspendidos.”³⁵

En tal sentido no queda otro camino que coincidir con Gasser que la califica de asombrosa. Esta posición del Estado Norteamericano vulnera un precedente compatible con las obligaciones emanadas del derecho humanitario y de la costumbre humanitaria. Paralelamente a los hechos expuestos queda también establecido que el Derecho Internacional Humanitario no es un impedimento para combatir eficazmente a las diferentes manifestaciones terroristas, al constatarse que la Tercera y Cuarta Convenciones de Ginebra ofrecen una serie de categorías que permiten establecer correctamente el *status* de los participantes en un conflicto armado.

Así, cuando Estados Unidos reclaman nuevas normas de Derecho Internacional Humanitario que le permitan combatir con eficacia al terrorismo, pero sin aportar ninguna propuesta concreta, debe tenerse en cuenta que muchas normas que podrían perfectamente aplicarse en las actuales circunstancias ya se encuentran diseñadas y en plena vigencia, como es el caso del Protocolo Adicional Primero de 1977, en especial de su artículo 75 relativo a garantías fundamentales respecto al trato que les debe ser dispensado a las personas en poder de una parte en conflicto. Es pertinente indicar sobre este punto que el Protocolo Adicional I hasta la fecha no ha sido ratificado por dicho Estado.

La importancia fundamental del Protocolo Adicional Primero en los actuales enfrentamientos entre estados y actores no estatales es puesta de manifiesto en el Informe de la CIDH que sobre el punto sostiene

La Comisión también considera crucial a esta altura la importancia de determinar el *status*, dentro del Derecho Internacional Humanitario de las personas que participan en la violencia terrorista en el contexto de conflictos armados internacionales, pues es de ese *status* que derivará la *lex specialis* de las protecciones del Derecho Internacional Humanitario para esas personas. Específicamente, en los casos en que, en el contexto de un conflicto armado internacional, las personas participen directamente perpetrando actos de violencia terrorista o participando de alguna manera en ésta, pero no reúnan los requisitos de combatientes legítimos porque, por ejemplo no están autorizadas por una parte en el conflicto para participar en las hostilidades, como lo dispone el artículo 4 del Tercer Convenio de Ginebra, pueden ser correctamente consideradas combatientes ilegítimos. Si bien, como consecuencia de lo anterior, estas personas no calificaran para tener las protecciones del Tercer y Cuarto Convenio de Ginebra, tendrán no

obstante el derecho a las normas mínimas de protección previstas en el artículo 75 del Protocolo Adicional I.³⁶

Finalmente, se expondrá un hecho que en toda esta parte se ha tratado de dejar perfectamente establecido y que Hans Gasser resume de manera muy solvente: “El escrupuloso respeto del Derecho Internacional Humanitario en las campañas contra el terrorismo ayuda a fortalecer la determinación de cumplir y acatar el derecho en toda circunstancia [...] El respeto total al Derecho Internacional Humanitario en las operaciones antiterroristas es una contribución positiva para erradicar el terrorismo.”³⁷

A MODO DE CONCLUSIÓN

A lo largo de este trabajo, que trata de aproximarse a un nivel básico, a dos retos o desafíos cruciales que debe afrontar el Derecho Internacional Humanitario en los inicios del siglo XXI, se ha podido entrever la necesidad que este derecho debe ser conocido por todos y que las reglas vigentes sobre la materia deben ser escrupulosamente observadas por los actores tanto estatales como no estatales. En tanto que articula normas mínimas de humanidad creadas para regular la conducción de la guerra y proteger a las personas víctimas de las consecuencias atroces de los conflictos armados, sobre este punto se ha expresado en muchos foros que no vale de nada elaborar nuevas normas, si no se respetan las ya existentes, porque así las cosas nada garantizarían que las nuevas sí fuesen cumplidas.

Por otro lado, el Derecho Internacional Humanitario no es inmutable; si existen nuevas modalidades de conflictos armados, si existen vacíos o zonas grises para su aplicación, como en el caso de los complejos conflictos desestructurados, los conflictos internos internacionalizados o con respecto a las nuevas formas de guerra internacional que enfrentan individuos o grupos particulares y Estados, queda planteada la necesidad de diseñar dispositivos que los regulen. En todos estos casos la comunidad internacional está en plena capacidad de afrontar la tarea, porque los principios que informan al DIH así lo imponen.

Casi al final y por estimar que son muy pertinentes y sobre todo coherentes con lo tratado hasta aquí, se citarán algunos fragmentos de la intervención del Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja Jakob Kellenberger, con ocasión de la XXVI Mesa Redonda de San Remo, en la que sostiene dos aspectos medulares

Pacta Sunt Servanda es un principio básico tradicional del derecho internacional que quiere decir que las obligaciones internacionales contraídas deben cumplirse de buena fe. Según

este principio se debe intentar resolver los retos actuales en el marco jurídico existente, antes de instar a que se modifique. Cualquier otra acción podría despojar al derecho de su misma razón de ser, que es propiciar la conducción de las relaciones internacionales de manera predecible y ordenada [...] me parece legítimo preguntar hasta que punto es aún pertinente la distinción que se hace entre los conflictos armados internacionales y no los no internacionales, habida cuenta de la complejidad de los conflictos armados de hoy.³⁸

Dejando esto perfectamente establecido, Kellenberger concluye afirmando que

Los más de los expertos que analizan los conflictos actuales opinan que, en los principales tratados de Derecho Internacional Humanitario, las normas relativas a la conducción de las hostilidades y a la protección de las personas satisfacen las necesidades básicas de los individuos y de los pueblos atrapados en el torbellino de las guerras actuales. Creemos que estas normas serán pertinentes en las guerras del futuro, puesto que los valores fundamentales que han de salvaguardarse son intemporales.³⁹

Por último, debe quedar delineado, con toda claridad, que el Derecho Internacional Humanitario no puede erradicar el terrorismo. Es la falta de esperanza de justicia lo que crea la atmósfera ideal para que aparezca este complejo y letal fenómeno. Por lo tanto, resulta vital la búsqueda, dentro de plazos razonables, de niveles aceptables de justicia para todos. De igual manera, en el caso de los conflictos desestructurados, que sin duda son de naturaleza política, se hace necesario que la comunidad y la sociedad civil internacionales, concertando esfuerzos, los resuelva integralmente a través de medios políticos.

CUADRO N° 1 RELACIÓN DE ORGANIZACIONES TERRORISTAS EXTRANJERAS

Organización Abu Nidal
Grupo Abu Sayyaf
Brigada los Mártires Al-Aqsa
Grupo Armado Islámico
Asbat Al-Ansar
Aum Shinrikyo
Patria Vasca y Libertad ·
Grupo Gama'a al-Islamiyya
Movimiento de Resistencia Islámico Hamas
Harakat ul-Mujahidin

Hizballah (Partido de Dios)
Movimiento Islámico Uzbekistan (IMU)
Ejército de Mohammed (JEM)
Al-Jihab (Jihab Islámica Egipcia)
Kahane Chai (Kach)
Partido de los trabajadores de Kurdistan (PKK)
Ejército de los Justos (Lashkar-e-Tayyiba)
Liberación de los Tigres de Tamil
Organización Mujahedin-e Khalq (MEK)
Ejército de Liberación Nacional
Jihad Islámica Palestina
Frente de Liberación Palestina
Frente Popular para la Liberación de Palestina
Comando general – PFLP
Al-Qaeda
Ejército Republicano Irlandés (IRA)
Fuerza Armada Revolucionaria de Colombia (FARC)
Núcleo Revolucionario ELA
Organización Revolucionaria 17 de Noviembre
Frente y Ejército de Liberación Popular
Salafist Grupo de Llamado y Combate (GSPC)
Sendero Luminoso
Fuerzas de Autodefensa Unidas de Colombia

Fuente: Oficina de Contraterrorismo del Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, Washington DC, 27 de marzo de 2002.

Conforme a acuerdos celebrados entre los gobiernos estadounidense y español en el corto plazo sería incluida en esta relación la organización política vasca Batasuna supuestamente ligada al ETA.

CUADRO N° 2 TRATADOS MUNDIALES O REGIONALES RELATIVOS AL TEMA DEL TERRORISMO INTERNACIONAL

1. Organización de Aviación Civil Internacional, Convenio sobre las infracciones y ciertos otros actos cometidos a bordo de las aeronaves, firmado en Tokio el 14 de septiembre de 1963. Entró en vigor el 4 de diciembre de 1969.
2. Organización de Aviación Civil Internacional, Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970. Entró en vigor el 14 de octubre de 1971.
3. Organización de Aviación Civil Internacional, Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, firmado en Montreal (Canadá) el 23 de septiembre de 1971. Entró en vigor el 26 de enero de 1973.

4. Naciones Unidas, Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos, aprobada por la Asamblea General en su resolución 3166 (XXVIII), el 14 de diciembre de 1973. Entró en vigor el 20 de febrero de 1977 (Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1035, pág. 167);
5. Naciones Unidas, Convención internacional contra la toma de rehenes, aprobada por la Asamblea General en su resolución 34/146, del 17 de diciembre de 1979. Entró en vigor el 3 de junio de 1983 (Naciones Unidas, Treaty Series, vol. 1316, pág. 205);
6. Organismo Internacional de Energía Atómica, Convención sobre la Protección Física de los Materiales Nucleares, firmada en Viena y en Nueva York el 3 de marzo de 1980. Aprobada en Viena el 26 de octubre de 1979. Entró en vigor el 8 de febrero de 1987;
7. Organización de Aviación Civil Internacional, Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil internacional, hecho en Montreal (Canadá) el 23 de septiembre de 1971, firmado en Montreal el 24 de febrero de 1988. Entró en vigor el 6 de agosto de 1989;
8. Organización Marítima Internacional, Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. Aprobado en Roma el 10 de marzo de 1988. Entró en vigor el 1° de marzo de 1992;
9. Organización Marítima Internacional, Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental. Aprobado en Roma el 10 de marzo de 1988. Entró en vigor el 1° de marzo de 1992;
10. Organización de Aviación Civil Internacional, Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección. Firmado en Montreal (Canadá) el 1° de marzo de 1991. Entró en vigor el 21 de junio de 1998;
11. Naciones Unidas, Convenio internacional para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas, aprobado por la Asamblea General en la resolución 52/164, del 15 de diciembre de 1997. Entró en vigor el 23 de mayo de 2001;
12. Naciones Unidas, Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General en la resolución 54/109, el 9 de diciembre de 1999. Entró en vigor el 10 de abril de 2002;
13. Liga de los Estados Árabes, Convención árabe sobre la represión del terrorismo Firmada en El Cairo el 22 de abril de 1998. Entró en vigor el 7 de mayo de 1999;
14. Organización de la Conferencia Islámica, Convención sobre la lucha contra el terrorismo internacional. Aprobada en Uagadugú el 1° de julio de 1999. Todavía no ha entrado en vigor;
15. Consejo de Europa, Convención Europea para la Represión del Terrorismo Abierta a la firma en Estrasburgo (Francia) el 27 de enero de 1977. Entró en vigor el 4 de agosto de 1978;
16. Organización de los Estados Americanos, Convención para la prevención y represión de los actos de terrorismo encuadrados como delito contra las personas y actos conexos de extorsión de alcance internacional. Firmada en Washington, D.C. el 2 de febrero de 1971. Entró en vigor el 16 de octubre de 1973;
17. Unión Africana (anteriormente Organización de la Unidad Africana), Convención sobre la prevención y lucha contra el terrorismo. Aprobada en Argel el 14 de julio de 1999. Todavía no ha entrado en vigor;
18. Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional, Convención regional sobre la eliminación del terrorismo. Firmada en Katmandú el 4 de noviembre de 1987. Entró en vigor el 22 de agosto de 1988;
19. Comunidad de Estados Independientes. Aprobado en Minsk, el 4 de junio de 1999. Entró en vigor de conformidad con su artículo 22, Tratado de Cooperación entre los Estados Miembros para Combatir el Terrorismo.

Fuente: Informe del Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo, Ciudad de Nueva York, 6 de agosto de 2002.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín. “Las Actividades Terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo”, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.
- ASAMBLEA GENERAL – CONSEJO DE SEGURIDAD, A/57/273, S/2002/875. “Informe del Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo”, 1º de agosto de 2002.
- BOUTROS BOUTROS, Ghali, discurso de clausura del Congreso sobre Derecho Internacional Público en Nueva York, marzo 1995.
- BUGNION, François. “El Derecho Internacional Humanitario puesto a prueba por los conflictos de nuestros tiempos”, Revista Internacional de la Cruz Roja Nº 835, Ginebra, 30 de septiembre de 1999.
- Comentario del Protocolo I del 8 de junio de 1977 adicional a los convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Tomos I y II. Colombia: CICR y Plaza & Janés Editores. Enero 2001.
- Comentario del Protocolo II del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949. Colombia: CICR y Plaza & Janés Editores. Noviembre 1998.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Responsabilidad de los Estados. Proyecto de artículos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción. Ginebra abril – junio 1998, Nueva York julio – agosto 1998.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos” OEA/Ser.L/V/II.116, Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002.
- CONSEJO DE SEGURIDAD Resolución S/RES/1373(2001), aprobada en su 4385ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.
- COMTESE, Philippe. “¿Cómo reaccionar ante la nueva vulnerabilidad del personal humanitario?”, Revista Internacional de la Cruz Roja Nº 140.
- Documento preparatorio del Comité Internacional de la Cruz Roja para la primera reunión periódica sobre el Derecho Internacional Humanitario. Ginebra, del 19 al 23 de enero de 1998, “Los conflictos armados relacionados con la desintegración de las estructuras estatales”.
- Editorial de la Revista Internacional de la Cruz Roja, septiembre 2002, volumen 84 Nº 2002.
- Estatuto del Tribunal Internacional para Juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia, S/RES/827 del 25 de mayo de 1993.
- Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, S/RES/955 de noviembre de 1994.
- Estatuto de la Corte Penal Internacional, Estatuto de Roma aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas.
- FRIEDMAN, Thomas L. “The Lexus and the Olive Tree”, New York : Farrar, Straus Giroux 1999.
- GASSER, Hans-Peter. “Acts of terror, “terrorism” and international humanitarian law”. International Review of the Red Cross September 2002, volumen 84 Nº 847.
- GASSER, Hans-Peter. “Prohibición de los actos de terrorismo en el Derecho Internacional Humanitario”, Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, julio/agosto de 1986.
- KELLENBERG, Jacob. “El derecho Internacional Humanitario al comienzo del siglo XXI”, alocución ante la Mesa Redonda de San Remo sobre problemas actuales en el ámbito del DIH “Los Dos Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra 25 años después”, 4 de Noviembre de 2002.
- NAQVI, Yasmin. “Doubtful prisoner-of-war status”, International Review of the Red Cross, Volume 84 Nº 847, September 2002.
- OBERSON, Bernard. “Derecho Internacional Humanitario: Respuestas a sus preguntas”, Folleto del Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1º de mayo de 1998.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO y otros. “Derecho Internacional Humanitario”, Cruz Roja Española - Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario, Tirant Monografías, Valencia 2002.
- REINARES, Fernando. “Terrorismo y antiterrorismo”, Paidós, Barcelona 2000.

- Principios del Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nuremberg, tomado del Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad - Compendio de instrumentos internacionales pertinentes, ONU, A/CN.4/368, 13 de abril de 1983.
- SASSOLI, Marco & BOUVIER, Antoine A. "How Does Law Protect In War?", International Committee of the Red Cross, Geneva, April 1999.
- SWINARSKI, Christophe. "Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana", Instituto de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1991.
- SOHR, Raúl. "Las guerras que nos esperan", Ediciones grupo 2, Barcelona 2001.
- THÜRER, Daniel. "El Estado desestructurado y el derecho internacional", Revista Internacional de la Cruz Roja, N° 836, 31 de diciembre de 1999.
- WALDMAN, Peter y REINARES, Fernando. "Sociedades en Guerra Civil", Paidós, Barcelona 2001.

NOTAS

1. THÜRER, Daniel. “El Estado Desestructurado”, en Revista Internacional de la Cruz Roja, nº 836.
2. Ibidem.
3. OBERSON, Bernard. “Derecho Internacional Humanitario: Respuestas a sus preguntas”, Folleto del Comité Internacional de la Cruz Roja. Ginebra, 1 de mayo de 1998.
4. BUGNION, François. “El Derecho Internacional Humanitario puesto a prueba”, en Revista Internacional de la Cruz Roja, nº 835, 30 de setiembre de 1999.
5. BUGNION, François, Op.cit.
6. BOUTROS GHALI, discurso de clausura en el Congreso sobre Derecho Internacional Público, Nueva York, marzo 1995.
7. THÜRER, Daniel. Op.cit.
8. Ibidem.
9. BUGNION François. Loc. cit.
10. ASAMBLEA GENERAL-COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, Artículo 8 bis, sobre la Responsabilidad de los Estados; Proyectos de artículos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción, 4 de agosto de 1998.
11. BUGNION, François. Op. cit.
12. OBERSON, Bernard. Op. cit.
13. THÜRER, Daniel. Op.cit.
14. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, Judgement of 27 June 1986, Nicaragua v. USA.
15. OBERSON, Bernard. Op.cit.
16. CICR Documento Preparatorio para la Primera reunión periódica sobre el DIH: “Los Conflictos armados relacionados con la desintegración de las estructuras del Estado”, en Revista Internacional de la Cruz Roja, nº 835, enero 1998.
17. Ibidem.
18. Ibidem.
19. Ibidem.
20. Ibidem.
21. Ibidem.
22. BUGNION, François. Op.cit.
23. ASAMBLEA GENERAL-CONSEJO DE SEGURIDAD “Informe del Grupo Asesor sobre las Naciones Unidas y el Terrorismo”, Nueva York, 1 de agosto de 2002.
24. EDITORIAL, en Revista Internacional de la Cruz Roja, vol. 84, nº 847, setiembre 2002.
25. CIDH, “Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos”, OEA/SER.L/V/II.116 Doc.5, 22 de octubre de 2002.
26. ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín. “Las Actividades Terroristas ante el Derecho Internacional Contemporáneo”. Madrid, Editorial Tecnos, 2002.
27. CIDH. Op.cit.
28. ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín. Op. cit.
29. EDITORIAL RICR. Op. cit.
30. ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín. Op. cit.
31. EDITORIAL RICR. Op. cit.
32. Ibidem.
33. CIDH Informe. Op.cit.
34. GASSER, Hans-Peter. “Acts of terror, terrorism and international humanitarian law”, en International Review of the Red Cross, vol. 84, nº 847, September 2002.
35. CIDH Informe. Op. cit.
36. Ibidem.
37. GASSER, Hans-Peter. Op. cit.
38. KELLENBERGER, Jacob. “El Derecho Internacional Humanitario al comienzo del siglo XXI”. Alocución ante la Mesa Redonda de San Remo, sobre problemas actuales en el ámbito DIH: “Los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra 25 años después”, noviembre de 2002, en www.icrc.org.
39. Ibidem.

crecido fuertemente durante las últimas cuatro décadas. En 1965 eran 75 millones de personas las que eran cubiertas por esa noción, aumentaron a 84 millones en 1975 y a 105 en 1985. En el año 1990 se consideraba que había 120 millones de migrantes internacionales y ese es el último número proporcionado. Pero al examinarse los datos de la inmigración en algunos países seleccionados, se percibe que la migración internacional continuó con el mismo ritmo de crecimiento durante la última década del siglo XX. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) había recibido el informe de que en el año 2000 existían 150 millones de migrantes internacionales de largo término.

Entre 1965 y 1975 el crecimiento de la migración internacional (1.16% anual) fue inferior al crecimiento poblacional (2.04% anual), pero, cuando el crecimiento poblacional mundial comenzó a disminuir en la década de los 80s, la migración internacional continuó aumentando de manera significativa. Durante el periodo que va de 1985 a 1990 la población global aumentó cerca de 1.7% por año, en tanto la migración internacional creció en un 2.6 por ciento.

En este cuadro general es fundamental resaltar los movimientos poblacionales debidos a necesidades más o menos apremiantes: puede tratarse –como ya se ha dicho– de situaciones de guerra, de persecuciones contra individuos causadas por ideas políticas, por motivos de raza, religión o nacionalidad (es el caso de los refugiados), pero también los movimientos poblacionales pueden deberse a razones económicas imperiosas (migrantes económicos), o simplemente a desastres naturales. La población en movimiento puede o no abandonar el país de origen (si no lo hace se trata de personas desplazadas en el interior de los países), puede o no abandonar el propio continente, puede o no ser víctima del tráfico internacional de personas que realiza su criminal actividad con fines que pueden ser o no de explotación sexual. En todo caso existe en estos fenómenos un denominador común: es claro que estas personas no son turistas.

Algunas cifras: el ACNUR informa que, a fines del año 2002, eran 20.5 millones de personas las que se encontraban bajo su mandato, de las cuales 10.4 millones estaban representadas por refugiados. Ese número de 20.5 millones implica una disminución del 5.7 por ciento con relación al final del año 2000 (pero un aumento del 3.9 por ciento respecto del final de 2001). De los 10.4 millones de refugiados es Asia el continente que alberga el mayor número de ellos (4.2 millones); a continuación viene África (3.3 millones), en tanto Europa y Norte América han recibido 2.7 millones de refugiados.

Asia disminuyó en un 27 por ciento el número de refugiados que tenía entre finales de 2001 y del 2002, en tanto que, debido a la situación prevalente básicamente

en Colombia, América Latina y el Caribe han experimentado el mayor aumento relativo de población de la cual se ocupa el Organismo: se pasó de 765,000 personas a 1,050,300, es decir que aumentó 36 por ciento⁷.

Las personas desplazadas en el interior de los países, principalmente a causa de la guerra, suman más de 25 millones de personas y el número de aquellas personas que son víctimas del tráfico de seres humanos es igualmente alarmante: cerca de un millón cada año. Actualmente, de acuerdo al informe publicado por el Departamento de los Estados Unidos de Norteamérica, más de 8 millones de menores en el mundo son víctimas de los traficantes de menores. El tráfico de personas con fines de comercio sexual y de trabajo forzado de tipo esclavista parece producir una ganancia anual que fluctúa entre los 7 y los 10 billones de dólares anuales.⁸

II. IMPORTANCIA JURÍDICA INTERNACIONAL DEL TEMA DE LAS MIGRACIONES

El tema –la realidad– de las migraciones constituye uno de los capítulos más importantes del Derecho Internacional de nuestros días. Esto por varias y diversas razones:

- 1) Ante todo porque tal tema se encuentra en los orígenes mismos del Derecho Internacional. Como se sabe, uno de los fundadores del mismo es Francisco de Vitoria OP (1483-1546), autor de trece diferentes Relecciones, en las cuales el pensador trata de temáticas que en su época eran fuente de gran discusión. En dos de ellas se establecen las bases del naciente Derecho Internacional: la Relección “de Indiis prior” (o “De Indiis recenter inventur”) y aquella otra “De Indiis posterior” (o “De iure belli”): en la primera, Vitoria analiza los títulos legítimos que los conquistadores podrían haber dado para justificar la conquista de los territorios americanos por ellos descubiertos; en la segunda se analiza lo relativo a la guerra, aplicación práctica de los títulos previamente analizados. Ambas Relecciones fueron pronunciadas en la Universidad de Salamanca en el año de 1539.

Pues bien, al estudiar la legitimidad de la conquista americana en la Relección “De Indiis”, Francisco de Vitoria estructura su argumentación partiendo de un texto del Evangelio de San Mateo –en el cual se transcriben las palabras de Jesús al despedirse de sus apóstoles en el momento de la ascensión: “Id y enseñad a todas las naciones, bautizándolas en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo”– y de otro de la Suma Teológica de Sto. Tomás de Aquino, en

el cual éste se pregunta “Si es lícito bautizar a los hijos de los infieles contra la voluntad de sus padres”.

Es con ocasión de esta interrogante que Vitoria examina la cuestión del derecho que los españoles hubiesen podido tener a la posesión de las tierras recientemente descubiertas en el nuevo continente.

El desarrollo de la doctrina de Vitoria se estructura en tres partes: en la primera se pregunta si los indios eran verdaderos dueños y señores de sus posesiones antes de la aparición de los españoles. En caso negativo, tales posesiones representaban un caso de *res nullius*. En caso positivo, lo que permite continuar la investigación, se deben examinar los títulos ilegítimos de conquista y posteriormente aquellos títulos que son legítimos, lo que representa la segunda y tercera parte de la exposición.

Al presente nos interesan únicamente los últimos, es decir, los títulos legítimos que podrán justificar la presencia de los españoles en tierras americanas y de ellos sólo el primero, pues es el que se refiere a nuestro tema: el derecho natural de sociedad y comunicación (*ius naturalis societatis et communicationis*), por el cual los españoles habrían podido llegar a estas tierras, vivir en ellas y comerciar con los naturales, a condición, sin embargo, de que todo esto fuese sin daño alguno de los nativos: *sino aliquo tamen nocumento barbarorum*.⁹

Tal es el fundamento de la libertad de movimiento, de la libertad de circulación, de la libertad de los mares y de la libertad de comercio, libertad que el hombre tiene “para dirigirse y recorrer las regiones que quisiere”.

Es el derecho que tiene una persona a permanecer en un lugar, a salir de su país e ir a otro, de manera que “la amistad entre los hombres parece ser de derecho natural, y contra la naturaleza el impedir la comunicación y consorcio de los hombres que ningún daño causan”.¹⁰

Hasta aquí el pensamiento de Vitoria, “que dio de lleno en el blanco al postular este derecho [de sociedad natural y comunicación] como la razón y fundamento del nuevo derecho de gentes”.¹¹ Modalidades y precisiones de este derecho fundamental sólo aparecerán en épocas y con pensadores posteriores.

Mas lo cierto es que el Derecho Internacional nace con esta afirmación que establece el derecho que tiene todo ser humano a emigrar, a trasladarse a las diversas regiones del orbe, a salir de su país y a regresar a él, a comerciar con los otros hombres: *Ius peregrinandi, degendi et negotiandi*.

2) El derecho a emigrar, el *ius peregrinandi*, el derecho de libre circulación, se encuentra consagrado en

diversos instrumentos internacionales no convencionales y convencionales producidos durante el siglo XX. Aparece lógicamente en el conjunto de los derechos humanos fundamentales.

Son interesantes en especial dos instrumentos, uno universal y otro regional:

Ante todo la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 13 se compone de dos párrafos.

Artículo 13.1 Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio y a regresar a su país.

Derecho de la persona a permanecer, a circular, a salir y a regresar a su país.

Es interesante observar que este artículo es seguido por aquel otro que establece que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país”.

El segundo texto positivo, éste de carácter regional, es aquél del artículo 22 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 o Pacto de San José. Permite comprender que el continente americano es digno heredero del pensamiento de Francisco de Vitoria. Ya el título del artículo es esclarecedor: “Derecho de Circulación y de Residencia”. Se compone de nueve apartados, importantes tanto para el Derecho de Circulación (Migración) como para el Derecho de Refugiados. Vale la pena transcribirlo en su integridad.

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y a residir en él con sujeción a las disposiciones legales.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.
4. El ejercicio de los derechos reconocidos en el inciso 1 pueden asimismo ser restringidos por la ley, en zonas determinadas, por razones de interés público.
5. Nadie puede ser expulsado del territorio del Estado del cual es nacional, ni ser privado del derecho a ingresar en el mismo.

6. El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.
 7. Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada estado o los convenios internacionales.
 8. En ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.
 9. Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros.
3. El Derecho Internacional contemporáneo ha procurado dar respuesta, a nivel internacional, al complejo fenómeno de las migraciones forzadas. Indiquemos algunas de las vías tomadas:

- Al hablar de los refugiados ya nos hemos referido a la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y al Protocolo de 1967. Vale la pena recordar el desarrollo habido en América Latina gracias a la Declaración de Cartagena de 1984, la cual se inspiró en la Convención de 1969 de la Organización de la Unidad Africana (OUA) relativa a la situación específica de los refugiados en ese continente.

- El tema de los migrantes económicos es tratado por la Convención sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y sus Familiares. Adoptada esta Convención en Diciembre de 1990, entró en vigor el pasado 1 de Julio de 2003 y ha sido ratificada por 21 países: Azerbaijón, Belice, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Ghana, Guatemala, Guinea, México, Marruecos, Filipinas, Senegal, Sycheles, Sri Lanka, Tajikistán, Uganda y Uruguay.

Esta Convención crea un Comité para la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares compuesto por 10 expertos sirviendo en su capacidad personal (Art. 72) y los Países Partes deben presentar informes periódicos sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adaptado para dar efecto a las disposiciones de la Convención (Art. 73).

El principio básico sobre el cual descansa la protección de los trabajadores migrantes debe ser aquel de la no-discriminación. Con ello, en la Parte III de la

Convención, se mencionan los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, derechos que se derivan de su ser personal y que son independientes de su permanencia legal o ilegal en el país.

El artículo 8 establece el derecho de libre circulación y residencia. Derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares son también el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas o penas crueles, inhumanas o degradantes, a no ser sometido a esclavitud, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, a la libertad de expresión, a la no injerencia arbitraria en su vida privada y familiar, a no ser privado arbitrariamente de sus bienes, a la libertad y seguridad personales, a ser tratado conforme a la dignidad inherente al ser humano y a su identidad cultural, al libre acceso a tribunales y cortes de justicia, a no ser objeto de medidas de expulsión colectiva, a recibir la asistencia de las autoridades consulares de su país, etc.

La parte IV trata de otros derechos de los trabajadores migrantes y de sus familiares que estén documentados o en situación regular.

La parte V establece disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migrantes y de sus familiares. Así se trata de los trabajadores fronterizos, de temporada, itinerantes, de los trabajadores vinculados a un proyecto, por cuenta propia, etc.

Una función importante de esta Convención es crear para los Estados Partes la obligación de establecer políticas relativas a la migración, el intercambio de información con otros Estados Partes y la disposición para informar a empleadores, trabajadores y sus organizaciones acerca de las políticas, leyes y regulaciones sobre la materia migratoria.

No debe olvidarse que las Naciones Unidas han nombrado también una Relatora sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, actualmente la Sra. Gabriela Rodríguez.

- Para remediar el flagelo representado por el tráfico de seres humanos, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos adoptó en 2002 los Principios y Guías de Acción con relación a los Derechos Humanos y al Tráfico de Seres Humanos.

Son dos las ideas principales que estructuran estos Principios y Guías:

- a) la afirmación que los derechos humanos de las víctimas del tráfico de seres humanos deben ser el centro de todos los esfuerzos de prevención y lucha contra ese hecho, al igual que del esfuerzo por proteger, asistir y ayudar a recuperarse a las víctimas;

- b) los Estados tienen la obligación conforme al Derecho Internacional de actuar con debida diligencia para prevenir el tráfico de seres humanos, investigar y perseguir a los traficantes y asistir a las víctimas.

De este modo son cuatro los Principios que fundan esta materia:

- 1) la primacía de los derechos humanos;
- 2) la responsabilidad de los Estados de prevenir el tráfico y de castigarlo;
- 3) la protección y asistencia a las víctimas;
- 4) la criminalización y castigo de los traficantes.

Y con ello el Documento establece 11 Líneas de Acción:

1. Promoción y protección de los derechos humanos;
2. Identificación de personas sujetas al tráfico y de traficantes;
3. Investigación, análisis, evaluación y disseminación del contenido del problema;
4. Adopción de un marco legal adecuado a las acciones que combatan el tráfico;
5. Ejecución de disposiciones legales;
6. Protección y apoyo a las víctimas;
7. Prevención del tráfico;
8. Medidas especiales para la protección y apoyo de niños víctimas del tráfico;
9. Acceso a soluciones;
10. Obligaciones de las fuerzas de paz, la policía civil, el personal humanitario y diplomático;
11. Cooperación y coordinación entre Estados y regiones.

Además de estos Principios y Guías de Acción, las Naciones Unidas han adoptado la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional que entró en vigor el pasado mes de Septiembre y que ha recibido la firma de 147 Estados y la ratificación de 53. Esta Convención ha sido complementada por el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, Protocolo llamado de Palermo que viene a subsanar una laguna del Derecho Internacional, ya que “no hay ningún instrumento universal que aborde todos los aspectos de la trata de personas.”¹² Este Protocolo de Palermo entró en vigor en diciembre de 2003.¹³

El Protocolo define la trata de personas como “la captación, el transporte, la acogida o la recepción de personas recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza

u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.”¹⁴ Este mismo Artículo define al niño como “toda persona menor de 18 años”.

El Protocolo da normas (Parte II) para la protección de las víctimas de la trata de personas y establece (Parte III) medidas de prevención, cooperación y otras medidas. El Artículo 14, que aparece en la IV Parte que contiene las “Disposiciones Finales”, es una “Cláusula de salvaguardia” que sirve para preservar el derecho a solicitar asilo y los derechos de los refugiados, al igual que recuerda el principio de *non-refoulement* consagrado en la Convención de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

En Europa, por otra parte, el 24 de Julio de 2003, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) adoptó el Plan de Acción para Combatir el Tráfico de Seres Humanos.

- Respecto de las personas desplazadas en el interior de los países a causa de la violencia, el Secretario General de las Naciones Unidas decidió nombrar un representante sobre esta materia, el Sr. Francis Deng, quien elaboró una serie de principios que deben ser observados en este supuesto.

Estos principios son importantes debido a que el ACNUR carece de un mandato específico al respecto, aunque puede recibir de la Asamblea General de las Naciones Unidas o de su Secretario General el mandato para trabajar en situaciones específicas, como ha sucedido en Angola, Irak, Colombia, etc.

El gran problema representado por las personas desplazadas en el interior de los países a causa de la violencia se explica por el hecho de que no existe ninguna agencia del sistema, o fuera de él, que tenga como mandato específico esta situación, de donde son diversas las agencias que participan en esta tarea, agencias como el propio ACNUR, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), la Organización Mundial para las Migraciones (OIM), el PNUD, Unicef, el Banco Mundial, etc.

4. El *ius peregrinandi* ha estado también presente en las estructuras internacionales creadas por el Derecho Internacional para supervisar y hacer efectivos los Derechos Humanos reconocidos a nivel universal y regional. Como es comprensible en este aspecto lo más importante se refiere a lo

producido para limitar y tratar de acabar con las migraciones masivas de carácter forzado.

Nos interesa aquello que ha sido hecho en el sistema americano a través de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ambas instancias han sido muy activas en la materia objeto de nuestra investigación.

Durante un Seminario realizado sobre el tema de la Migración Internacional de las Américas en el mes de Septiembre del año 2000, el Señor Helio Bicudo, entonces Presidente de la Comisión Interamericana, señalaba que, “en nuestra perspectiva, la principal causa del constante flujo migratorio en nuestro hemisferio se debe a la pobreza y exclusión del desarrollo económico en que se encuentran sumergidos amplios sectores de nuestra sociedad. Es, además, una de las consecuencias, que el propio Banco Mundial ha reconocido, de la práctica neoliberal y de la globalización de la economía.”¹⁵ Y añadía: “No solamente factores económicos han incidido en el movimiento masivo de personas en nuestro hemisferio, las guerras civiles y persecuciones por factores políticos que han afectado a amplios sectores de nuestra sociedad han contribuido a esto, además de los desastres por causas naturales. En este campo, el problema migratorio roza con un cuerpo de doctrina y obligaciones estatales bien establecido en el Derecho Internacional como es el derecho de los refugiados y del asilo.”¹⁶

La Comisión Interamericana se ha pronunciado en diversas ocasiones en relación a situaciones o casos que envuelven personas migrantes. Algunos son:

- El pronunciamiento en el caso Riebe y otros versus México, que se refiere a la expulsión de sacerdotes no mexicanos y que se encontraban en Chiapas.
- El pronunciamiento en el caso de los haitianos en tránsito a Estados Unidos durante la dictadura de Raoul Cedras.
- Conocimiento del caso de los Marielitos.
- Visita in loco a Texas y California.
- Informe sobre la situación de los derechos humanos de las personas que buscan asilo en Canadá.
- Informe sobre la situación de los derechos humanos en República Dominicana.
- Otorgamiento de medidas cautelares para el caso de personas de origen haitiano que residen en República Dominicana. Al ser rechazada la petición de la medida cautelar que buscaba detener “las expulsiones masivas”, la Comisión solicitó a la Corte

Interamericana la adopción de medidas provisionales a la cual nos vamos a referir más adelante.

Y con esto, podemos pasar a analizar la obra realizada por la Corte Interamericana en relación al *ius peregrinandi*, cuerpo de decisiones de gran importancia en el Derecho Internacional Americano y que ha tenido como objeto el fijar posiciones con relación a la violación de aspectos específicos del derecho citado, lo que ha permitido a la Corte Interamericana referirse a la materia en general.

Ante todo, citemos las medidas provisionales dictadas ante la eminente deportación masiva de migrantes haitianos que se hallaban en la República Dominicana. Diversas resoluciones fueron tomadas por la Corte Interamericana a partir del 18 de Agosto del año 2000 y que han servido para dar protección efectiva a personas amenazadas de eminente deportación.

Como ya dijimos, esta resolución de la Corte Interamericana fue solicitada por la Comisión Interamericana ante el fenómeno de expulsiones efectuadas “mediante redadas colectivas, sin procedimiento legal que permita identificar adecuadamente la nacionalidad de los expulsados, ni su estatuto migratorio, ni sus vínculos familiares; simplemente, son separados de sus hogares, sin previo aviso, sin permitirles llevar sus pertenencias. Las autoridades migratorias seleccionan a las personas a ser deportadas por el color de su piel.”¹⁷

La Corte Interamericana decretó la protección de las personas que corrían el riesgo de ser deportadas y ordenó a la República Dominicana que se abstuviera de deportarlas o expulsarlas, requirió el permiso para que otras personas –ya expulsadas; pudiesen retornar; requirió la colaboración de la República Dominicana para obtener información en torno a otras personas desaparecidas y la realización de determinadas reunificaciones familiares. Pidió también la Corte Interamericana ser informada acerca de los miembros de las comunidad “bateyes” que podían ser expulsados y la efectiva protección de las personas que habían actuado como testigos durante el proceso.

La resolución está acompañada de un importantísimo voto concurrente del Presidente de la Corte Interamericana, el juez Antônio A. Cançado Trindade, en el cual señala que el problema tratado en la resolución “es uno de los grandes desafíos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al inicio del siglo XXI”¹⁸, que revela el fenómeno del desarraigo, el cual es causado por la expulsión e “involucra la totalidad de los derechos humanos, y, sobre todo, (...) tiene una dimensión espiritual que no puede ser olvidada, aún más en el mundo deshumanizado de nuestros días.”¹⁹

Para erradicar la exclusión social y la pobreza extrema –continúa el juez Cançado Trindade–, se requieren nuevas formas de protección, las que deben tener presente que el principio de “no-devolución” (*non-refoulement*), piedra angular de la protección de los refugiados, es un principio que “puede invocarse, inclusive en contextos distintos, como el de la expulsión colectiva de migrantes ilegales o de otros grupos.”²⁰ El tema requiere recordar y resaltar la indivisibilidad de los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Con extrema claridad, el Presidente de la Corte Interamericana señala que el derecho a la libertad de movimiento tiene como corolario el derecho a emigrar. “Pero los Estados aún no aceptaron un derecho a inmigrar y a permanecer donde uno se encuentre”²¹ y, por ello, “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 migrantes ilegales.”²²

Las normas jurídicas implican valores que las explican, “pero [en materia migratoria] faltan el reconocimiento de los valores y la voluntad de aplicarlos.”²³

Todo esto es manifestación de una “conciencia jurídica universal”, todavía no suficientemente despierta, que advierte que, en el mundo internacional, existen otros sujetos que tienen responsabilidad, además de los Estados. Gracias a esta “conciencia jurídica universal”, el Derecho Internacional se convierte hoy día en “un nuevo *corpus iuris* de libertación del ser humano.”²⁴

El voto citado termina con una declaración que merece ser destacada: “Al Derecho está reservado un papel de fundamental importancia para atender las nuevas necesidades de protección del ser humano, particularmente en el mundo deshumanizado en que vivimos. Al inicio del siglo XXI urge, en definitiva, situar al ser humano en el lugar que le corresponde, a saber, en el centro de las políticas públicas de los Estados (...) y de todo proceso de desarrollo, y ciertamente por encima de los capitales, inversiones, bienes y servicios. Urge, además, desarrollar conceptualmente el derecho de la responsabilidad internacional, de modo a abarcar, a la par de la estatal, también la responsabilidad de actores no-estatales.”²⁵

Pero, además de las medidas provisionales decretadas en el caso mencionado, la Corte Interamericana se ha pronunciado en dos Opiniones Consultivas en torno a la materia migratoria. Ambas fueron solicitadas por México: la primera lleva por fecha el 1 de Octubre de 1999; la segunda es de fecha muy reciente, pues es del 17 de Septiembre de 2003.

La primera versa sobre el derecho a la información relativa a la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

Esta Opinión Consultiva fue solicitada por México con relación a las garantías judiciales mínimas y al debido proceso legal en el marco de la pena de muerte impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho fundamental a comunicarse y solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado del cual son nacionales.

Es fácil notar que esta petición de Opinión Consultiva se debió a la situación de muchos mexicanos acusados en los Estados Unidos, que corren el riesgo de ser penalizados con la pena de muerte, y a quienes no se les hace saber de su derecho a ser defendidos por las autoridades consulares de su país.

La Opinión Consultiva, compleja y brillante, establece con claridad el derecho básico del detenido extranjero a la información sobre la asistencia consular. El Estado receptor tiene, entre los deberes correlativos a este derecho, aquel de informar al detenido sobre los derechos que le son debidos. Esta información debe proporcionarse en el momento de privarlo de la libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

La Opinión Consultiva (OC-16) declara que al no observarse este derecho a la información del detenido extranjero, se afectan las garantías del proceso legal y, por ende, la imposición de la pena de muerte representa una violación del derecho a no ser privado “arbitrariamente” de la vida, en los términos de diversos tratados sobre derechos humanos.

Al solicitar México la OC-16, no plantea la interrogante acerca del sentido de algunos artículos de la Convención Americana, porque Estados Unidos no es Parte de la misma, pero la Corte se refiere –como lo ha solicitado México– a disposiciones de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de la Carta de la OEA, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La resolución de la Corte permite a su Presidente, el mismo juez Antônio A. Cançado Trindade, formular un voto concurrente que representa una pieza fundamental del Derecho Internacional relativo al Derecho de los Migrantes.

El juez Cançado Trindade se refiere en su voto a la evolución del Derecho, permitida por nuevas necesidades de protección, pues “las soluciones jurídicas no pueden dejar de tomar en cuenta el tiempo de los seres humanos.”²⁶ En efecto, la ciencia jurídica contemporánea establece que el contenido y la eficacia de las normas jurídicas acompañan la evolución del

tiempo, no siendo independientes de éste. La aportación en este sentido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es fundamental: “los tratados sobre derechos humanos son, efectivamente, instrumentos nuevos, que acompañan la evolución de los tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos.”²⁷

Gracias a esta evolución, el día de hoy se reconoce la primacía y centralidad de la persona humana en las reflexiones y disposiciones jurídicas. Esto contra el autoritarismo estatal propiciado por la época del positivismo jurídico. “Con la desmitificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del Derecho Internacional general en la conciencia jurídica universal, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho universal, y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno.”²⁸

Gracias a esto es necesario reconocer que “la acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales sino proteger las ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo lacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones “de iure”, especialmente frente a los migrantes [económicos], en un mundo “globalizado” en que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no necesariamente a los seres humanos. Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferente de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar.”²⁹

- Pasamos así a la segunda Opinión Consultiva, de fecha muy reciente³⁰, de enorme trascendencia en el Derecho de los Migrantes, y que se refiere a la “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”. También fue solicitada por México debido a la preocupación de que “los trabajadores migratorios, al igual que el resto de las personas, deben haber garantizado el goce y ejercicio de los derechos humanos en los Estados donde residen. Sin embargo, su vulnerabilidad los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos humanos, basadas especialmente en criterios de discriminación y, en consecuencia, los coloca en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto al goce y ejercicio efectivos de estos derechos.”³¹

México se refiere en su petición a diversos artículos de la Carta de la OEA, de la Declaración

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, a la Convención Americana de Derechos Humanos, a la Declaración Universal de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El procedimiento realizado por la Corte fue minucioso y contó con muchas y diversas intervenciones. Inclusive se recibieron los argumentos orales presentados en calidad de *amici curiae* por diversas personas, instituciones y organizaciones no gubernamentales. Es de notar que el mismo ACNUR estuvo presente entre estos últimos.

La Corte Interamericana, en su decisión, “determina que todo lo que se señala (...) se aplica a los Estados Miembros de la OEA que han firmado indistintamente la Carta de la OEA, suscrito la Declaración Americana, la Declaración Universal, o han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, independientemente de que hayan ratificado la Convención Americana o algunos de sus protocolos facultativos.”³²

Se debe observar que esta OC-18 establece un “Glosario”³³ que sirve para fijar el significado de los términos empleados. Y es la misma Corte la que presenta los puntos más importantes de esta Opinión Consultiva:

- Los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

- El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.

- El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.

- El principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

- El principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

- La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el *status* migratorio de las personas.

- El derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su *status* migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y a todas las personas, sin discriminación alguna.

- La calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

- El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador- trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

- Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumple en la práctica.

- Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.³⁴

III. ALGUNAS NOTAS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS MIGRANTES

- El Derecho Internacional de los Migrantes es uno de los capítulos de aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y por ello no llama la atención que diversas nociones del mismo deban

ser recordadas cuando se habla de los migrantes, en especial de los movimientos forzados migratorios.

Uno de los aspectos más importantes de los derechos humanos es el recordado por la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.”³⁵

- Todos los migrantes son seres humanos, afirmación que parece repetitiva pero que no lo es, y por ello poseen un conjunto de derechos humanos fundamentales, universales e irrenunciables. Estos derechos humanos básicos son expresión de su dignidad personal y los Estados no los conceden graciosamente sino los reconocen y les deben protección.

Este punto es de especial importancia en el caso de las personas que son parte de movimientos migratorios forzados.

- El tema de las migraciones está fundado en el principio de la libertad de circulación y residencia. Pero este principio debe conjugarse con otros dos de igual importancia: el principio del destino universal de los bienes creados y aquel otro relativo a la importancia prioritaria que debe tener el bien común en cualquier sociedad.

Estas tres realidades deben ser tomadas en consideración por la autoridad política para que, de una manera justa y prudente (lo que también no deja de ser repetitivo), establezca una política migratoria que debe ser respuesta justa a una situación histórica concreta.

Al hablar del bien común no se debe olvidar que éste representa un término análogo, que debe encontrar realización en la sociedad política constituida como Estado, al igual que en la sociedad internacional. Lo ideal—como lo postuló la Encíclica *Pacem in Terris* hace cuarenta años³⁶— resulta la existencia de una autoridad mundial que decida en este tipo de materias, sabiendo que los diferentes Estados deben estar animados en la realidad concreta por una voluntad eficaz de cooperación y solidaridad, en el respeto de la independencia de los otros Estados y en una necesaria subsidiaridad.

- El día de hoy el Derecho Internacional debe tomar en consideración que existen cuestiones que

conciernen a la comunidad humana en su integridad y que por ello requieren ser abordadas y resueltas a través de una acción internacional debidamente coordinada. Algunos ejemplos de estas cuestiones de universal interés son aquellas de la promoción de la paz y del desarrollo, los derechos humanos y la solución de los conflictos armados, la protección de los migrantes, de los refugiados y de las minorías étnicas, la salvaguarda del medio ambiente, la batalla contra enfermedades terribles, la lucha contra los traficantes de seres humanos, de droga, de armas y contra la corrupción política y económica.

- Todo ello debe constituir una apremiante llamada para explorar, como lo ha recordado el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la naturaleza y función de la conciencia jurídica universal, que es el órgano descubridor de aquellos valores “materiales” que fundan el mismo Derecho Internacional.

Entre estos valores ocupa lugar privilegiado la persona humana y los derechos inalienables que son expresión de su dignidad. De este modo el derecho, arte y ciencia de lo justo, y en especial el Derecho Internacional, debe tener como centro de apoyo y realización práctica la protección del ser humano y de sus derechos fundamentales.

- El Derecho, en particular el Derecho Internacional, es evolutivo. Si el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe hacer frente a aquellos problemas concretos planteados por la realidad histórica y que requieren ser resueltos conforme a la justicia, es necesario constar que tales problemas están permeados por el carácter temporal y evolutivo propios de la persona humana.

Al hablar de la protección de los derechos humanos en el Derecho Internacional, aparece con claridad que los sujetos de tal desarrollo jurídico no son sólo los Estados: existen otros actores. Entre ellos los mismos seres humanos concretos y que aparecen en tal relación jurídica. Y al Derecho Internacional corresponde tratar a los desiguales como desiguales, lo que se presenta cuando los sujetos de tal relación son, por una parte, los Estados y, por otra, el ser humano individual.

- En el caso de las personas envueltas en movimientos migratorios forzados se debe insistir en la importancia que posee el principio de *non-refoulement* (sobre todo en el caso de los refugiados), al igual que el principio de no-discriminación (sobre todo en el caso de los migrantes económicos).

La Corte Interamericana ha destacado el hecho de que estos principios forman parte del Derecho Internacional General que gozan del carácter de *jus cogens* y obligan por ello a todos los Estados, independientemente de que un Estado sea o no parte de determinado tratado internacional. Por ello estos principios, de naturaleza imperativa, generan obligaciones *erga omnes* de protección que valen para todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.

La observancia de los derechos humanos debe realizarse en cualquier lugar y sin que interese el estatus migratorio de las personas. En el caso de las víctimas de tráfico de personas humanas, como en aquel de los migrantes económicos indocumentados, esta afirmación reviste particular importancia.

En aplicación concreta del carácter indivisible de los Derechos Humanos, es necesario afirmar que una persona no puede ser privada de sus derechos de naturaleza laboral por el hecho de encontrarse indocumentada. El principio de igualdad y de no-discriminación vale especialmente en esta situación.³⁷

- Es interesante observar que el día de hoy los planes integrativos políticos regionales tienen principios muy opuestos.

En el continente europeo la integración política tiene como uno de sus principios básicos de realización aquel del libre movimiento de personas, además de aquel de los bienes, inversiones y servicios. Por este motivo, en el interior de la Unión Europea, se ha podido crear el llamado “Espacio Schengen” que conduce a la eliminación de controles fronterizos entre los Estados miembros.³⁸

En el continente americano, por el contrario, la integración busca realizarse a través de la “libertad de mercados”, del libre movimiento de bienes, inversiones y servicios, pero excluyendo siempre y sistemáticamente a la persona humana, de donde la paradoja que la llamada “globalización” se convierte automáticamente en una realidad profundamente inhumana e injusta. Y las sociedades y seres humanos más pobres y vulnerables son víctimas de una “integración”, de una “globalización” que se construye con el sacrificio de los mismos.³⁹ Las fronteras entre los diferentes países del continente americano en lugar de desaparecer se refuerzan y revelan su carácter inhumano, de manera tal que, si hace poco más de una década desaparecía un vergonzoso muro que dividía a los países capitalistas de aquellos socialistas, el día de hoy un muro semejante se levanta entre los países ricos y aquellos pobres.⁴⁰

NOTAS

1. La Nación, 11 de febrero de 2001.
2. La Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del 4 de Noviembre de 1950 entró en vigor el 3 de Septiembre de 1953.
3. Los Derechos de los Trabajadores Migrantes, folleto n. 24 publicado por el Centro de Derechos Humanos, Ginebra, pp. 3-4.
4. Op. Cit., p. 4.
5. Mensaje para la 89 Jornada Mundial de los Migrantes y Refugiados, Consejo Pontificio para los Migrantes e Itinerantes, Año 2003, n. 1.
6. Los datos que aparecen a continuación fueron transmitidos al ACNUR por la OIM para la elaboración de un Estudio sobre Migración y Asilo.
7. En los Anexos que se encuentran al final de esta ponencia aparecen el Número de Personas bajo el Mandato del ACNUR (por Categoría) al principio del año 2003 –Anexo I– y el Número de Personas bajo el Mandato del ACNUR durante los últimos tres años–Anexo II–.
8. En fechas recientes, una revista tan popular como el *National Geographic* ha dedicado un extenso artículo a esta bochornosa realidad. En la edición en español corresponde al mes de Septiembre de 2003 y en la portada aparece ya el título del reportaje: “Esclavos, 27 millones ocultos a plena vista”.
9. Relección de los Indios, De los títulos legítimos por los cuales pudieron venir los bárbaros a poder de los españoles, Primera Conclusión. Texto español de la BAC, versión del P. Teófilo Urdánoz, O. P., Madrid, 1960, reproducido en la Col. Sepan Cuantos, Porrúa, 1974.
10. Op. Cit., Primera Conclusión, Octavo Argumento.
11. Gómez Robledo, Antonio. Introducción a las Relecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de la Guerra, Porrúa, México, 1974, p. 65.
12. Preámbulo
13. Es interesante observar que México es Estado Parte de ambos instrumentos convencionales.
14. Artículo 3.
15. Seminario organizado por el CEPAL y la OIM en San José, Costa Rica, del 4 al 6 de Septiembre del 2000.
16. Derechos Humanos y Migraciones a la Luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ponencia policopiada, p. 2.
17. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 18 de Agosto de 2000, San José, Costa Rica. Medidas Provisionales Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana, vistos, 2d.
18. Voto Concurrente del juez Antônio A. Cançado Trindade, n.1.
19. Voto Concurrente, n. 6.
20. Voto Concurrente, n.5.
21. Voto Concurrente, n.8.
22. Ibidem. En este sentido se puede recordar la reflexión del Director General de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM): “La percepción de sistemas reguladores fuera de control fomenta contragolpes dirigidos a los migrantes y a la migración, y constituye una amenaza para los beneficios que puede aportar la migración planificada y ordenada a sociedades que, incluso hoy y en muchos casos, desean, necesitan y buscan migrantes. Empero, nada se resolverá si se aborda el problema y el contragolpe levantando barreras. Es necesario contar con estrategias mundiales y globales que reconozcan, en primer lugar, que la acción preventiva a tiempo es mil veces más preferible a la reacción de emergencia en situación de crisis”. Cit. por Lelio Mármora en su obra “Las Políticas de Migrantes Internacionales”, IOM/Alianza Editorial, Madrid-Buenos Aires, 1997, p. 50.
23. Voto Concurrente. n. 9.
24. Voto Concurrente, n. 11.
25. Voto Concurrente. n. 25.
26. Opinión Consultiva OC-16 del 1 de Octubre de 1999. El Derecho a la Información sobre la asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica. Voto concurrente del juez Antônio A. Cançado Trindade, n. 5.
27. Voto Concurrente, n. 10.
28. Voto Concurrente, n. 14.
29. Voto Concurrente, n. 23.

30. Esta Opinión Consultiva, OC 18/03 es del 17 de Septiembre de 2003.
31. Opinión Consultiva, n. 2.
32. Opinión Consultiva, n. 60.
33. Opinión Consultiva, n. 69.
34. Opinión Consultiva, n. 173.
35. Declaración y Programa de Acción de Viena adoptados por la Conferencia de la ONU sobre Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, I parte, n.1.
36. En aquella memorable Encíclica de abril de 1963, Juan XXIII escribía: “Si se examinan con atención, por una parte, el contenido intrínseco del bien común y, por otro, la naturaleza y el ejercicio de la autoridad pública, todos habrán de reconocer que entre ambos existe una necesaria conexión. Porque el orden moral, de la misma manera que exige una autoridad pública para promover el bien común en la sociedad civil, así también requiere que dicha autoridad pueda lograrlo efectivamente.(...) Como hoy el bien común de todos los pueblos plantea problemas que afectan a todas las naciones, y como semejantes problemas solamente puede afrontarlos una autoridad pública cuyo poder, estructura y medios sean suficientemente amplios y cuyo radio de acción tenga un alcance mundial, resulta, en consecuencia, que, por imposición del mismo orden moral, es preciso constituir una autoridad pública general”. *Pacem in Terris*, pp. 136-137.
37. Al respecto la OC-18 señala en el número 159, que “en muchas ocasiones sucede que no se reconocen a los trabajadores migrantes indocumentados los derechos laborales (...) Por ejemplo, muchos empleadores los contratan para que presten determinado servicio a cambio de una remuneración más baja a la que les correspondería; los despiden por formar parte de sindicatos; los amenazan con deportarlos, entre otras situaciones. Incluso, en algunas ocasiones los trabajadores migrantes indocumentados no pueden acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos por temor a su situación irregular. Esto no debe ocurrir; pese a que podría verse deportado un trabajador migrante indocumentado, este último tiene siempre el derecho de hacerse representar ante el órgano competente para que se le reconozca todo derecho laboral que haya adquirido como trabajador”.
38. Ha de recordarse que la extensión de la Unión Europea y del espacio Schenghen es asimétrica, pues existen Estados miembros de la Unión Europea que no forman parte del espacio Schenghen (Reino Unido e Irlanda) y otros que no son parte de la Unión Europea pero sí del espacio Schenghen (Noruega e Islandia).
39. Una situación análoga existe, a decir verdad, en la frontera que separa a los miembros de la Unión Europea de aquellos que no lo son.
40. A este respecto cabe recordar una acertada reflexión de Juan Pablo II: “No es posible vivir en una isla de abundancia rodeado por un océano de sufrimiento”. Juan Pablo II en el discurso dirigido a algunos líderes de partidos demo-cristianos el 23 de Noviembre de 1991.

ANEXO I
PERSONAS BAJO EL MANDATO DEL ACNUR-
POR CATEGORÍA
1 ENERO 2003

Región	Refugiados	Peticionantes de Asilo	Repatriados	IDPs y otros	Apatriados	Total
Asia	4,188,100	28,900	1,995,700	2,940,600	225,700	9,378,900
Africa	3,343,700	159,600	345,300	715,100	29,600	4,593,200
Europa	2,136,300	366,800	84,000	1,171,500	645,400	4,403,900
Norte América	615,100	446,100				1,061,200
América Latina y Caribe	41,100	9,100		950,000	50,100	1,050,300
Oceanía	65,400	3,900				69,200
TOTAL	10,389,700	1,014,400	2,425,000	5,777,200	950,800	20,556,700

ANEXO II
PERSONAS BAJO EL MANDATO DEL ACNUR

	1 Enero 2001	1 Enero 2002	1 Enero 2003
Asia	8 449 900	8 820 700	9 378 900
Africa	6 060 100	4 173 500	4 593 200
Europa	5 592 400	4 855 400	4 403 900
Norte-América	1 051 700	1 086 800	1 061 200
América Latina y Caribe	575 500	765 400	1 050 300
Oceanía	84 500	81 300	69 200
TOTAL	21 814 200	19 783 100	20 556 700

La libertad religiosa presenta dos facetas igualmente tutelables. Una faceta positiva que se corresponde con la posibilidad de tener y manifestar una o ninguna convicción religiosa; y una faceta negativa que implica la imposibilidad de verse compelido a declarar las convicciones religiosas personales, de donde deviene la obligación del Estado de mantener una actitud neutral en materia de creencias; es decir, se protege a la libertad religiosa para que no sea perturbada en su ejercicio, ni por el Estado ni por los demás sujetos particulares. La faceta positiva, inicialmente definida desde una perspectiva interna –las convicciones personales– posee también un carácter externo que consiste en poder manifestar –y por todas las vías legítimamente aceptadas, dentro de las cuales se incluye el culto propiamente dicho, la evangelización o proselitismo y la educación– estas convicciones y que determinará la configuración de la así denominada “libertad de culto”.⁶

La doctrina ha manifestado que ambas facetas de la libertad religiosa denotan que su protección considera, al menos, tres principios básicos: (1) el derecho de elegir la propia religión o convicción; (2) que el derecho de tener o no una religión o una convicción va más allá de la tutela de la libertad de opción, pues además de esa libertad se protege también la opción elegida; y (3) el derecho de no revelar la propia religión, como parte de esa opción religiosa individual.⁷

De tal forma, la afirmación de estos derechos puede determinar los espacios en los cuales el Estado garantiza un ámbito de total libertad, respetando y preservando al máximo la autonomía de la persona individual y de las comunidades religiosas como tales. De ahí que la doctrina vea en la libertad religiosa una especie de derecho matriz⁸, del cual se derivan diversas circunstancias como las mencionadas en el párrafo anterior.

Sin embargo, como derecho que es, la libertad religiosa aún debiendo ser protegida en términos amplios por el Estado, igualmente está sujeta a ciertas limitaciones en el ejercicio de sus diversas facetas, limitaciones que por lo general irán centradas a mantener el ejercicio de la libertad religiosa dentro del ámbito marcado por el orden, la seguridad y la salubridad públicas, la moral y las buenas costumbres. Es claro que la configuración de estas limitaciones y lo que ellas específicamente significan, puede dar lugar a variables conceptuales que podrán depender, en su aplicación, de la casuística particular; es decir, que la determinación de las limitaciones a la libertad religiosa, si bien establecidas bajo aquellos conceptos genéricos, bien pueden requerir para su adecuada apreciación de la consiguiente valoración de cada caso en particular.

No obstante, debe aclararse que aunque ello pueda ser así, es cierto también que aunque estas

definiciones trasuntan por el análisis de los casos, igualmente definen algunos lineamientos generales pero directamente orientados a la conformación de un todo que permita comprender la real dimensión de la libertad religiosa en un contexto determinado. He ahí la importancia de las definiciones jurisprudenciales sobre la materia, ya que las mismas darán lugar a la precisión necesaria para determinar el verdadero alcance y sentido de la libertad religiosa en sí, tanto en su perspectiva interna como en su previsión en el ámbito del derecho internacional.⁹

El presente estudio versa precisamente sobre ello, sobre la valoración jurisprudencial de la libertad religiosa, su contenido, sus variables y sus limitaciones, para desde una perspectiva general extraer los principios básicos que rigen la consideración y el ejercicio de la libertad religiosa desde un punto de vista jurisprudencial.

Un estudio comprehensivo de la situación de la libertad religiosa en términos generales impone la trascendencia de valorar las apreciaciones de diversos órganos jurisdiccionales que apliquen, de principio, órdenes normativos diversos. Si bien este estudio se mueve en el ámbito del derecho occidental, tiene como propósito mostrar cómo a pesar de esta inicial similitud las respuestas de los órdenes jurídicos pueden ser diversas o bien marchar a pasos desiguales; así como también, a pesar de pervivir en situaciones geográficas e históricas disímiles, pueden, a través del derecho y la jurisprudencia, identificarse puntos de encuentro que visualicen el verdadero sentido de la libertad religiosa, al menos desde esta perspectiva occidental.

Para ello se han tomado tres órdenes normativos y sus consiguientes órganos de protección. Desde la cultura jurídica occidental, resulta evidente la necesaria consideración de la actuación del sistema europeo de derechos humanos; en él, el presente estudio se centra exclusivamente en las actuaciones y principios derivados de la Corte Europea de Derechos Humanos, no así en las anteriores actuaciones realizadas por la Comisión en este campo. Esta definición tiene sentido bajo la perspectiva de determinar principios generales de aplicación, lo cual requiere en la práctica de los sistemas de protección de los derechos humanos, una manifestación expresa de parte del órgano judicial del mismo.

Equiparablemente, igual es objeto de atención el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, de manera específica en cuanto a las actuaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; al igual que sucede con respecto al sistema europeo y por las mismas razones, se omiten análisis y comentarios sobre los casos ante la Comisión, la cual a diferencia de su homólogo europeo, mantiene plena existencia y funcionamiento en el marco del sistema

interamericano. Aquí resultará de particular interés valorar si, como se ha adelantado, al igual que sucede en otros campos relacionados con los derechos fundamentales, la mayor experiencia, antigüedad y variables históricas –relacionadas con los regímenes democráticos– del sistema europeo de protección de los derechos humanos determina también una mayor actuación del sistema europeo por sobre el sistema interamericano en materia de libertad religiosa.

Finalmente, resulta de interés proceder al estudio sucinto de la materia de acuerdo a las previsiones normativas y actuaciones jurisprudenciales del ámbito interno. Para tal fin, se ha realizado un estudio de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica –órgano interno de la misma Corte que actúa como tribunal constitucional–, con el propósito de valorar si desde el ámbito interno resulta válido y posible estar en sintonía con la protección, en este caso de la libertad religiosa, vigente en el ámbito internacional.

En cada uno de estos estudios –desde el sistema europeo, desde el sistema interamericano y desde el sistema costarricense– se omiten consideraciones y apreciaciones sobre situaciones fácticas, pretendiendo centrarse directamente sobre los principios generales que la jurisprudencia de estos órganos ha definido en cuanto a la libertad religiosa; se evita, igualmente, un desarrollo y referencia doctrinaria profusa al momento de realizar el específico estudio de la jurisprudencia, para que de tal manera la atención esté fijada en ella y en la labor de los órganos jurisdiccionales objeto de comentario.

II. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

1. LA DEFINICIÓN NORMATIVA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL SISTEMA EUROPEO

La moderna formulación de los sistemas internacionales para la protección de los derechos humanos sucede con inmediatez a 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 presenciado hasta hoy.¹⁰

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 en 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.¹¹

El sistema europeo de derechos humanos presenta la particularidad de sus propios protocolos. Su jurisdicción –ejercida en la actualidad por la figura central de la Corte Europea 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.

En materia de libertad religiosa –y en atención a la jurisprudencia que será objeto de posterior consideración–, el sistema europeo establece una primera protección especial en el artículo noveno del Convenio de Roma, al definir que:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observación de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, la salud o la moral públicas o para la protección de los derechos y libertades de los demás.”¹²

El párrafo primero del artículo citado expresamente refiere que la libertad de religión puede ser manifestada a través de la enseñanza, de donde

deviene como particularmente importante en esta materia la definición del artículo segundo del Protocolo 1 al Convenio, que textualmente expresa que:

“Artículo 2 - Derecho a la instrucción

A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.¹³

De esta forma, el Protocolo 1 posibilita en el sistema europeo la configuración de una protección más acabada para la libertad religiosa, en el sentido de que el sistema no sólo protege la libertad religiosa en sí, de conformidad con el artículo noveno del Convenio, sino que además asegura que la libertad de manifestación a través de la enseñanza allí establecida sea específicamente considerada dentro del derecho a la educación y así respetada por el Estado en el ejercicio de su potestad educativa.

Del mismo modo, no debe pasar desapercibida la protección que establece el Convenio en su artículo 14 al prohibir la discriminación, garantizando el pleno disfrute de los derechos con independencia –entre otros– de motivos religiosos, con lo cual esta norma se constituye a su vez en una protección general de la libertad religiosa.

En este sentido, la base normativa de protección y consideración de la libertad religiosa en el marco normativo del sistema europeo de derechos humanos está compuesta esencialmente por estas tres normas citadas: los artículos 9 y 14 del Convenio, y el artículo 2 del primer Protocolo al Convenio.¹⁴

2. LAS PRECISIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA ANTE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

La actuación de la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁵ en materia específica de libertad religiosa inicia en el año 1976, es decir, diecisiete años después del inicio de sus actividades.¹⁶ El asunto que inaugura las consideraciones de la Corte en esta materia, curiosamente no está referido a la protección convencional del artículo noveno, sino a la protección de su manifestación a través de la enseñanza; es decir, la Corte inicia su producción jurisprudencial relevante en materia de libertad religiosa mediante el conocimiento de una alegada violación del artículo 2 del Protocolo 1

al Convenio Europeo, en lugar de una violación directa del artículo noveno del mismo Convenio.

Así, en el caso *Kjeldsen, Madsen y Pedersen*¹⁷, la Corte realiza una precisión conceptual sobre los institutos jurídicos considerados en el Protocolo con respecto a la libertad religiosa y la procedencia de su manifestación a través de la enseñanza. Este caso se constituye –a partir de ese momento y hasta 1993– como el punto de referencia esencial de la jurisprudencia europea en materia de libertad religiosa, pues sienta los principios fundamentales y define el alcance de la normativa europea sobre la materia.

De tal forma, expresa la Corte que la disposición del artículo 2 del Protocolo 1, refiere especialmente al derecho de los padres para que se respeten sus convicciones religiosas o filosóficas, independientemente a que el proceso educativo de sus hijos se lleve a cabo en centros públicos o privados.

Esto será así por el respeto y propensión que debe existir hacia el pluralismo en la educación, lo cual la Corte considera como esencial para la preservación de la sociedad democrática en los términos de la Convención.¹⁸

Se aprecia entonces cómo a través de la labor de interpretación de la Corte, se integra de manera directa el texto del Protocolo con el de la Convención, a partir de una precisión realizada sobre el alcance de la primera parte del artículo 2 del Protocolo, y su incidencia para la conservación del modelo democrático previsto y ordenado por la Convención. Esta circunstancia la pone de manifiesto la misma Corte más adelante al referir que las disposiciones del artículo 2 del Protocolo, deben ser analizadas no solamente entre sí mismas, sino especialmente en su relación directa con lo establecido en los artículos 8, 9 y 10 del Convenio, los cuales detallan –especifica la Corte– el derecho de todas las personas –incluyendo padres y niños– de ser respetadas en su privacidad y en su vida familiar, en su libertad de pensamiento, conciencia y religión, y en la libertad de recibir e impartir ideas e informaciones.¹⁹

Del mismo modo, más allá de la trascendencia de dicha normativa para el respeto de las convicciones personales, la Corte define que el referido artículo 2 del Protocolo establece ciertas funciones y deberes para los Estados en relación con la educación y la enseñanza. Especialmente indica la Corte que en virtud de tales obligaciones no debe el Estado promover ninguna distinción entre la enseñanza religiosa y otras materias, y que debe respetar las convicciones de los padres a lo largo de todo el programa educativo estatal²⁰, con lo cual abre la protección conferida impidiendo que la misma pueda ser interpretada de manera restrictiva para aplicarla solamente hacia ciertos niveles educativos. Más aún, en una clara formulación abierta que denota

el espíritu de la Corte por dotar de la mayor protección posible a la libertad religiosa en cuanto al ejercicio del derecho a la educación, dispone la Corte que esta obligación estatal referida en el artículo 2 del Protocolo debe aplicarse a todas las funciones estatales relacionadas con la educación y la enseñanza.

Es por ello que la Corte orienta a los Estados en cuanto a lo que les es permitido realizar en ejercicio de su función educativa, sin lesionar la libertad religiosa. Como criterio orientador en este sentido, define la Corte que si bien es cierto el artículo segundo del Protocolo debe ser visto como un todo, la segunda disposición del mismo especifica el deber estatal de asegurarse de que la información y el conocimiento contenidos en la currícula académica están expresados de una manera convenientemente objetiva, crítica y pluralista. Señala especialmente que al Estado le está prohibido perseguir un objetivo de adoctrinamiento a través de la enseñanza, debido a que esto puede ser considerado un irrespeto a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres.²¹ Aunque la Corte no lo expresa así en este párrafo de la sentencia del caso *Kjeldsen*, es claro que este límite impuesto al Estado en el ejercicio de su función educativa tiene especial vinculación con el espíritu de convivencia democrática que inspira el Convenio, como sí lo reconoció la misma Corte al definir en párrafos anteriores el necesario carácter pluralista de la educación²², con lo cual se muestra también la estricta interpretación de este artículo de conformidad con la disposición del artículo 9 del Convenio de Roma.

De tal forma, en el análisis y sentencia del caso *Kjeldsen*, la Corte Europea establece al menos cinco precisiones con respecto a la protección de la libertad religiosa y su manifestación a través de la educación, y que pueden sintetizarse así:

- a. El respeto a la libertad religiosa debe presentarse tanto en centros educativos públicos como en los centros educativos privados.
- b. Los Estados deben favorecer una educación de carácter pluralista para preservar el sentido democrático que inspira al Convenio.
- c. No deben existir distinciones entre la libertad religiosa y las demás materias que conforman la currícula académica.
- d. Los Estados deben proteger la libertad religiosa a través de todo el programa educativo y en todas las funciones estatales relacionadas con la enseñanza.
- e. Los Estados deben evitar el adoctrinamiento a través de la educación; por el contrario, deben presentar los conocimientos de manera objetiva y pluralista.

Con estos criterios enfocados a la manifestación de la libertad religiosa en la educación pervivió el sistema europeo durante otros quince años, mientras llegó a la Corte Europea un caso fundado especialmente en la alegada violación del artículo 9 del Convenio. Se trata del caso *Kokkinakis contra Grecia*²³, que se ha convertido en la base para la actual configuración de la libertad religiosa en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.

De manera concisa, la Corte establece al menos cuatro principios generales que deben observarse para la debida protección de la libertad religiosa de conformidad con su formulación en el artículo 9 del Convenio. En primer término –tal como lo establece el texto normativo– señala la Corte que la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los elementos vitales más importantes para garantizar el pluralismo en una sociedad democrática, en el sentido que el respeto a estas libertades es igualmente trascendente para personas con convicciones religiosas, como también para agnósticos, escépticos, ateos e indiferentes. Precisa la Corte que el pluralismo es indisociable de las sociedades democráticas, y que como tal su existencia depende del respeto a estas libertades así consagradas²⁴, con lo cual amplía así la noción de pluralismo inicialmente definida en el caso *Kjeldsen* con respecto a la variable educativa de la libertad religiosa, según ha sido visto.

En segundo lugar, señala también la Corte que la libertad religiosa, si bien inicialmente es materia de la conciencia individual, también implica la libertad de manifestar la religión de cada quien, lo cual es consustancial con la existencia de las convicciones religiosas. Asimismo, en tercer orden, esta definición señala la posibilidad de manifestar la religión tanto en privado como de manera comunitaria y con otras personas; particularmente, debe destacarse la precisión de la Corte en el sentido que esta manifestación externa también incluye o comprende en principio el derecho de intentar convencer a los demás a la religión que cada cual profese²⁵. Punto importante de este alcance definido por la Corte, es que este derecho de intentar convencer a los demás bien puede ser ejercido mediante la enseñanza, lo cual marca entonces la dirección hacia el artículo 2 del primer Protocolo a la Convención y se muestra nuevamente la estrecha vinculación entre ambos articulados, y cómo la violación de una de estas normas bien puede conllevar el infringir la correspondiente en el otro cuerpo normativo.

Por otra parte, y como cuarta precisión de estos principios generales, señala la Corte que el reconocimiento a la libertad religiosa que debe existir en las sociedades democráticas, en las cuales pueden coexistir varias y diversas religiones dentro de la misma

población, puede hacer necesario establecer restricciones a esta libertad con tal de reconciliar los intereses de los diversos grupos y asegurar que sean respetadas las creencias de cada cual.²⁶

Es a partir de esta última precisión que la Corte, siguiendo el modelo dispuesto y establecido por el párrafo segundo del artículo 9 de la Convención, señala cómo deben ser juzgadas las limitaciones o restricciones que impongan los Estados a la libertad religiosa, y define en la sentencia un determinado formato para realizar este análisis y que ha seguido siendo utilizado en la posterior jurisprudencia de la Corte sobre esta materia.

El procedimiento utilizado por la Corte para tal fin es –según lo dicho– seguir cuidadosamente los criterios bajo los cuales, y de conformidad con el artículo 9 del Convenio, pueden establecerse limitaciones a la libertad religiosa. Señala el párrafo segundo de esta norma que las restricciones a la libertad religiosa deben estar previstas por ley y ser medidas necesarias en una sociedad democrática, con el fin de proteger la seguridad y el orden público, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades de los demás, aspectos estos últimos que la Corte pareciera englobar dentro del concepto de objetivo o propósito legítimo. De tal forma, la Corte analiza las circunstancias bajo las cuales se han impuesto las restricciones en cada caso particular, siguiendo un análisis de las mismas bajo los siguientes tres capítulos: (1) si las restricciones son prescritas por la ley, (2) si persiguen un objetivo legítimo, y (3) si son necesarias en una sociedad democrática.

Lejos de definir y realizar determinaciones conceptuales sobre cada una de estas circunstancias, la Corte las establece y deja la respectiva valoración a la casuística de cada asunto conocido. Sin embargo, sí debe mencionarse que la Corte previene en esta sentencia a los Estados, al hacer referencia –aunque no expresa– a sus anteriores decisiones donde se ha pronunciado sobre las limitaciones a los derechos fundamentales. Específicamente dice la Corte que ella ha mantenido de manera consistente que los Estados parte de la Convención poseen cierto margen de apreciación para decretar las restricciones y el grado de interferencia adecuado, pero que este margen de decisión estará siempre sujeto al control y supervisión europeo a través de los órganos del sistema. Así, refiere que en definitiva será la Corte quien determinará si las medidas adoptadas en el ámbito interno han sido justificadas y proporcionadas²⁷, o si por el contrario han devenido en contrarias y violatorias de lo establecido en el artículo 9 del Convenio.

Por otra parte, siendo que el ejercicio de la libertad religiosa en los términos vistos permite la manifestación externa, incluso a través de la enseñanza, el caso *Kokkinakis* reviste especial importancia también

por la definición que en él se hace del concepto de “proselitismo inadecuado” –en otras jurisdicciones llamado “proselitismo abusivo”–. Inicialmente señala la Corte que existe una radical diferencia entre el comportamiento religioso testimonial y el “proselitismo que no es respetable”, siendo este aquel que consiste en métodos inmorales, engañosos o indignos para intentar convertir a una persona a determinada convicción religiosa²⁸. Posteriormente, la Corte precisa un poco más y establece una clara diferencia entre un “cristiano comportamiento testimonial”²⁹ y el “proselitismo inadecuado”; entendiéndose por aquél el verdadero evangelismo, el cual es una misión esencial y responsabilidad de cada miembro en cada confesión religiosa; mientras entiende por este una deformación del correcto precepto evangelizador. Especialmente, dice la Corte, el “proselitismo inadecuado” puede tratarse de ofrecer ventajas materiales o sociales, ejercer presiones desmedidas sobre personas necesitadas, el uso de la violencia o el lavado de cerebro, todo con miras a convencer a una persona de hacerse partícipe de determinada convicción religiosa.³⁰

De tal forma, si bien la libertad religiosa y su manifestación externa comporta la posibilidad de intentar convencer a los demás para que sean partícipes de cierta confesión religiosa, este intento de convencimiento no puede tomar nunca la forma de un “proselitismo inadecuado”, el cual resulta incompatible con los conceptos de libertad de pensamiento, conciencia y religión de los demás.³¹

Es así como, a partir del caso *Kokkinakis*, el sistema europeo cuenta ya con definiciones más precisas para la valoración del alcance y contenido del precepto de libertad religiosa establecido en los artículos 9 y 2 del Convenio de Roma y su primer protocolo, respectivamente, por cuanto ya la Corte tuvo así la oportunidad de manifestarse expresamente sobre la norma convencional y complementar así lo ya dicho con respecto al articulado del protocolo en el referido caso *Kjeldsen*. La conjunción de ambos pronunciamientos los ha convertido en especial referencia de los demás asuntos que sobre esta materia ha conocido y resuelto la Corte Europea, y en los cuales ha seguido definiendo precisamente conceptos y obligaciones estatales con el propósito de permitir un pleno ejercicio de la libertad religiosa en los términos establecidos en el Convenio Europeo.

Una muestra de los avances posteriores al caso *Kokkinakis* nos proporciona el siguiente panorama jurisprudencial.

En materia de evangelización, variable de la manifestación externa de la libertad religiosa, la Corte ha indicado que la misma es posible tanto entre iguales como entre desiguales, es decir, que en supuestos, por

ejemplo, de subordinación jerárquica, es perfectamente posible la práctica de la evangelización sin que ello importe o pueda ser considerado como un abuso de confianza o algo impropio tratándose de relaciones jerárquicas. Ha dicho la Corte que limitar la evangelización para que sea sólo entre iguales, sería limitar gravemente la libertad de religión.³² De esta manera, si bien se reconoce que ante la existencia de relaciones jerárquicas y de subordinación, la práctica de la evangelización, la manifestación y el proselitismo religioso pueda motivar que los sujetos pasivos de la misma se sientan compelidos a actuar o expresarse de determinada manera, la Corte privilegia la circunstancia de poder manifestar con total amplitud el credo religioso profesado, libertad que en definitiva debe prevalecer en estas circunstancias. En todo caso, es claro que el ejercicio de la libertad religiosa en estos términos debe desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa y en las interpretaciones de la Corte, y específicamente este ejercicio debe ser realizado en un marco de absoluto respeto a las libertades y derechos de los sujetos pasivos que aprecian o reciben la manifestación religiosa.

Esto último ha sido reafirmado con posterioridad por la Corte al resolver que el derecho a disfrutar de los derechos garantizados por el Convenio sin ser sometido a discriminación, sería igualmente violentado cuando, sin justificación objetiva y razonable, los Estados no trataran de modo diferente a personas en situaciones sensiblemente diferentes.³³ En definitiva, una aplicación del principio de tratar de manera igual a los iguales, y de manera desigual a los desiguales.

Se ha afirmado ya la importancia dada por la Corte a la existencia del pluralismo como condición propia inherente a la existencia de la sociedad democrática.³⁴ Este criterio ha sido reafirmado y reforzado por la jurisprudencia reciente de la Corte Europea, al señalar que los Estados deben abstenerse de emitir valoraciones en cuanto a la organización interna de las comunidades religiosas si estas presentan problemas de liderazgo interno. Sobre el particular, señala el Tribunal que aunque es posible que estas circunstancias puedan motivar situaciones de tensión social, ello es una consecuencia inevitable del pluralismo, por lo que en sociedades democráticas los Estados deben abstenerse de tomar medidas que busquen la cordialidad al interno de las comunidades religiosas.³⁵

Es conveniente una mayor precisión del concepto “tensión” que utiliza la Corte en esta resolución. Esta decisión refleja el carácter amplio de protección de que goza la libertad de practicar y manifestarse de acuerdo a las personales convicciones religiosas y filosóficas, en el sentido que aunque este ejercicio lleve a producir una situación cismática en

alguna confesión, y que tal circunstancia pueda ocasionar, a su vez, cierta tensión en la sociedad, el Estado debe evitar y le está prohibido por esta determinación jurisprudencial, intervenir en las decisiones internas de la comunidad religiosa para preservar así el pluralismo y con él la pervivencia del carácter democrático de la sociedad. Distinto sería, por supuesto, si esta tensión social provocada por situaciones irregulares al interno de las comunidades religiosas, se transformase en comportamientos que pongan en peligro el orden o la seguridad públicos. De tal manera, esta expresa indicación a los Estados debe entenderse en la medida que las divisiones y problemas internos de las comunidades religiosas se desarrollen en un determinado ámbito que, aún causando alguna tensión social –sobre todo en el ámbito de pensamiento y manifestación de ideas– no llegue a ocasionar situaciones de peligro para la seguridad y el orden públicos. De ahí que resulte clave precisar el concepto de “tensión” que la Corte emplea en esta definición jurisprudencial, pues no se trata que ante tales supuestos de peligrosidad los Estados puedan intervenir de manera directa en la comunidad religiosa, pero sí procurar las vías adecuadas para la solución de los focos de conflicto; si no existiera tal situación de peligrosidad, el Estado debería abstenerse de todo comportamiento.

Este criterio ha sido utilizado y complementado por la Corte en diversas oportunidades. Así, precisando el papel del Estado en sus relaciones con las confesiones religiosas, especialmente cuando estas manifiesten problemas de organización interna, la Corte ha expresamente indicado que el Estado, en el ejercicio de su potestad reglamentaria y en su relación con las distintas religiones, cultos y creencias, debe comportarse de manera neutral e imparcial, ya que se debe procurar el mantenimiento del pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia.³⁶

Esta determinación trasciende la esfera de las situaciones conflictivas al interno de las comunidades religiosas, pues como bien ha dicho la Corte, alcanza también a la consideración que el Estado pueda tener sobre la procedencia de los mismos cultos religiosos. Así, ha precisado la Corte que el derecho a la libertad religiosa reflejada en el Convenio, excluye la apreciación que el Estado pueda tener sobre la legitimidad de las creencias religiosas o a las modalidades de expresión de estas. Al mismo tiempo, en cumplimiento de aquel deber de abstención ya mencionado, señala la Corte que si en supuestos de división al interno de una comunidad religiosa el Estado actúa favoreciendo de cierta forma a uno de los grupos enfrentados, estaría el Estado realizando comportamientos atentatorios de la libertad de religión, debido a que en una sociedad democrática el Estado no

necesita tomar medidas para garantizar la unidad al interno de las comunidades religiosas.³⁷

Concluye la Corte que, en estas circunstancias, toda actuación de las autoridades públicas que pretendan detener la causa de las tensiones –esto es, intervenir en el conflicto interno de la comunidad religiosa– sería eliminar el pluralismo, por lo que, por el contrario, la actuación estatal en estos supuestos debe ir encaminada a asegurar la existencia de la tolerancia al interno de la comunidad religiosa en situación problemática.³⁸

Un detalle relacionado con la práctica de la tolerancia lo ha puesto de manifiesto la Corte al determinar que la tolerancia del Estado hacia las confesiones no reviste los mismos efectos ni comporta las mismas implicaciones jurídicas que el reconocimiento hacia ellas. Define la Corte que sólo el reconocimiento – y no la tolerancia– puede conferir los derechos adecuados a las personas interesadas³⁹, de donde resulta que si un Estado simplemente se limita a tolerar determinada comunidad religiosa, sin ejercer sobre ella el pleno reconocimiento que sí pueda ejercer hacia otras comunidades, estará incurriendo en violación de la libertad religiosa en los términos del Convenio. Esto por cuanto, en ausencia del debido reconocimiento, la confesión que sea tratada solamente con tolerancia y no con reconocimiento, estará imposibilitada de organizarse y funcionar plenamente, lo cual conlleva que tal comunidad esté impedida para proteger su patrimonio –indispensable para la libertad de culto– y para reunirse con fines religiosos.

En otro orden de ideas, el conocimiento que ha hecho la Corte de asuntos sobre libertad religiosa, le ha llevado también a pronunciarse sobre un aspecto estrechamente relacionado con el derecho a la objeción de conciencia y a la desigualdad de trato por motivos religiosos. Particularmente, la Corte ha señalado que si por determinadas razones se ha hecho uso de la objeción de conciencia por motivos religiosos, dicha actuación no puede devenir en posteriores y más gravosos comportamientos para el objetor. La posición de la Corte sobre el particular está orientada en el sentido de que la práctica de la objeción de conciencia por razones religiosas no puede ni debe tener efectos jurídicos más allá de para lo cual fue debidamente ejercida, es decir, que al objetor de conciencia por asuntos religiosos debe respetársele a tal grado que es inconsecuente la aplicación sobre él de otras penas o comportamientos lesivos a su integridad. Expresamente, ha indicado la Corte que la negativa manifestada por el objetor para el cumplimiento de determinado acto que la persona considera lesivo de su libertad religiosa, no puede traducirse en otros actos que puedan reducir la capacidad de actuación de esta persona.⁴⁰

Finalmente, en cuanto a la legitimación activa para acceder al sistema europeo de protección de derechos humanos ante presuntas violaciones de las libertades consagradas en el artículo 9 del Convenio, y en general por comportamientos atentatorios de la libertad religiosa, la Corte ha definido que a ella se puede acudir tanto individual como colectivamente, otorgando así la posibilidad al órgano religioso representativo de las confesiones de acudir ante la Corte por sí misma y en nombre de sus fieles.⁴¹ Esto es, pues, la comprobación y puesta en práctica en el ámbito jurisdiccional de la variable de manifestación comunitaria de la libertad religiosa, premisa bajo la cual se entiende adecuadamente la concesión de legitimidad activa tanto para los fieles propiamente dichos como para los órganos eclesiásticos por sí mismos o en representación de aquellos.

III. LA LIBERTAD RELIGIOSA EN AMÉRICA

1. BREVE REFERENCIA A LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el hemisferio americano la discusión en torno a la adopción de instrumentos internacionales sobre derechos humanos 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.⁴² 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.⁴³

Es en estos dos cuerpos normativos donde primero se encuentran referencias muy generales a la libertad religiosa, pero más en el sentido de igualdad y no discriminación que de una protección expresa y puntual. Así se encuentra en los artículos segundo y tercero de la Declaración Americana y de la Carta de la Organización de Estados Americanos, respectivamente. Es el artículo tercero de la Declaración el que sí indica expresamente que:

“Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de

manifestarla y practicarla en público y en privado.”

De tal forma, es a partir de esta norma general de la Declaración Americana que puede entenderse el posterior desarrollo normativo de la protección de la libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Si bien la fuerza normativa de la Declaración –como declaración propiamente dicha– es evidente que no goza en principio de similar sentido al que pueda poseer un texto convencional, en el sistema interamericano la Declaración sí goza de cierto valor vinculante para los Estados miembros de la OEA por dos razones esenciales: en primer lugar, los principios de la Declaración quedan incorporados en el texto de la Carta de la OEA, que sí es un tratado; y en segundo lugar, porque así lo ha resuelto la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en ejercicio de su función consultiva, al resolver la Opinión Consultiva 10/89 determinando que “la circunstancia de que la Declaración no sea un tratado, no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla”.⁴⁴

De tal forma, la libertad religiosa en el sistema interamericano queda así protegida desde el texto mismo de la Declaración y puede como tal ser así alegada ante las vías judiciales del sistema.⁴⁵

Más allá de las disposiciones de la Declaración, es la Convención Americana sobre Derechos Humanos el instrumento que sí expresa de manera directa y específica la protección de la libertad religiosa. Primero lo hace a partir de una norma genérica sobre igualdad de trato y no discriminación –inciso 1 del artículo 1-. Para dar paso luego a la consideración específica contenida en el artículo 12 del texto convencional, que textualmente –y bajo el epígrafe de “Libertad de conciencia y religión”– indica:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden,

la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

Es evidente la similitud de esta norma con la consecuente del artículo noveno del Convenio Europeo, salvedad hecha de la omisión en la norma americana de una expresa mención a que la libertad religiosa puede ser manifestada mediante el culto, la enseñanza, las prácticas y el cumplimiento de los ritos; a pesar de esta expresa falta de mención, se considera que tales aspectos están implícitamente considerados en el párrafo primero del artículo 12 de la Convención Americana, cuando refiere la libertad de profesar y divulgar la religión o las creencias.⁴⁶

Una semejanza adicional en el ámbito normativo entre ambos sistemas se encuentra también en cuanto al cuarto párrafo de la norma americana –sobre la enseñanza religiosa–, que se corresponde de una y otra manera con la disposición contenida en el artículo 2 del primer Protocolo al Convenio Europeo.

De igual manera, ambos textos convencionales son contestes en la admisión de limitaciones a la libertad religiosa, las cuales pueden legítimamente ser impuestas si están debidamente prescritas por ley y son necesarias para la protección de la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades de los demás.

Es en el ámbito jurisprudencial donde cesa toda comparación entre ambos sistemas, pues la labor del sistema europeo en materia de libertad religiosa desborda de manera notable lo actuado por su par americano, y no se diga solamente en cuanto al ámbito del órgano judicial de ambos sistemas, sino también en lo concerniente a lo tramitado y resuelto por las respectivas Comisiones, mientras existió la Europea.

El sistema interamericano muestra una evidente carencia de casos relativos a la protección de la libertad religiosa. La gestión de los órganos del sistema ha estado copada por la tramitación y resolución de violaciones referentes a derechos esenciales como la vida, la libertad, la integridad, la protección de las garantías judiciales, así como a la tutela de derechos políticos.⁴⁷

En el ámbito de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, solamente se encuentran dos referencias indirectas a la protección de la libertad religiosa, ambas en el ejercicio de su función consultiva⁴⁸; aún no conoce la Corte casos sobre violación de la libertad religiosa actuando en la esfera de su competencia contenciosa.

Las menciones que la Corte Interamericana ha realizado sobre la libertad religiosa, lo han sido resolviendo Opiniones Consultivas relacionadas con la suspensión de garantías en supuestos de estados de excepción. Particularmente, la Corte ha resuelto que en situaciones de emergencia existen una serie de derechos que no pueden ser suspendidos; en la Opinión Consultiva OC-8/87, la Corte determinó que no puede suspenderse bajo ningún motivo el ejercicio de las acciones de amparo y hábeas corpus, debido a que constituyen garantías judiciales indispensables para la protección de derechos y libertades que asimismo no son dables de ser suspendidas.⁴⁹

De igual manera, en la Opinión Consultiva OC-9/87, la Corte reiteró que el hábeas corpus, el amparo y todo otro recurso efectivo ante los tribunales competentes no pueden ser objeto de suspensión en casos de estados de excepción, así como tampoco debe ser suspendido todo procedimiento judicial inherente a la forma democrática y representativa de gobierno.⁵⁰

Estas menciones a las referidas Opiniones Consultivas vienen en razón de lo establecido en el artículo 27 de la Convención Americana, el cual regula los supuestos de suspensión de garantías en casos de estados de excepción. Señala la norma del artículo 27 –en lo conducente– que:

“1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: (...) 12 (Libertad de Conciencia y de Religión)...”

De tal forma, es evidente que la Convención Americana brinda una protección especial a la libertad religiosa, en el sentido de que la misma no puede ser suspendida ni aún en supuestos de estados de excepción, y si lo fuera, y he aquí la trascendencia de las citadas resoluciones de la Corte, su protección sería posible a través de los procedimientos judiciales apropiados para su defensa, debido a que el amparo – en este caso la acción más cercana para favorecer su protección– tampoco puede ser objeto de suspensión en estos supuestos.

Lo que sí debe notarse como punto de comparación entre los sistemas, es que la Corte Interamericana, a través de su interpretación dada en la OC-9/87 con respecto a la insusceptibilidad de todo procedimiento tendente a salvaguardar la forma democrática y representativa de gobierno, tiende un puente hacia la específica norma convencional europea del artículo noveno, que señala que las restricciones que se apliquen a la libertad religiosa deben ser solamente las que sean permitidas y consecuentes en una sociedad democrática. De tal manera, la “libertad de conciencia, pensamiento y religión” del Convenio Europeo, y la “libertad de conciencia y religión” de la Convención Americana –a través de la protección que posibilita el mismo texto convencional y la jurisprudencia de la Corte– son establecidas y definidas en ambos sistemas como elementos inherentes y propios de las sociedades democráticas. He aquí un punto de encuentro entre los sistemas, punto de encuentro que trasciende la esfera de las definiciones normativas y jurisprudenciales y se ubica más en la idea y concepto consustancial de los derechos humanos y la democracia.

2. DIÁLOGO SIN INTERLOCUCIÓN: LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN COSTA RICA. LOS PUNTOS DE ENCUENTRO ENTRE LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

La Constitución Política de la República de Costa Rica confiere al Estado costarricense la confesión de la religión católica, apostólica y romana. No obstante, igualmente señala y establece el libre ejercicio de otros credos religiosos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres, con lo cual abre claramente las opciones y posibilidades para la válida existencia y práctica de confesiones distintas a la católica. Textualmente, el artículo 75 constitucional refiere que:

“**ARTÍCULO 75.**– La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la del Estado, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio en la República de otros cultos que no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres.”⁵¹

En Costa Rica, la reforma parcial de la Constitución realizada en 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 concentrada⁵². 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. Sin embargo, esta reforma no modificó el artículo 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.

No obstante, 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.⁵³ 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.⁵⁴ Siguiendo esta línea de argumentación la Sala estableció, entre otras conclusiones, que aquella reforma constitucional había modificado de manera tácita el artículo 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.⁵⁵

Así, se configuran plenamente como parámetros de constitucionalidad también a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluidas las declaraciones e incluso otros instrumentos internacionales, 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 normativa⁵⁶.

Valga este preámbulo para dar debida explicación a que la consideración –y con ella la protección– constitucional de la libertad religiosa en Costa Rica trasciende la específica norma del artículo 75 de la Constitución, pues a través de la jurisprudencia del tribunal constitucional costarricense, esta norma se ve convenientemente actualizada y complementada con las expresas disposiciones de origen internacional sobre la materia que se apliquen en el país, específicamente, los textos de la Declaración y Convención Americanas en los términos vistos en el apartado anterior, así como de

los demás instrumentos internacionales que así la consideren y resulten de especial aplicación.

Siendo lo anterior la faceta normativa de la libertad religiosa en Costa Rica, resulta prudente anotar que las acciones jurisdiccionales invocando la debida protección ante presuntas amenazas, han versado mayoritariamente en el seno de la Sala Constitucional con respecto a la variable de su manifestación externa, lo cual no ha imposibilitado a la Sala para dictar lineamientos concretos sobre la conceptualización y practicidad de la libertad religiosa.

En este sentido, situándose tan sólo dos meses después de que la Corte Europea de Derechos Humanos resolviera el caso *Kokkinakis*, la Sala Constitucional dicta una sentencia que ha tenido una utilidad pionera en este campo. La Sala inicia por intentar precisar el concepto de orden público que consta en el texto del artículo 75 constitucional –en similares términos a como aparece en el Convenio Europeo y la Convención Americana–; indica la Sala que este término puede ser utilizado tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a los derechos en nombre de los intereses colectivos. Continúa la Sala argumentando que bajo el concepto de orden público no se trata únicamente del mantenimiento del orden material en las calles, sino también del mantenimiento de cierto orden jurídico y moral, de manera que está constituido por un mínimo de condiciones para una vida social, conveniente y adecuada, y que su fundamento son la seguridad de las personas y de los bienes, la salubridad y la tranquilidad.⁵⁷

Específicamente sobre la libertad religiosa, la Sala ha señalado que considerando a la misma en cuanto al plano individual, debe ser entendida como un derecho subjetivo individual que debe esgrimirse ante el Estado para exigirle abstención y protección ante ataques de otras personas o entidades.⁵⁸ Asimismo, especifica la Sala, la libertad religiosa posee también un plano social, mejor conocido como “libertad de culto”, y que se traduce en el derecho a practicar externamente las propias convicciones. Bajo esta última orientación –el plano social de la libertad religiosa– se integran la libertad de proselitismo o propaganda, la libertad de congregación o fundación, la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y asociación y los derechos de las comunidades religiosas, entre otros.⁵⁹

Lo anterior reviste particular importancia en el contexto costarricense, donde tradicionalmente se ha denominado a la “libertad religiosa” bajo este concepto de “libertad de culto”. Así, la Sala introduce una variable en esa tradicional e imprecisa identificación, al establecer claramente que el concepto de “libertad religiosa” va más allá de lo que en específico es la “libertad de culto”. Es por ello que la Sala se encarga igualmente de precisar

aún más este último concepto, reiterando que se trata de la manifestación externa de la libertad religiosa y que comprende el derecho a mantener lugares de culto y practicar el mismo dentro y fuera de tal recinto, siempre que tal práctica esté sujeta a las limitaciones establecidas.⁶⁰

Es igualmente destacable en el ámbito nacional la atemperación que por acción de la Sala se introduce en la interpretación del texto del artículo 75 constitucional. Se veía anteriormente que la Constitución costarricense confiere al Estado una determinada confesión, incluso determinando que el Estado debe contribuir a su mantenimiento, lo cual desde una interpretación dogmática y textual puede inducir a apreciar cierta discriminación en el trato del Estado hacia las demás confesiones existentes en el país. Sin embargo, en ejercicio de su facultad de intérprete constitucional, la Sala determinó que dicha disposición no puede interpretarse en sentido restrictivo, sino ampliativo o extensivo, de donde resulta que en virtud del mandato establecido en dicha norma constitucional el Estado posee una obligación general de cooperar con las diferentes confesiones religiosas que profesan los habitantes del país, y de manera específica con la Iglesia Católica. Asimismo, concreta la Sala, tal obligación particular para con la Iglesia Católica no debe ser entendida propiamente como una asistencia de financiamiento económico, sino más bien en posibilitar la formación religiosa en los centros docentes públicos. De lo anterior, concluye la Sala, el hecho de que el texto constitucional de 1949 se exprese de la manera vista no debe entenderse como un indicador de parcialidad de la Constitución en beneficio de una confesión religiosa determinada, sino como un indicador de una realidad sociológica que no puede implicar la discriminación para las demás confesiones y sus adeptos por parte de los poderes públicos.⁶¹

Aquí, además de la destacable “actualización” del texto constitucional operado por la vía de la interpretación judicial de la Constitución, surgen dos elementos importantes a tomar en consideración. El primero de ellos es la referencia directa a que dicho mandato se traduce en posibilitar la enseñanza religiosa en los centros públicos, omitiendo toda referencia a los centros privados.⁶² No obstante, aún haciendo referencia sólo a los centros educativos de carácter público, si se sigue la interpretación final de la Sala en cuanto a la imposibilidad de discriminación de confesiones, podría válidamente concluirse con que esta enseñanza religiosa a realizar en los centros públicos debe ser lo consecuentemente inclusiva para no causar discriminación para con los practicantes de otras religiones. Sin embargo, según se verá a continuación, esta circunstancia ha quedado salvada a través de un mecanismo de no evaluación, que ha sido igualmente

protegido por la Sala; además, es claro que la Sala se refiere expresamente sólo a la educación pública en el sentido que es en ella donde más directamente debe y puede influir el Estado, y que se refiere a la enseñanza religiosa católica porque es esta confesión a la que se menciona directamente en el artículo 75 de la Constitución y de donde surge la interpretación de la Sala en los términos reseñados —en cuanto a que la obligación de mantenimiento se traduce en posibilitar la enseñanza religiosa—.

El otro elemento a destacar es la lógica cadena consecucional que deviene de no discriminar a las demás confesiones religiosas, pues bien advierte la Sala que al plasmarse el reconocimiento al libre ejercicio de otras confesiones, se impone allí la imposibilidad de discriminarles a ellos y a sus adeptos. Es decir, la Sala específica y traduce, como en consecuencia debe ser, la protección de la manifestación en comunidad a la manifestación individual, complementando una vez más el concepto de libertad religiosa para que sea entendido tanto en su dimensión individual como en su dimensión social o en comunidad, es decir, tanto en su manifestación interna como en su manifestación externa.

Los principios establecidos en esta primera sentencia sobre libertad religiosa de la Sala Constitucional han sido reiterados y fortalecidos en diversas ocasiones. Párrafos atrás se hacía referencia a la integración del ordenamiento costarricense con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y que por tanto la dimensión jurídica de la libertad religiosa trascendía lo propiamente establecido en la normativa constitucional. En este sentido, en una ocasión posterior, la Sala aplica directamente el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos para precisar adecuadamente el contenido de la “libertad de culto”, para de conformidad con el texto del artículo 12 convencional definir que la libertad de culto deviene como algo natural de la libertad religiosa consagrada en aquel, y entendiendo a la misma como la libertad para realizar prácticas religiosas externas —incluyendo la enseñanza religiosa—, al mismo tiempo que incluye también el derecho a establecer y mantener lugares de culto. Define también la Sala en esta ocasión, que si la libertad religiosa contiene tanto un carácter individual como uno colectivo, la cobertura de esta libertad alcanza también a los derechos de asociación y reunión con fines religiosos.⁶³ Esta última consideración es precisamente la actualización de la anterior jurisprudencia de la Sala ya referida, y que precisa adecuadamente la relación de la libertad religiosa con otras definiciones sobre derechos fundamentales, de donde válidamente se concluye que de conformidad con la apreciación de la Sala, una violación de la libertad religiosa en cuanto a su manifestación externa y comunitaria —“libertad de culto”— devendría igualmente

en la violación de los derechos de asociación y reunión con fines religiosos.

En similar sentido, además de la referencia al texto de la Convención Americana, la Sala igualmente ha referido al artículo 18 de la Declaración Americana para fundar sus apreciaciones sobre libertad religiosa, evidenciando aún más la influencia de los instrumentos internacionales sobre el ordenamiento interno. De igual manera, siguiendo con la línea de relacionamiento de la libertad religiosa con otros derechos fundamentales, definió la Sala que existen también vínculos indisolubles con la libertad, la autodeterminación, la integridad personal –psíquica y moral– y la dignidad humana⁶⁴, los cuales se unen de esta forma con los derechos de asociación y reunión en los términos vistos en el párrafo anterior, y de donde se colige la configuración de la libertad religiosa como una libertad directa y estrechamente relacionada con el contexto integral de derechos fundamentales y libertades públicas vigente en el país, el cual, según lo dicho, se compone de la integración de las normas nacionales con las normas de origen internacional sobre la materia.

La protección de la libertad religiosa en el ámbito nacional costarricense, a partir de estas definiciones conceptuales sobre su contenido y alcances realizadas por la Sala Constitucional, ha versado básicamente sobre asuntos relacionados con la manifestación externa a través de la enseñanza, debiendo pronunciarse la Sala en diversas ocasiones, protegiendo las convicciones de alumnos en centros educativos públicos, tanto de nivel secundario como universitario.

En este sentido, la Sala ha definido ciertos principios básicos a los cuales atenerse para la debida protección de la libertad religiosa en la enseñanza. Quizá el más general de estas directrices sea la obligación de abstenerse de impartir lecciones de religión o ética cristiana a aquellos alumnos que no profesen esta confesión, esto con la finalidad de proteger las convicciones personales del alumno y no imponerle una enseñanza que pueda reñir con la práctica de su propia confesionalidad.⁶⁵ Esta determinación se complementó con la especificación que posteriormente realizó la Sala, para determinar que esta práctica de abstención de impartir las lecciones de religión o ética cristiana no podía supeditarse o condicionarse a requisitos de tiempo y forma a cumplir por la persona afectada⁶⁶, debido a que todas las personas son libres de mantener o bien de cambiar en cualquier momento sus convicciones religiosas y hacerlo de cualquier forma. De lo anterior se concluye que el deber de abstención de impartir o evaluar en el ámbito académico la asignatura de religión o ética cristiana debe mantenerse vigente en todo tiempo y lugar, por cuanto debe privar el respeto a las convicciones personales por sobre ciertas órdenes

administrativas reguladoras de los procesos educativos.⁶⁷

Es importante señalar que la Sala reconoce la protección de la libertad religiosa en estos términos incluso y especialmente a los menores de edad –especialmente porque una buena parte del proceso educativo se desarrolla mientras las personas son aún menores de edad–, a quienes también asiste esta posibilidad de atemporalidad e informalidad para reclamar ese deber de abstención. A ello llega la Sala en una nueva aplicación de normativa de origen internacional, haciendo uso de la norma del artículo 14 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño –que impone a los Estados el deber de respetar el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión–. En este sentido, define la Sala que dicha normativa implica para el Estado costarricense el deber de respetar en forma absoluta las decisiones que tome una persona menor de edad respecto de sus creencias religiosas, y que el Estado y los mismos padres del menor, solamente poseen el deber de velar por que estas creencias no sean contrarias al interés superior del niño y que no sean contrarias al orden público, la moral o las buenas costumbres.⁶⁸ En otras palabras, a más de afirmar que el Estado posee tal deber de abstención, la Sala reconoce la plena capacidad jurídica de los menores de edad en cuanto a su libertad religiosa en los términos señalados por la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y que de conformidad con lo visto, alcanza todo el ámbito de protección según lo establece la norma constitucional costarricense, la normativa de origen internacional como la Convención y Declaración americanas, y la jurisprudencia interpretativa y aplicativa de la Sala Constitucional.⁶⁹

Finalmente, se ha referido la actualización por vía jurisprudencial del sentido textual del artículo 75 de la Constitución Política, en el sentido de la inexistencia de discriminación de las demás confesiones aunque dicha norma refiera y conceda al Estado la religión católica, apostólica y romana. Igualmente, se refirió al dimensionamiento que se hace del deber de mantenimiento que allí se expresa, para que el mismo no se entienda de manera restrictiva sino extensiva a las demás confesiones existentes en el país. De tal manera, la Sala ha dado en identificar este “mantenimiento” como un “deber de cooperación” del Estado para con las diferentes confesiones, en virtud del cual la administración pública debe abstenerse de convocar actuaciones que interfieran con el ejercicio de la libertad religiosa ampliamente considerada, tanto en su ámbito individual como colectivo, alcanzando por lo tanto esta prohibición a los centros de enseñanza públicos, quienes en virtud de proteger la práctica religiosa de las diferentes confesiones deben atender a tales

circunstancias al momento de definir la realización de ciertos comportamientos como la presentación de exámenes y el cumplimiento de todo tipo de pruebas que ameriten la actuación personal directa de sujetos imposibilitados de cumplirlas en razón de su práctica religiosa.⁷⁰

De tal manera, la Sala argumenta que de la interpretación extensiva de la norma referente al “deber de mantenimiento”, se deriva un “deber de cooperación” del Estado para con todas las confesiones religiosas, “deber de cooperación” que se violentaría –al mismo tiempo que lo sería la libertad religiosa en sí– si las administraciones públicas obligasen a las personas a realizar determinados actos aún cuando ellas se vean imposibilitadas de cumplirlos porque consideren que deben cumplir primero con los preceptos y las prácticas de la convicción religiosa que profesen. De lo anterior, resulta entonces no sólo una interpretación extensiva del artículo 75 constitucional, sino en efecto una muy amplia protección de la libertad religiosa en todas sus manifestaciones, por cuanto se privilegia la práctica y observancia de preceptos y ritos religiosos por sobre actuaciones ante las administraciones públicas, incluyendo en ellas por supuesto, los centros de enseñanza públicos.⁷¹

IV. A MODO CONCLUSIVO: ALGUNAS PRECISIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LOS SISTEMAS EUROPEO, INTERAMERICANO Y COSTARRICENSE DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El estudio de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, permite identificar una mediana sintonía en cuanto a la protección de la libertad religiosa, especialmente en lo que concierne a las apreciaciones del tribunal europeo y del tribunal nacional referidos, pues el sistema interamericano aún está por conocer la materia de la libertad religiosa en sede de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

De tal forma, la jurisprudencia que ha sido objeto de análisis y comentario en la precedente exposición aporta las siguientes conclusiones específicas:

1. La libertad religiosa en el sistema europeo de derechos humanos muestra una especial vertiente en cuanto a su manifestación externa, especialmente en lo atinente a la consideración de la libertad religiosa en relación con el derecho a la educación, circunstancia ya reconocida normativamente a través del artículo 2 del Protocolo 1 al Convenio Europeo.
2. El pluralismo, a más de su trascendencia en cuanto al sistema democrático de organización social, es a la vez punto de particular atención en lo que corresponde a las relaciones entre la educación y la libertad religiosa, pues el respeto del pluralismo en la educación es considerado como esencial para la preservación de la sociedad democrática en los términos de la Convención Europea. Esta circunstancia motiva a que la referida disposición del Protocolo, deba ser analizada de conformidad con su relación directa con lo establecido en los artículos 8, 9 y 10 del Convenio Europeo. De tal forma, se ha definido que el pluralismo es indisoluble de las sociedades democráticas, y que como tal su existencia depende del respeto a las libertades.
3. La consideración de la libertad religiosa en el sistema europeo determina que la misma goza de una protección ampliada en el ámbito educativo, de manera tal que deba ser respetada a lo largo de todo el programa educativo estatal, y que tal respeto deba ser entendido y aplicado en todas las funciones estatales relacionadas con la educación y la enseñanza.
4. En ese sentido, la jurisprudencia ha sido clara en la definición de que al Estado le está particularmente prohibido perseguir un objetivo de adoctrinamiento a través de la enseñanza, ya que tal comportamiento puede ser considerado como un irrespeto a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres que matriculan a sus hijos en el sistema educativo.
5. El estudio casuístico realizado por la Corte Europea de Derechos Humanos para determinar la violación de la libertad religiosa en los términos del Convenio determina las circunstancias bajo las cuales se han impuesto restricciones a la libertad religiosa mediante un estudio pormenorizado que intenta seguir un hilo argumentativo que permita a la Corte determinar si las restricciones impuestas han sido prescritas por la ley, si han perseguido un fin legítimo, y si han sido necesarias en una sociedad democrática, elementos todos definidos normativamente en el artículo 9 del Convenio Europeo.
6. La Corte Europea ha determinado el alcance del llamado “proselitismo inadecuado”, entendiéndole como aquel que consiste en métodos inmorales,

- engañosos o indignos para intentar convertir a una persona a determinada convicción religiosa, ofreciendo ventajas materiales o sociales, ejerciendo presiones desmedidas sobre personas necesitadas o incluso recurriendo a la violencia y al adoctrinamiento mental. De tal forma, toda manifestación de la libertad religiosa que pretenda atraer creyentes hacia determinada confesión, debe ser cuidadosa de no caer en la práctica del “proselitismo inadecuado” si pretende mantenerse dentro de los límites válidamente establecidos para el ejercicio de la libertad religiosa.
7. Del mismo modo, y siempre en atención a la manifestación externa de la libertad religiosa, la evangelización puede válidamente practicarse aún entre desiguales, entendiendo por tales a personas situadas en una relación de jerarquía o subordinación, sin que ello implique necesariamente la violación a la libertad religiosa en los términos del Convenio. Esto por cuanto limitar la evangelización para que lo fuera solamente entre iguales sería limitar gravemente la libertad de religión.
 8. En cuanto a las obligaciones estatales para preservar la libertad de religión, se ha definido que los Estados deben abstenerse de emitir valoraciones en cuanto a la organización interna de las comunidades religiosas, salvo que problemas de liderazgo interno puedan revestir serias amenazas a la seguridad y al orden públicos, en cuyo caso los Estados solamente pueden tomar las medidas apropiadas para preservar la tolerancia a lo interno de la comunidad religiosa. Igualmente, deben también los Estados abstenerse de emitir apreciaciones sobre la legitimidad de las creencias religiosas y sus modalidades de expresión, igualmente salvo que las mismas riñan abiertamente con la seguridad y el orden públicos.
 9. Debe destacarse la diferenciación que la Corte hace de los términos “tolerancia” y “reconocimiento” a los efectos de la libertad religiosa, ya que la “tolerancia” no reviste los mismos efectos ni comporta las mismas implicaciones jurídicas que el “reconocimiento” de las comunidades religiosas, ya que sólo el “reconocimiento” puede conferir los derechos adecuados a las personas interesadas.
 10. Importante mención debe darse también al ejercicio del derecho de objeción de conciencia por motivos religiosos, ya que cuando el mismo es ejercido no puede dar lugar a posteriores y más gravosos comportamientos para el objetor, es decir, que esta práctica no debe tener más efectos jurídicos que los precisos para lo cual fue debidamente ejercida.
 11. En cuanto a los aspectos procedimentales, el acceso al sistema europeo ante presuntas violaciones a la libertad religiosa, está permitido tanto a las personas en cuanto tales como a las comunidades religiosas por sí o en representación de sus adeptos. De tal forma, la libertad de religión en su variable de manifestación en comunidad tiene efectos jurídicos, incluso para el acceso al sistema europeo de derechos humanos, al mismo tiempo que esta protección procesal refleja el adecuado carácter consustancial entre la manifestación individual y la manifestación externa y en comunidad de la libertad religiosa.
 12. A diferencia de la profusa producción jurisprudencial del sistema europeo en cuanto a la libertad religiosa, en el sistema interamericano resulta evidente la ausencia de casos específicos conocidos por el órgano judicial del sistema, siendo que a la fecha la Corte Interamericana solamente ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema de manera indirecta y en ejercicio de su función consultiva.
 13. Estos pronunciamientos de la Corte Interamericana han reafirmado claramente los preceptos del artículo 12 en relación con el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para determinar que la libertad religiosa no puede ser suspendida en supuestos de estados de excepción, y que aún en dichas situaciones, la libertad religiosa goza de todos los mecanismos jurisdiccionales –como el amparo– para asegurar su respeto y protección.
 14. A pesar de la ausencia de mayores desarrollos jurisprudenciales en el sistema interamericano, sí debe destacarse como punto de encuentro entre ambos sistemas la convicción de ambos tribunales de que la libertad de pensamiento, conciencia y religión resulta un elemento propio e inherente a las sociedades democráticas, por lo que toda restricción que se pretenda imponer a la libertad religiosa lo debe ser solamente bajo la forma permitida y consecuente en una sociedad democrática.
 15. En el caso específico de la protección de la libertad religiosa en Costa Rica, debe entenderse que la misma trasciende la disposición constitucional sobre la materia, para quedar integrada igualmente por los textos consecuentes de la Declaración y Convención Americanas sobre Derechos Humanos, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, y todo otro instrumento internacional de protección de los derechos humanos que brinde mayor protección a la persona y que resulte vigente en el país, de modo que toda la carga principal de

estos instrumentos informan y complementan la definición y protección de la libertad religiosa prevista en el ámbito constitucional.

16. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia definió que la libertad religiosa, en cuanto al plano individual, debe ser entendida como un derecho subjetivo individual que debe esgrimirse ante el Estado exigiéndole abstención y protección ante ataques de otras personas o entidades.
17. Igualmente reconoce la Sala el plano social de la libertad religiosa, mejor conocida como la “libertad de culto”, y a la cual se integran la libertad de proselitismo o propaganda, la libertad de congregación o fundación, la libertad de enseñanza, el derecho de reunión y asociación y los derechos de las comunidades religiosas; asimismo, se integran en él la libertad de autodeterminación, la integridad personal –psíquica y moral– y la dignidad humana. Con lo anterior, se refleja la específica inserción y estrecha vinculación de la libertad religiosa en el entramado de las libertades públicas y derechos fundamentales.
18. De conformidad con el texto constitucional y su interpretación judicial, la relación del Estado costarricense con la confesión católica debe orientarse a posibilitar la enseñanza religiosa en los centros públicos, pero omite toda consideración con respecto a los centros privados de enseñanza. Esta enseñanza en los centros públicos debe ser lo suficientemente inclusiva para no discriminar a las demás confesiones.
19. En este sentido, se define una serie de obligaciones para el Estado en cuanto al ejercicio de su potestad educativa, de manera que debe el Estado abstenerse de impartir lecciones de religión o ética cristiana a aquellos alumnos que no profesen esta confesión; la petición para que ello sea así puede ejercerse de manera atemporal e informal, y a la vez esta obligación del Estado debe mantenerse vigente en todo tiempo y lugar.
20. La posibilidad de acudir a dicha solicitud de abstención se reconoce incluso a los menores de edad, en virtud de la expresa disposición del artículo 14 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño. La aplicación de esta normativa determina que en Costa Rica y a efectos de la libertad religiosa, se reconozca a los menores plena capacidad jurídica en los términos indicados por la Convención, lo que determina que el Estado y los padres solamente poseen el deber de velar por que las creencias adoptadas y manifestadas por el menor no sean contrarias al interés superior del niño y que no sean contrarias al orden público, la moral o las buenas costumbres.
21. La interpretación del artículo 75 de la Constitución Política da origen a un llamado “deber de cooperación” del Estado para con las diferentes confesiones, en virtud del cual la administración debe abstenerse de programar actos que interfieran con el ejercicio de la libertad religiosa de los administrados. Este deber de abstención, de particular trascendencia para efectos de la enseñanza y actos académicos, determina que en virtud de proteger la libertad religiosa en un sentido amplio, se privilegie la práctica y observancia de preceptos y ritos religiosos por sobre las actuaciones ante la administración pública.
22. De conformidad con los textos jurisprudenciales objeto de consideración, resulta destacable que la previsión normativa de la libertad religiosa muestra una formulación bastante coincidente en el ámbito de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos; no sucede así con respecto a la primaria definición del articulado de la Constitución Política costarricense –en todo caso levemente anterior a las definiciones normativas de los sistemas mencionados–, lo cual es suplido adecuadamente mediante la interpretación integradora realizada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.
23. No obstante, a pesar de estas similares formulaciones normativas, el conocimiento de casos y la consiguiente producción jurisprudencial es evidentemente mayor en tratándose del sistema europeo de derechos humanos. Sin embargo, para ello debe tomarse en cuenta tanto la mayor experiencia histórica del mismo, como la particularidad de casos objeto de su conocimiento desde la entrada en vigor y funcionamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos. De ahí, que al momento actual resulte inviable todo mayor ejercicio de comparación entre los sistemas en esta materia.
24. Donde sí parece existir un eco inconsciente de los principios jurisprudencialmente precisados por la Corte Europea de Derechos Humanos, es en el ámbito de la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Las definiciones nacionales formuladas sobre los deberes del Estado con respecto a su ejercicio de la potestad educativa, guardan bastantes similitudes con algunos de los principios definidos por la Corte Europea desde su resolución sobre el caso *Kjeldsen*. Así, por ejemplo, el deber de respetar la libertad religiosa, (i) incluso de los menores de edad, (ii) en el transcurso de todo el proceso educativo estatal, (iii) en todas las funciones estatales relacionadas con la enseñanza y la

educación, (iv) así como el deber del Estado de comportarse de manera neutral e imparcial en sus relaciones con todas las confesiones, son elementos igualmente presentes en las formulaciones jurisprudenciales de la Sala Constitucional, según se ha determinado.

25. Lo anterior determina que resulte válido concluir, que a pesar de la ausencia de correspondencia

geográfica y la aún vigente imposibilidad de puntual comparación entre los sistemas de protección de los derechos humanos, sí es posible advertir un “acercamiento” en las precisiones jurisprudenciales que sobre la libertad religiosa han emitido la Corte Europea de Derechos Humanos y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

NOTAS

1. El autor es abogado costarricense, Oficial del Programa Administración de Justicia del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
2. Cfr. SOUTO PAZ (José Antonio). **Comunidad política y libertad de creencias. Introducción a las Libertades Públicas en el Derecho Comparado.** 2ª ed. Marcial Pons. Madrid. 2003. p. 254. En similar sentido, véase EVANS (Carolyn), *Religious Freedom in European Human Rights Law: The Search for a Guiding Conception*, en JANIS (Mark W.) y EVANS (Carolyn) (eds). **Religion and International Law.** Martinus Nijhoff Publishers. La Haya. 1999. p. 385.
3. Cfr. IBÁN (Iván) y FERRARI (Silvio) **Derecho y Religión en Europa Occidental.** McGraw-Hill. Madrid. 1998. p. 21.
4. Cfr. MANTECÓN SANCHO (Joaquín). **El derecho fundamental de libertad religiosa.** EUNSA. Pamplona. 1996. p. 29.
5. Cfr. DÍEZ-PICAZO (Luis). **Sistema de derechos fundamentales.** Thomson-Civitas. Madrid. 2003. p. 209.
6. Cfr. *Ibid.*, p. 210.
7. Cfr. IBÁN (Iván) y FERRARI (Silvio). *Op. cit.* pp. 5-10.
8. Cfr. MANTECÓN SANCHO (Joaquín). *Op. cit.* p.81.
9. Cfr. McCOUBREY (Hilaire). *Natural Law, Religion and the Development of International Law*, en JANIS (Mark W.) y EVANS (Carolyn) (eds). *Op. cit.* p. 177.
10. 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 las 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.** Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas. 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.** Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 1999. p. 35.
11. 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.
12. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del 4 de Noviembre de 1950. Artículo 9.
13. Protocolo 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del 20 de Marzo de 1952. Artículo 2.
14. Un detallado estudio sobre el contenido, alcance y limitaciones del artículo 9 del Convenio Europeo y del artículo 2 del primer Protocolo al Convenio, puede encontrarse en EVANS (Malcolm D.). **Religious Liberty and International Law in Europe.** Cambridge University Press. Cambridge. 1997. pp. 262-362.
15. La Comisión Europea de Derechos Humanos tuvo un abundante conocimiento de asuntos relativos a la libertad religiosa, algunos de los cuales traspasaron su ámbito de competencias llegando a conocimiento de la Corte Europea. Según se ha dicho, se omite en este estudio la valoración de los casos tramitados por la Comisión en virtud que el presente trabajo está enfocado a la jurisprudencia de la Corte Europea. De todos modos, vale mencionar en este momento el caso *Chauban*, del 16 de Mayo de 1990; el caso *Chrysostomos*, del 16 de Octubre de 1991; y el caso de *The Holy*

- Monasteries*, del 5 de Junio de 1990. Una referencia más exacta a los casos tramitados ante la Comisión puede encontrarse en MARTÍNEZ-TORRÓN (Javier). El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en **Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado**, n° II. Editorial Universidad Complutense. Madrid. 1986. pp. 403-496; y MARTÍNEZ-TORRÓN (Javier). La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea, en **Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado**, n° IX. Editorial Universidad Complutense. Madrid. 1994. pp. 53-87.
16. La Corte Europea de Derechos Humanos, habiendo sido creada por el Convenio Europeo de 1950, inició sus actuaciones en 1959.
 17. Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Kjeldsen*, Madsen y Pedersen, del 7 de Diciembre de 1976.
 18. *Ibid*, párr. 50.
 19. *Ibid*, párr. 52.
 20. *Ibid*, párr. 51.
 21. *Ibid*, párr. 53.
 22. Cfr. párr. 50 de esta misma sentencia.
 23. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Kokkinakis contra Grecia*, sentencia del 25 de Mayo de 1993.
 24. *Ibid*, párr. 31.
 25. *Ibidem*.
 26. *Ibid*, párr. 33.
 27. *Ibid*, párr. 47.
 28. *Ibid*, párr. 30.
 29. He aquí una referencia a la comentada noción implícita del concepto “religión” latente en el ámbito europeo, y tan en discusión en el contexto actual con respecto a la aprobación de la Constitución Europea.
 30. *Ibid*, párr. 48.
 31. Un sector de la doctrina ha manifestado que esta diferenciación entre proselitismos elaborada por la Corte es correcta desde una posición teórica, pero que la misma conlleva una difícil y hasta peligrosa aplicación práctica por la posibilidad de, incluso, poder aplicar la legislación penal como un medio de evitar la utilización del positivismo inadecuado o abusivo. Sobre el particular, véase IBÁN (Iván) y FERRARI (Silvio). op cit. p.6.
 32. Caso *Larissis y otros contra Grecia*, sentencia del 24 de Febrero de 1998, párrafo 48.
 33. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Thlimmenos contra Grecia*, sentencia del 6 de Abril de 2000, párr. 44.
 34. Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Kjeldsen y otros*, sentencia del 7 de Diciembre de 1976, y caso *Kokkinakis*, sentencia del 25 de Mayo de 1993.
 35. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Serif contra Grecia*, sentencia de 14 del Diciembre de 1999, párrafos 52 y 53.
 36. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Iglesia Metropolitana de Besarabia contra Moldavia*, sentencia del 13 del Diciembre de 2001, párr. 116.
 37. Cfr., *ibid*, párr. 117.
 38. *Ibid*, párr. 116. En el mismo sentido, véase Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Agga contra Grecia*, sentencia del 17 de Octubre de 2002, párr. 60.
 39. Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Iglesia Metropolitana de Besarabia contra Moldavia*, cit., párr. 129.
 40. Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Thlimmenos contra Grecia*, cit., párr. 47.
 41. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Asociación de Culto Israelita Cha'are Shalom Ve Tsedek contra Francia*, sentencia del 27 de Junio de 2000, párr. 72. En el mismo sentido, Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Iglesia Metropolitana de Besarabia contra Moldavia*, cit., párr. 101.
 42. 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 las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.
 43. 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 p. Véase también HITTERS (Juan Carlos). **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**. T.II: Sistema Interamericano. Buenos Aires. EDIAR. 1993. 674 p.
 44. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-10/89, del 14 de Julio de 1989, párr. 47.

45. Esto es importante mencionarlo debido a la diversidad de opciones existentes en el sistema interamericano para realizar valoraciones y pronunciamientos sobre presuntas violaciones a los derechos humanos, que se pueden sintetizar 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.
46. Cfr. FIX ZAMUDIO (Héctor). *La libertad religiosa en el sistema interamericano de derechos humanos, en AAVV. La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico.* Instituto de Investigaciones Jurídicas / Universidad Nacional Autónoma de México. 1996. p. 503.
47. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha conocido algunos casos donde junto con demás violaciones se alegaba también la de la libertad religiosa, pero ninguno de ellos ha trascendido a la Corte Interamericana como violación expresa de la libertad religiosa. Sobre el particular pueden verse los siguientes asuntos sometidos a conocimiento de la Comisión: caso 2.137, del 18 de Noviembre de 1978 contra Argentina; caso 11.610, del 13 de Abril de 1999, contra México; caso 12.053 e informe 78/00, del 5 de Octubre de 2000, contra Belice; y caso 11.140, del 4 de Febrero de 2003 contra los Estados Unidos.
48. La competencia consultiva de la Corte Interamericana, 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 de la Convención Americana–. 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 las emite y la trascendencia a futuro de su eventual desatención.
49. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consulta OC-8/87, del 30 de Enero de 1987.
50. Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de Octubre de 1987.
51. Constitución Política de la República de Costa Rica, del 7 de Noviembre de 1949.
52. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia conoce en exclusiva y en única instancia de las acciones de amparo, hábeas corpus, del control de constitucionalidad, y de competencias constitucionales.
53. Cfr. Sala Constitucional, Costa Rica, sentencia 3435-92, del 11 de noviembre de 1992, considerando I.
54. Cfr. Sala Constitucional, sentencia 5759-93, del 10 de noviembre de 1993, considerando II.
55. Cfr. Sala Constitucional, sentencia 2313-95, del 9 de mayo de 1995, considerando VI.
56. Cfr. Sala Constitucional, sentencia 2000-09685, del 1º de noviembre de 2000, considerando V, y sentencia 2000-07818 del 5 de septiembre de 2000, considerando VI.
57. Cfr. Sala Constitucional, sentencia 3173-93, del 6 de Julio de 1993, considerando III. A partir de aquí, continúa la Sala definiendo la problemática de la limitación de derechos y libertades y la conveniencia del ejercicio de la ponderación, señalamientos que considera de especial relevancia para la valoración del respeto o violación de la libertad religiosa.
58. Para un análisis de la consideración de la libertad religiosa como un derecho público subjetivo, véase MANTECÓN SANCHO (Joaquín). Op cit. pp. 54-57.
59. Cfr. Sala Constitucional, sentencia 3173-93, cit., considerando VII.

60. Cfr. *Ibid*, considerando VIII.
61. Cfr. *Ibid*, considerando IX.
62. Podría percibirse aquí una aparente diferencia de definición con respecto a las precisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, al menos en cuanto a la amplitud manejada por este órgano jurisdiccional. Recuérdese que el caso *Kjeldsen* disponía que el derecho de los padres para que se respete su libertad de convicciones religiosas debía observarse con independencia que se tratase de educación en centros públicos o privados. Aquí la Sala hace referencia sólo a los centros públicos, pero no en el sentido de respetar tal derecho de los padres –que de suyo lo tienen– sino en el sentido de posibilitar la enseñanza religiosa en dichos centros. Es claro que, como se aclara en el texto, de las mismas interpretaciones de la Sala cabe colegir que tanto en centros públicos como en centros privados deberá respetarse tal derecho a las convicciones religiosas.
63. Cfr. Sala Constitucional, sentencia 2001-01866, del 9 de Marzo de 2001, considerando IV.
64. Cfr. Sala Constitucional, sentencia 2001-10491, del 16 de Octubre de 2001, considerando II.
65. Cfr. *Ibid*, considerando III.
66. Cfr. Sala Constitucional, sentencia 2002-09656, del 4 de Octubre de 2002, considerando III.
67. Nótese aquí otra semejanza con las definiciones realizadas por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Kjeldsen*, en el sentido establecido de que la protección de la libertad religiosa debía garantizarse en todas las funciones estatales relacionadas con la educación y la enseñanza a lo largo de todo el programa educativo estatal. Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos, caso *Kjeldsen*, cit. párrs. 50 y 51.
68. Cfr. Sala Constitucional, sentencia 2002-09656, cit., considerando II.
69. Aunque la sentencia de la Sala Constitucional en este sentido es bastante más explícita que la definición lograda por la Corte Europea en el caso *Kjeldsen*, se advierte una nueva similitud entre ambas formulaciones en el sentido de reconocer a los menores de edad un pleno ejercicio de su libertad religiosa, especialmente cuando la misma entra en relación con el aspecto educativo. Recuérdese que el párrafo 52 de la sentencia del caso *Kjeldsen* así lo establece, cuando se refiere en genérico al derecho de todas las personas incluyendo padres y niños. Esto es aún más relevante tratándose de la Corte Europea, por cuanto su pronunciamiento es formulado –en 1976– con base específica en el primer Protocolo al Convenio Europeo y el Convenio mismo; mientras que para cuando la Sala emite su resolución, tiene ya como apoyo el citado Convenio Internacional de los Derechos del Niño –del 20 de Noviembre de 1989– el cual le sirve de fundamento para la adopción de este criterio mediante una aplicación directa de su artículo 14.
70. Cfr. Sala Constitucional, sentencia 2002-03018, del 22 de Marzo de 2002, considerando III, y sentencia 2003-13624, del 28 de Noviembre de 2003, considerando IV. Ambos casos referidos a situaciones realizadas en el ámbito de competencias de una de las universidades públicas del país.
71. Resulta consecuente apreciar una nueva similitud con las resoluciones precedentes de la Corte Europea de Derechos Humanos, especialmente con la mencionada sentencia del caso de Iglesia Metropolitana de Besarabia contra Moldavia, del 13 de Diciembre de 2001, que en su párrafo 116 define para el Estado la obligación de comportarse de una manera neutral e imparcial con todas las religiones. El pronunciamiento de la Sala sobre el “deber de cooperación” lleva intrínseca esta obligación de neutralidad e imparcialidad, porque sin ellas no sería posible cooperar de manera equitativa con todas las confesiones en los términos dispuestos por la Sala Constitucional.

internacional para uma ação armada contra o Iraque. Para que melhor se discuta, na proporção do espaço que aqui me é concedido, procederei a uma breve análise na expectativa de conceituar terrorismo nos dias de hoje, principalmente sua versão internacional. Antes, porém, desejaria, adicionar algumas breves considerações a respeito da paz, aplicável seja no caso de uma situação de guerra, como numa situação de terrorismo.

A guerra, em todas as suas formas, inclusive a guerra perpetrada pelo terrorismo, como se sabe, é tão antiga quanto o homem. Durante muito tempo a guerra foi concebida como elemento da natureza: manifestações belicosas eram tão naturais quanto o vento, as secas, as chuvas, as catástrofes naturais etc. A paz é que se qualificou como uma invenção moderna, do Iluminismo e com Immanuel Kant. Este pensador é considerado o precursor da idéia de uma liga das nações, ou de uma organização que unisse as nações. Neste sentido, três de suas afirmações merecem destaque, uma vez que se constituiriam elas nas “condições definitivas para uma paz perpétua”²: a) a constituição de todo estado deve ser republicana; b) deve existir uma “Federação” de estados livres, fundada a partir do Direito Internacional; e c) o Direito Civil dos povos deve ser limitado pela hospitalidade geral.³ O entendimento a respeito das duas primeiras premissas parece claro. Kant defendeu, sobretudo, a prevalência do direito sobre a política, com separação de poderes e instrumentos para controle do poder do Estado. Sobre a última, a imposição da hospitalidade, é importante aduzir que Kant não se refere simplesmente à filantropia, como ele próprio ressalta⁴. Como hospitalidade entende Kant a garantia de abrigo que um estrangeiro pode encontrar em outras terras, desde que a sua esteja em perigo ou ameaçada pela guerra. Quando se observa a enorme dificuldade que se tem modernamente em se aceitar a legitimidade de outras culturas apenas por serem como são, e como tal existirem, percebe-se o quanto Kant é moderno.

A Guerra no Iraque travada nos dias de hoje possui esse componente: a defesa do padrão de vida americano e a demonstração clara da distância entre Ocidente cristão e o Oriente muçumano. O que se passa para o grande público, por meio do controle da informação e da mídia, é que as sociedades muçumanas, além de se encontrarem atrasadas, em relação ao Ocidente, por força da proximidade entre Estado e religião, são fonte permanente de instabilidade. Os fatos de que tanto no Ocidente, quanto no Oriente as relações políticas e sociais não são unânimes⁵, de que num e noutro as dificuldades em construir democracias em sociedades pobres e miseráveis persistem de forma mais agudizada em virtude do perverso processo de globalização da economia, transformam-se de forma simplista em elementos propositalmente omitidos, na

intenção deliberada de se dividir a humanidade em partes inconciliáveis, o que legitima a ação bélica de uns contra os outros. Este quadro, como é evidente, não se dissocia do fato de que, no momento, as forças materiais estão muito mais favoráveis a determinados setores do Ocidente cristão.

É do fundamento do conceito de terror “a produção do medo; aliás o medo espalhado de forma difusa, onde autores e destinatários não são especificados”, segundo Erhard Denninger.⁶ A partir dessa compreensão, é possível se concluir que terror e componente religioso não são pressupostos um do outro. Mais que isso: as três grandes religiões do mundo – Cristianismo, Islamismo e Judaísmo – que sempre praticaram violência entre si e uns contra os outros, tiveram como elemento alimentador de suas ações o fundamentalismo religioso. E para tal, foi decisiva a ruptura com preceitos inerentes de sua respectiva religiosidade. Na sua obra “Em nome de Deus – O fundamentalismo no Judaísmo, Cristianismo e Islamismo”, Karen Armstrong lembra, nas suas conclusões, que “Os fundamentalistas transformaram o *mythos* de sua religião em *logos*, fosse insistindo na verdade científica de seus dogmas, fosse convertendo sua complexa mitologia numa compacta ideologia. (...) Ao afirmar que as verdades do cristianismo são factual e cientificamente demonstráveis, os fundamentalistas protestantes americanos produziram uma caricatura da religião e da ciência. Os judeus e os muçumanos que apresentaram sua fé de modo racional e sistemático para que pudesse competir com outras ideologias seculares também distorceram sua tradição, reduzindo-a a um único ponto mediante um processo de implacável seleção. Por conseguinte, todos deixaram de lado os ensinamentos de tolerância e compaixão e cultivaram teologias da fúria, ressentimento e vingança.”⁷

II

Estas palavras sugerem que o terrorismo de apelo religioso teve que se desvencilhar de sua essência, qual seja, a religião, procurando alcançar o braço secular, para, dessa forma, materializar suas ações por intermédio do fundamentalismo. Esse fundamentalismo é que forneceu o combustível da certeza das convicções, marchando para a prevalência de um sobre o outro. O ato terrorista de 11 de setembro de 2001, a Guerra no Iraque, o problema religioso da Irlanda do Norte e a Guerra da Bósnia são episódios denunciadores dessa visão. Mas o que dizer, por exemplo, das ações do ETA, no País Basco? E dos atos das Forças Revolucionárias da Colômbia? E da ação, nos anos setenta e oitenta, das Brigadas Vermelhas italianas ou daquela dos grupos alemães Baden-Meinhoff e Facção Exército Vermelho (RAF)? Apesar de a natureza destes atos de terror exigir

uma outra ordem de investigação, todos eles possuem o apelo reivindicatório radical que procura, igualmente, transformar em ciência a sua convicção político-ideológica. Para Wolfgang Sofsky estas formas de violência também se constituem em terror: “O terror, portanto, conhece inúmeras formas de violência, agentes e circunstâncias. É uma técnica universal da política do poder e da comunidade. Isso porque a violência é uma linguagem que não permite mal-entendidos. É possível discutir a respeito das palavras, não a respeito da dor.”⁸

O terrorismo é, ainda, produto da desigualdade da política, seja entre nações, seja entre grupos sociais, algumas vezes abrigados num mesmo espaço político ou territorial. Chamo a atenção para o caso da disputa entre Israel e palestinos, caracterizado pela extrema desigualdade de condições entre as partes; desigualdade que tem impossibilitado qualquer avanço na construção da hospitalidade e da paz. Neste sentido, Paul Parin afirma que “Um sionismo chauvinista produziu fanáticos de ambos os lados. O fluxo de dinheiro e armas provindo dos EUA deu condições a Israel para não recuar nem um passo em sua reivindicação dos territórios conquistados desde a criação do Estado e em suas disposições a respeito dos refugiados palestinos. Yasser Arafat assumiu esse modelo maniqueísta: não, nós, os palestinos, estamos com a razão, mas ainda somos fracos demais. (...) Os fanáticos de ambos os lados se defrontam; uns são os soldados de um Estado democrático, que detém o poder; os outros são representantes dos impotentes a reivindicarem um Estado próprio e soberano, um país próprio e o fim da política israelense de expansão e de assentamentos.”⁹ Como se vê, a “razão iluminista”, que possui seu pressuposto máximo na definição e aplicação da igualdade, surge como proposta essencial à compreensão do fenômeno do terrorismo; tendo, essa igualdade, como consecução a necessidade premente de sua materialização como agente potencialmente importante na solução de seus complexos impasses.

III

Influenciadas ou não pela noção de igualdade, o fato é que, no âmbito do Direito Internacional, as Nações Unidas já se manifestaram sobre a matéria, quando estabeleceu, no art. 51 de sua Carta, o direito de “autodefesa”. Esse direito seria exercitado quando um Estado sofresse agressão de outro, o que, segundo os parâmetros das Nações Unidas, efetivou-se no caso dos atentados de 11 de setembro de 2001 contra os Estados Unidos, conforme dispôs a Resolução nº 1368, de 12 de setembro do mesmo ano. Ocorre que o exercício do direito de autodefesa exige mais que uma simples constatação factual. Exige boa-vontade e, como se

observa por seus limites, o desejo da construção da tolerância e da paz. A autodefesa somente é permitida contra uma agressão do presente, seja ela oriunda de forma terrorista ou não. E mais: “O Estado que se defende não deve agir de imediato. Ele está obrigado a controlar todos os meios dispostos a sua defesa e ponderar com os outros sobre o assunto, onde uma demora na reação ser-lhe-á muito mais favorável do que desfavorável.”¹⁰ Igualmente, as medidas de autodefesa serão somente “subsidiárias” de todas aquelas tomadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas na manutenção da paz mundial. Para o caso de as medidas das Nações Unidas bastarem, cessa a possibilidade do exercício de autodefesa, como definido pela Carta das Nações Unidas.

Se as Nações Unidas estão ameaçadas de se transformarem apenas em agência humanitária, não há como negar que sua importância discursiva permanece, na medida em que a construção da paz permanece como o centro gravitacional das ações políticas concretas na produção e manutenção de uma paz duradoura, principalmente nos piores momentos onde a irracionalidade das emoções ligeiras destrói a maturidade que o tempo lentamente ensinou.

Do ponto de vista discursivo, a perspectiva da construção da tolerância e a sua ausência como elemento desencadeador do terrorismo foi igualmente detectada. Por essa razão é que o reconhecimento da identidade do outro e o respeito a esta legitimidade aparecem como critérios fundamentais para a solidificação de uma paz interna a uma sociedade, e externa a outras sociedades. Jürgen Habermas identificou este mecanismo de funcionamento quando de sua análise a respeito do atentado de 11 de setembro de 2001. Para ele, a necessidade do universalismo é o caminho para a solução de tais conflitos. Embora seja perfeitamente possível a crítica às palavras de Habermas, não deixa ele de revelar sua herança kantiana. Para Habermas, aquilo que é universalista, possui como base um “individualismo igualitário de uma moral racional, o reconhecimento recíproco que o respeito e consideração ao outro exige.”¹¹

Somente as possibilidades de tolerância e hospitalidade, no sentido kantiano a que me referi, parecem sugerir a superação dos conflitos terroristas e bélicos supranacionais que hoje se instalaram. Enquanto não existir a consciência de que ao outro se deve, e a prevalência do respeito a sua legitimidade em ser o que é, em desenvolver-se segundo sua autodeterminação; enquanto não se fortalecer uma entidade de nações com equilíbrio para compensar as desigualdades da força militar e econômica, não se terá caminhado na consecução de tais objetivos. Essas palavras não são novas. O problema é que apesar de seu eco ainda se

fazer sentir desde o século XVIII, sua força de convencimento não parece ter chegado ao homem, em especial aos mais poderosos. Nos dias de hoje, só resta um limitado alento: no instante em que se vê manifestações por todo o mundo pela paz, o desprezo dos representantes democraticamente eleitos de governos aos apelos do povo que tem ido às ruas parece insinuar a fragilidade da democracia representativa, que tanto se lutou para alcançar. Se a discussão sobre a superação do terrorismo envolve o enfrentamento do conceito de universalismo, de paz mundial e perpétua, não é menos verdade que esse debate transcende

referidas fronteiras, obrigando-nos a ir até a democracia moderna, nas sociedades que reivindicam para si tal condição.

* Comunicação apresentada no Congresso Internacional de Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração da Justiça. Fortaleza – Ce., 24 a 27 de março de 2003. Painel: Crime Organizado e Segurança Pública. Corrupção. Narcotráfico. Terrorismo. Delitos Internacionais (25.03, Seção B, 10h10min.-11h40min.).

BIBLIOGRAFIA

Armstrong, Karen: Em nome de Deus – O fundamentalismo no Judaísmo, Cristianismo e Islamismo, trad. de Hildegard Feist, Cia. das Letras, São Paulo, 2001.

Denninger, Erhard: Freiheit durch Sicherheit? Wie viel Schutz der inneren Sicherheit verlangt und verträgt das deutsche Grundgesetz?, in: Kritische Justiz, Jahrgang 35, Heft 4, 2002, , Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, pp. 467-475.

Habermas, Jürgen: Fundamentalismus und Terror, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, Februar 2002, Bonn, pp. 165-178.

Kant, Immanuel: Zum ewigen Frieden, Kant Werke, Bd. 9, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, Sonderausgabe 1983.

Lanna, Marcos: A Antropologia e os Atentados aos Estados Unidos, in: Novos Estudos, CEBRAP, n. 63, julho 2002, São Paulo, pp. 85-103.

Parin, Paul: Sobre as raízes do terrorismo, in: Humboldt – Goethe-Institut Inter Nationes, ano 44, nº 85, 2002, pp. 7-8.

Sofsky, Wolfgang: Destruindo o fluxo do tempo, in: Humboldt – Goethe-Institut Inter Nationes, ano 44, nº 85, 2002, pp. 2-6.

Stuby, Gerhard: Internationaler Terrorismus und Völkerrecht, in: Blätter für deutsche und internationale Politik, November 2001, Bonn, pp. 1330-1341.

Wiggershaus, Rolf: Die Frankfurter Schule – Geschichte, Theoretische Entwicklung, Politische Bedeutung, DTV, München, 1993.

NOTAS

1. Wiggershaus, Rolf: Die Frankfurter Schule, p. 365. A tradução para o português desta obra foi publicada sob o título: A Escola de Frankfurt – História, Desenvolvimento Teórico, significação política, com tradução do alemão de Lilyane Deroch-Gurcel e do francês por Vera de Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Difel, 2002. Nessa versão, o trecho a que me refiro corresponde à pág. 357.
2. Kant, Immanuel: Zum ewigen Frieden, p. 203. kant utiliza o termo *Definitivartikel*.
3. Kant, Immanuel: Zum ewigen Frieden, pp. 204, 208, 213. No original: „Die bürgerliche Verfassung in jedem Staate soll republikanisch sein (p. 204); Das Völkerrecht soll auf einen Föderalismus freier Staaten gegründet sein (p. 208); Das Weltbürgerrecht soll auf Bedingungen der allgemeinen Hospitalität eingeschränkt sein (p. 213).”
4. Kant, Immanuel: Der ewigen Frieden, p. 213.
5. A existência de alianças entre Ocidente e Oriente, e de „intra-Islã” parecem ser elementos denunciadores de que, pelo menos na perspectiva antropológica, o comportamento político de Ocidente e Oriente não é separado por um abismo intransponível, como nota Marcos Lana (*in*: A Antropologia e os Atentados aos Estados Unidos, p. 91 e ss.).
6. Freiheit durch Sicherheit?, p. 469. No original: „Die Erzeugung von Angst, und zwar von diffuser, nach Urhebern und Adressaten, nicht spezifizierter, genereller Angst, gehört zum Grundkonzept des Terros, mit dem wir es zu tun haben.”
7. Armstrong, Karen: Em nome de Deus, p. 404.
8. Sofsky, Wolfgang: Destruindo o fluxo do tempo, p. 2.
9. Parin, Paul: Sobre as raízes do terrorismo, p. 8.
10. Stuby, Gerhard: Internationaler Terrorismus und Völkerrecht, p. 1332. No original: „Da er [der sich verteidigende Staat] verpflichtet ist, die anzuwendenden Mittel bei der Verteidigung sorgfältig zu prüfen und gegeneinander abzuwägen, spricht eine Verzögerung eher für als gegen ihn.”
11. Habermas, Jürgen: Fundamentalismus und Terror, p. 178. No original: „Im strengen Sinne, „universalistisch“ ist nämlich nur der egalitäre Individualismus einer vernünftigen Moral, die gegenseitige Anerkennung im Sinne der gleichen Achtung für, und der reziproken Rücksichtnahme auf jeden fordert.”

y desarrollar el sentido de las normas del tratado de derechos humanos en aprecio, y de contribuir de ese modo a su observancia por los Estados Partes.”²⁷

2. VITTIME E TEMPO²⁸

Il problema dell'accettazione temporale della giurisdizione della Corte da parte degli Stati membri del Patto -i.e. delle riserve²⁹ apposte dagli stessi- in rapporto alla determinazione dell'ambito oggettivo di applicazione della Convenzione, e quindi dell'individuazione del titolo di alcune violazioni subite dalle vittime, non era certo nuovo alla giurisprudenza della Corte.³⁰ Al contrario, esso aveva dato luogo nel passato ad un vivace dibattito interno, espresso dai tre *Votos Razonados* annessi dal Giudice Cançado alle sentenze *Blake*³¹ e dall'analisi ivi svolta, e allora disattesa dal collegio, del concetto di violazione continua.³²

Nella decisione sul merito del caso *Trujillo Oroza c. Bolivia*,³³ il riconoscimento integrale dei fatti ad opera dello Stato convenuto³⁴ porta agevolmente³⁵ la Corte a dichiarare che “el Estado incurrió en responsabilidad internacional”, oltre che per violazione delle norme sulle garanzie giurisdizionali (artt. 8 e 25 del Patto), anche “por violaciones de los derechos protegidos por los artículos 3, 4, 5.1 y 5.2, y 7 en conexión con el artículo 1.1 de la Convención.”³⁶ Dopo aver conseguentemente dichiarato la cessazione della materia del contendere “en cuanto a los hechos que dieron origen al presente caso”,³⁷ essa può dunque “pasar a la etapa de reparaciones.”³⁸

Nella pronuncia risarcitoria n° 92, il rapporto internazionale classico tempo-vittima è nuovamente esplicitato in maniera lapidaria: “la Corte tiene presente que algunos de los hechos de este caso son anteriores a las fechas de la ratificación de la Convención Americana y del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por parte del Estado. Sin embargo, observa igualmente la Corte que el Estado demandado no objetó que se consideraran los hechos del caso como un todo, y respecto de la totalidad del periodo comprendido entre 1971 y la fecha de la presente Sentencia.”³⁹

Quanto al “reato continuo”, il ricordo di antiche difficoltà deve essere ancora ben presente,⁴⁰ se il collegio precisa prontamente⁴¹: “merece tenerse en cuenta que en una sentencia de noviembre de 2001, el Tribunal Constitucional de Bolivia⁴² aclaró que la privación ilegal de libertad o detenciones ilegales es un delito permanente”⁴³ e che “en razón de lo anteriormente expuesto, la Corte examinará y decidirá sobre la situación continuada de desaparición forzada del señor...y las consecuencias de dicha situación.”⁴⁴

Nel Voto Concorrente annesso, il Presidente Cançado, dopo aver nuovamente sottolineato che “el concepto de situación continuada encuentra respaldo en la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos”⁴⁵ e che “individualizar o separar los hechos de un caso como el de *Trujillo Oroza*” condurrebbe all’inammissibile “fragmentación y desfiguración de aquel delito” nella quale la Corte era già incorsa, con “consecuencias negativas para el propio régimen jurídico de la protección internacional de los derechos del ser humano”,⁴⁶ amplia a mio parere considerevolmente lo spettro concettuale della decisione collegiale, affermando che questa “logró en fin establecer un importante precedente para la consideración del delito de desaparición forzada de personas y las correspondientes reparaciones”⁴⁷ ma ribadisce di contrattare la propria personale visione del problema.

“Al identificar un *décalage* entre el tradicional derecho de los tratados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”,⁴⁸ egli afferma, non dovrebbe essere possibile “hablar de limitaciones

ratione temporis de la competencia de un tribunal internacional”,⁴⁹ soprattutto se e quando trattisi di una violazione che “nos sitúa en el dominio del *jus cogens*.”⁵⁰ La nozione di violazione continua⁵¹ ha quindi sicuramente una funzione importante quanto al merito, ma rimane concettualmente ancillare rispetto al problema principale.

La “diversificación corriente de las nuevas formas de violación de los derechos humanos requiere una transformación y revitalización constantes de las normas de protección del ser humano”, non solo “en el plano sustantivo”,⁵² ma anche in quello “procesal”,⁵³ quest’ultima in senso nettamente contrario all’applicazione “casi mecánica de postulados del derecho de los tratados erigidos sobre la autonomía de la voluntad estatal”,⁵⁴ tanto più che la “aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea de la protección internacional del ser humano.”⁵⁵ Deve quindi piuttosto, e ragionevolmente, pensarsi a “un futuro Protocolo de enmiendas a la parte procesal de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con miras a fortalecer su mecanismo de protección”, ed in particolare ad “una enmienda al artículo 62 de la Convención

Americana, estableciendo el automatismo de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”⁵⁶

Ed anche questa è, senza dubbio, una visione da “sognatore”.

3. VITTIME E COSA GIUDICATA INTERNA

Neppure il problema del rapporto vittima-cosa giudicata interna era ignoto alla Corte, che ne era infatti stata già investita una prima volta sotto la veste di un'eccezione preliminare di competenza⁵⁷ ed una seconda sotto quella di un'eccezione preliminare di ammissibilità.⁵⁸

Nel primo caso, certamente il più significativo e rilevante quanto agli effetti, la Corte aveva preso una posizione chiara,⁵⁹ fondata sull'innegabile diversità di funzione e di ambiti tra diritto internazionale dei diritti umani e diritto interno e tra organi internazionali di controllo ed organi giurisdizionali statali.

Quando la medesima questione riappare nel merito del caso "Las Palmeras",⁶⁰ e la prova fornita dalla Commissione sull'avvenuta violazione del diritto alla vita di cinque delle vittime immediate è costituita da due sentenze interne di primo grado e da altrettante, confirmatorie, di secondo grado,⁶¹ che affermano la responsabilità di agenti della polizia e dell'esercito nelle uccisioni occorse, la Corte mostra invece di sorprendersi del perché la Commissione insti ciononostante per la declaratoria di violazione dell'art.4 del Patto.⁶²

"La Comisión parece entender", così interpreta la Corte, "que un tribunal interno sólo puede declarar la responsabilidad interna del Estado", mentre "la declaración de responsabilidad internacional corresponde a un tribunal internacional" e sottolinea che "la Comisión dice: "los Tribunales en lo contencioso administrativo establecieron" solamente "la responsabilidad patrimonial del Estado a nivel interno por la ejecución de cinco de estas víctimas"."⁶³

Subito dopo, l'argomentazione dell'organo propulsore è vanificata nella motivazione⁶⁴ e nella parte dispositiva⁶⁵ con una presa di posizione che correttamente incontra l'obiezione del Presidente e del Giudice Pacheco Gómez.

Nel *Voto Razonado* congiunto, "nos vemos", essi affermano, "en la obligación de dejar constancia de nuestra insatisfacción con la redacción dada al punto resolutivo 1 de la presente Sentencia"⁶⁶ e precisano la propria posizione, per la quale "es imprescindible que la propia Corte Interamericana determine la responsabilidad internacional del Estado bajo la Convención Americana, sin que sea necesario hacer un *renvoi* a decisiones de tribunales nacionales"⁶⁷. "cabe" infatti solo "a esta última determinar *motu proprio* la responsabilidad del Estado Parte por violación de la Convención Americana."⁶⁸

Gli estensori non negano ovviamente la validità del principio di sussidiarietà,⁶⁹ ma altrettanto

ovviamente ribadiscono che "desde la óptica de la Corte Interamericana, lo único definitivo es su propia determinación de la compatibilidad o no con la Convención Americana de actos y prácticas administrativas, leyes nacionales y decisiones de tribunales nacionales del Estado demandado"⁷⁰ e che proprio per questo considerano altresì "imprescindible vincular *expressis verbis* la violación del artículo 4 de la Convención a la obligación general consagrada en el artículo 1.1 de la misma, en conformidad con la *jurisprudence constante* de este Tribunal. Si no se aceptara el amplio alcance de la obligación general, inmediata y de fundamental importancia, de garantizar los derechos protegidos, consagrada en el artículo 1.1 de la Convención", infatti, "se estaría "privando a ésta de sus efectos en el derecho interno."⁷¹

Un richiamo alla responsabilità oggettiva dello Stato, finalizzata anche al non ripetersi delle violazioni già occorse,⁷² chiude l'esposizione critica su un punto decisivo che assomiglia singolarmente al precedente Voto di un Giudice *ad hoc*.⁷³

4. VITTIME POTENZIALI - IL DIRITTO ALLA VITA

Con la pronuncia sul merito del caso "Barrios Altos",⁷⁴ il percorso volto a chiarire il concetto di vittima potenziale era ormai pienamente compiuto⁷⁵ e la nozione assolutamente chiara: "como consecuencia" della loro "manifiesta incompatibilidad"⁷⁶ con la "Convención Americana sobre Derechos Humanos, las leyes de autoamnistía ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú."⁷⁷

Riprendendo una costruzione già nota, uno dei voti concorrenti aveva sottolineato⁷⁸ che le "leyes de amnistía y de autoamnistía" non solo "no tienen validez jurídica alguna a la luz de la normativa del derecho internacional de los derechos humanos",⁷⁹ ma anche, di più, che esse "son más bien la fuente de un acto ilícito internacional a partir de su propia adopción, e independientemente de su aplicación posterior", onde esse "comprometen la responsabilidad internacional del Estado" a partire dal momento stesso della loro promulgazione.⁸⁰

Se la maturazione sull'integralità del significato degli artt. 1 e 2 della Convenzione coronava così⁸¹ un periodo di riflessione lungo e non immune da tormenti, gli effetti della pronuncia sullo Stato si rivelavano ben presto preoccupanti, tanto che quando, "en el marco del proceso de negociaciones entre los representantes de los peticionarios y el Gobierno peruano sobre el tema de reparaciones, los representantes de los peticionarios

han tratado de que el Estado asuma el compromiso de que se anulen los efectos de las leyes de amnistía en todos los casos de violaciones de derechos humanos en que estas leyes fueron aplicadas, la delegación gubernamental ha persistido en su postura de que la Sentencia de la Corte Interamericana tendría efecto sólo para el caso *Barrios Altos*.⁷⁸²

Nella domanda d'interpretazione che ne scaturisce a richiesta della Commissione,⁸³ non è difficile alla Corte ribadire in forma tanto secca quanto categorica che “la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso *Barrios Altos* tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación.”⁸⁴ La “battaglia” è dunque, almeno ora, definitivamente chiusa: il convincimento della Corte è indelebilmente fissato.

Come spesso accade agli umani, una nuova occasione di discussione attende tuttavia la Corte, in questa ed altra materia, in un coacervo di casi apparentemente inutili⁸⁵: quelli relativi alla pena di morte obbligatoria a Trinidad e Tobago.⁸⁶ E dalle premesse divenute classiche quanto alla portata degli artt. 1 e 2 del Patto⁸⁷ esce una pronuncia significativa e nuova.

L'inizio dell'esposizione è puntiglioso e pacato, supportato da ampi richiami alla giurisprudenza della Corte stessa⁸⁸ e del Comitato dei Diritti dell'Uomo,⁸⁹ e la prima conclusione ne discende *de plano*⁹⁰: “la forma como se encuentra penalizado el delito de homicidio intencional en la Ley de Delitos contra la Persona, es de por sí violatoria de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁹¹ e perciò, “aun cuando no se ha ejecutado a 31 de las víctimas, es posible declarar una violación del artículo 2 de la Convención, en virtud de que la sola existencia de la Ley de Delitos contra la Persona es *per se* violatoria de esa disposición convencional.”⁹²

Vittime della violazione del diritto alla vita⁹³ sono dunque anche coloro che, pur condannati all'esecuzione capitale, non sono stati ancora eseguiti.⁹⁴

Poi l'inedito. Dalla violazione degli artt. 4.6, 7.5, 8.1 e 8.2 e 25,⁹⁵ attraverso la nozione di obbligazione positiva,⁹⁶ viene tratta la (seconda) conclusione che segue: “el Estado ha violado en contra de todas o algunas de las víctimas los derechos consagrados en los artículos 4.1 [y 4.2], en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, a causa de un conjunto de circunstancias, entre las cuales se cuenta el hecho de que las víctimas han sido juzgadas en aplicación de una

ley que es incompatible con la Convención Americana.”⁹⁷ Il diritto alla vita può dunque essere violato per effetto di una fattispecie complessa,⁹⁸ alla cui costituzione contribuiscono anche le lacune o le iniquità delle norme processuali.⁹⁹

L'interpretazione lata del concetto sostanziale di diritto alla vita -profilo implicito del giudicato¹⁰⁰ - viene da lontano: dalla sentenza di merito nel caso dei “*Niños de la calle*”,¹⁰¹ dalla pronuncia sul risarcimento e da alcune ordinanze cautelari¹⁰² del caso *Loayza Tamayo c. Perú* e dall'OC-16/1999,¹⁰³ ma trova ora un esito giudiziale ulteriore: della necessaria tutela al diritto alla vita partecipa anche il processo, quando vi si applichi una legge propria, suscettibile d'influire¹⁰⁴ a vario titolo sul complesso dell'art. 4 della Convenzione.

La stretta correlazione tra diritto processuale e diritto sostanziale, deuteroprofilo del medesimo principio,¹⁰⁵ trova inoltre un'affermazione contenziosa esplicita¹⁰⁶ solo apparentemente legata,¹⁰⁷ come conferma l'OC-17/2002,¹⁰⁸ alle peculiarità del *cas d'espèce*.

Né l'importanza della via che la sentenza indica così alla riflessione è sminuita dalla circostanza che il suo *noyau dur* sia rapportato, nella parte finale del testo, al risarcimento del danno morale¹⁰⁹: la decisione fa infatti chiaramente intendere che le garanzie processuali esplicano un ruolo anche sostanziale,¹¹⁰ funzionale alla tutela (o alla violazione) di un diritto diverso garantito dalla Convenzione,¹¹¹ che tale ruolo è anzi primordiale rispetto al diritto al processo equo,¹¹² e che le norme processuali devono poter essere modificate,¹¹³ anche e soprattutto per garantire la cessazione delle, o delle eventuali, violazioni del diritto materiale protetto.

Coerentemente con se stessa, la sentenza situa quindi nel quadro degli artt. 1 e 2 della Convenzione¹¹⁴ il dispositivo 8,¹¹⁵ che sanziona un obbligo riparatorio dello Stato non solo nei confronti dei condannati ancora vivi, ma anche nei confronti di altri condannati alla pena capitale non compresi nel ricorso.

Compito di un tribunale internazionale sui diritti dell'uomo è infatti “velar por la debida aplicación del tratado de derechos humanos en cuestión en el marco del derecho interno de cada Estado Parte, de modo a asegurar la protección eficaz en el ámbito de este último de los derechos humanos consagrados en dicho tratado.”¹¹⁶

L'attribuzione di una somma di denaro alla vedova¹¹⁷ e alla madre¹¹⁸ di un omicida fa inoltre scandalo,¹¹⁹ così come turba l'ordine di riforma del sistema carcerario nazionale,¹²⁰ anche perché prescinde dall'esame della condizione dei singoli ricorrenti.¹²¹

5. VITTIME E RIPARAZIONE: IL DANNO MORALE

Non è questa la prima volta in cui la Corte ordina, a titolo di risarcimento dei danni morali, modifiche della legislazione statale¹²²: “las modificaciones en el ordenamiento jurídico interno requeridas para armonizarlo con la normativa de protección de la Convención Americana” costituiscono infatti da tempo “una forma de reparación no-pecuniaria bajo la Convención”.¹²³

Esse rappresentano anzi la miglior forma di compensazione: per un verso, infatti, “las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento¹²⁴ para la víctima o sus sucesores”; per altro verso, soprattutto, “toda la temática de las reparaciones de violaciones de los derechos humanos” deve essere considerata “a partir de la integralidad de la personalidad de las víctimas, desestimando cualquier intento de mercantilización -y consecuente trivialización¹²⁵ - de dichas reparaciones”. L’art. 63.1 della Convenzione¹²⁶ “posibilita y requiere que se amplíen, y no se reduzcan, las reparaciones, en su multiplicidad de formas. La fijación de las reparaciones debe basarse en la consideración de la víctima como ser humano integral, y no en la perspectiva degradada del *homo oeconomicus* de nuestros días.”¹²⁷ Così, la dazione di una somma di denaro tende sempre più chiaramente ad essere disposta nei soli casi in cui la *restitutio in integrum* non sia più possibile¹²⁸ ovvero la situazione violatoria continui a persistere.¹²⁹

L’adozione delle “medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de adecuar la normativa” nazionale “a las previsiones convencionales”,¹³⁰ anche “para evitar que ocurran en el futuro casos como el presente”,¹³¹ discende del resto come conseguenza necessaria dall’obbligo generale contenuto negli artt. 1¹³² e 2¹³³ del Patto anche se la Corte non abbia espressamente dichiarato nella pronuncia di merito la violazione di quest’ultimo da parte dello Stato convenuto.¹³⁴ Né la Corte può ritenersi soddisfatta se la riforma della legislazione, pur avviata, non è stata ancora compiuta.¹³⁵

Sempre sotto l’egida dell’art.2 della Convenzione, la Corte è andata tuttavia in due casi¹³⁶ anche più in là, disponendo rispettivamente che Trinidad e Tobago “debe modificar las condiciones de su sistema carcelario para adecuarlas a las normas internacionales de protección de los derechos humanos aplicables a la materia” e che “Guatemala debe adoptar las medidas legislativas y de cualquier otra índole necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico guatemalteco a las

normas internacionales de derecho humanitario, y para darles efectividad en el ámbito interno.”¹³⁷ Il *corpus juris* al quale si richiede che lo Stato si conformi comprende dunque anche norme diverse da quelle che costituiscono il sistema convenzionale nella sua globalità.

Come già nella sentenza n° 77 sui “Niños de la calle”, all’obbligo di modifica della legislazione interna si sommano, *le cas échéant*, obblighi particolari,¹³⁸ volti alla piena riabilitazione delle vittime immediate¹³⁹ e alla consolazione del lutto dei superstiti.¹⁴⁰ La pronuncia risarcitorie nei casi *Duran y Ugarte*¹⁴¹ e *Cantoral Benavides*,¹⁴² entrambe contro il Perù, ne sono testimonianza paradigmatica, quando rispettivamente riconoscono¹⁴³ e dispongono¹⁴⁴ “publicar la sentencia” di merito “de la Corte en el Diario Oficial, y difundir su contenido en otros medios de comunicación que para tal efecto se estimen apropiados,¹⁴⁵ incluir en la Resolución que disponga la publicación del acuerdo, una expresión pública de solicitud de perdón a las víctimas¹⁴⁶ por los graves daños causados y una ratificación de la voluntad de que no volverán a ocurrir hechos de este género;¹⁴⁷ realizar las diligencias concretas tendientes a localizar el paradero e identificar los cadáveres para entregarlos a sus familiares”,¹⁴⁸ che “el Estado proporcione” alla vittima “una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija -así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios¹⁴⁹ - en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado”¹⁵⁰ e soprattutto che “el Estado deje sin efecto alguno, recurriendo para ello a las vías previstas en la legislación interna, la sentencia condenatoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú.”¹⁵¹

Anche quest’ultima è una decisione che, *in nuce*, viene da lontano -dalla sentenza sul risarcimento nel caso *Loayza Tamayo*- e al riguardo il Voto Concorrente del Presidente specifica che “pueden constituir formas de reparación no-pecuniaria (conducentes a obtener la *restitutio*)” anche “las providencias para dejar sin efecto la sentencia de un tribunal nacional, con miras a armonizar la jurisprudencia nacional con la normativa de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”¹⁵²

Nella stessa scia, ma con ulteriore e significativa progressione ordinatoria-risarcitoria, si pone poi l’ultima pronuncia in tema di danni,¹⁵³ nella quale la Corte dispone minuziosamente intorno all’oggetto dei processi che lo Stato soccombente dovrà istruire e che dovranno “versar” non solo “sobre las violaciones del derecho a la vida, del derecho a la integridad personal y del derecho a las garantías judiciales, el debido proceso y el acceso a un recurso efectivo”, ma anche e soprattutto “sobre la utilización de fosas comunes mediante inhumaciones

irregulares y al encubrimiento de la utilización de la misma”. “Los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana.”¹⁵⁴

Naturalmente, ma la Corte non manca di ribadirlo, lo Stato dovrà pregiudizialmente astenersi dal promulgare norme legislative o regolamentari esonerative o limitative della responsabilità degli autori materiali delle violazioni accertate o dal ricorrere comunque “a figuras como la amnistía [y] la prescripción” e dovrà anzi sanzionare “los funcionarios públicos y los particulares que entorpezcan, desvíen o dilaten indebidamente las investigaciones tendientes a aclarar la verdad de los hechos, aplicando al respecto, con el mayor rigor, las previsiones de la legislación interna.”¹⁵⁵

Le linee continue nello sviluppo innovativo del ragionamento e la crescente presa di coscienza di se stesso dell’organo giurisdizionale del sistema latinoamericano sono dunque chiarissime.

6. NUOVI BENEFICIARÍ DEL RISARCIMENTO DEL DANNO MORALE

A partire dalla decisione n° 76,¹⁵⁶ un’altra non trascurabile novità si affaccia alla giurisprudenza della Corte: i fratelli e sorelle¹⁵⁷ delle vittime scomparse hanno titolo al risarcimento¹⁵⁸ dei danni morali¹⁵⁹ ancorché non sia provato o non risulti che essi intrattenessero con il defunto rapporti parentali stretti né risulti o sia provato che essi avessero partecipato alle azioni giudiziarie interne volte ad ottenere giustizia e/o ad identificare il destino del proprio familiare.¹⁶⁰

Come evidenzia il Voto Concorrente del Giudice de Roux Rengifo, la pratica della Corte era stata fino a quel momento diversa, esigendosi da parte dei ricorrenti privati la prova che i fratelli erano “miembros de una familia integrada y que, en tal calidad, no podían ser indiferentes a las graves aflicciones de la víctima”¹⁶¹ o che avessero dimostrato “interés por su suerte desde el momento de la desaparición”, contribuendo alle “gestiones” interne “para dar con su paradero.”¹⁶²

Costituisce dunque un *novum* che la Corte Interamericana “haya condenado a un Estado a pagar reparaciones por daño moral a los hermanos de las víctimas directas de homicidios y desapariciones forzadas, aunque no se haya probado que aquéllos y éstas se frecuentaban o mantenían viva de alguna otra manera las relaciones afectivas correspondientes a su vínculo de consanguinidad. Esto significa que el

Tribunal ha extendido a los hermanos la presunción que aplica en sus sentencias respecto a los padres¹⁶³ de las víctimas de homicidios o desapariciones,¹⁶⁴ en relación con los padecimientos síquicos y emocionales producidos por [los] hechos¹⁶⁵ -una presunción que admite prueba en contrario.”¹⁶⁶

“El uso de presunciones razonables, *i.e.* que admiten prueba en contrario, como la inclusión de los hermanos de la víctima dentro de la órbita de las personas a las que se supone afectadas por los homicidios y otros hechos de similar gravedad”, corresponde del resto “a la evolución del derecho comparado, en materia de derecho de la responsabilidad”.¹⁶⁷

Identica conclusione è stata successivamente confermata nelle decisioni *Villagrán Morales y otros c. Guatemala*,¹⁶⁸ *Cantoral Benavides c. Perú*,¹⁶⁹ *Trujillo Oroza c. Bolivia*,¹⁷⁰ *Bámaca Velázquez c. Guatemala*¹⁷¹ e nel caso “*El Caracazo*”,¹⁷² nei quali ultimi anche il risarcimento per i danni materiali è stato nuovamente disposto, a causa delle caratteristiche del tutto peculiari delle fattispecie, anche a favore dei familiari non tempestivamente identificati o non ancora identificati delle vittime sopravvissute.

7. IL RISARCIMENTO DEI DANNI MATERIALI: TRA RIGORE DELLA PROVA ED EQUITÀ

Se il risarcimento dei danni morali può avvenire solo con una valutazione equitativa,¹⁷³ obbediscono invece per principio e tradizione ad un onere probatorio rigoroso l’individuazione delle vittime immediate¹⁷⁴ e non¹⁷⁵ e il risarcimento dei danni materiali.¹⁷⁶ Tanto che quando l’apprezzamento delle singole voci costituenti il danno emergente ed il lucro cessante¹⁷⁷ si è rivelato assai complesso¹⁷⁸ e, per essere correttamente formulato, avrebbe obbligato la Corte ad assumere funzioni “ragionieristico-contabili” che questa non gradisce perché non le sono consone,¹⁷⁹ essa demandato all’accertamento operato da azioni legali interne, da iniziarsi a cura della parte privata,¹⁸⁰ la determinazione del *quantum*.

L’evidenza del cennato rigore sulla prova si rinviene nelle statuizioni che riguardano l’onere,¹⁸¹ il tempo¹⁸² e la forma,¹⁸³ anche se la Corte si riserva da sempre la facoltà di procedere poi a “la apreciación y valoración” della stessa¹⁸⁴ “según las reglas de la sana crítica”, evitando segnatamente di “adoptar una rígida determinación del *quantum* de la prueba necesaria para fundar un fallo.”¹⁸⁵

E se parte attrice necessita, in circostanze eccezionali¹⁸⁶ o a richiesta della Corte,¹⁸⁷ di una dilatazione dei termini per la presentazione delle prove documentali concernenti i profili patrimoniali,¹⁸⁸ ciò avviene nei “límites dados por el respeto a la seguridad jurídica y al equilibrio procesal”,¹⁸⁹ ed identico beneficio viene applicato ovviamente anche allo Stato.¹⁹⁰ Allo stesso modo, per giurisprudenza costante, non si tiene conto delle allegazioni scritte presentate *sine causa* al di là del termine fissato,¹⁹¹ soprattutto quando lo Stato pretenda di smentire o di ritrattare in tal modo una previa dichiarazione di accettazione della propria responsabilità,¹⁹² e la Corte ha ancora recentemente ribadito che quando questo revoca “la contestación [de los hechos], se configura un indicio en prueba de los hechos sobre los cuales versó la contestación objeto de posterior desistimiento, de manera que éstos se tendrán por comprobados”, sempre che, tuttavia, “no aparezca prueba capaz de desvirtuarlos, y que se recauden otras evidencias que, sin tener necesariamente el carácter de plena prueba, contribuyan a respaldar la veracidad de los mismos.”¹⁹³

La doverosa cautela cui la Corte si è sempre attenuta nel tempo non è venuta meno neppure nella fase risarcitoria della decisione del caso “*El Caracazo*”, nel quale la Corte si è trovata a fronteggiare non solo il problema dell’individuazione dei familiari delle vittime immediate,¹⁹⁴ ma anche quello dell’interrogatorio degli stessi sulle circostanze fattuali funzionali all’individuazione delle future obbligazioni di fare dello Stato¹⁹⁵ e sugli aspetti rilevanti dei diversi titoli di risarcimento.¹⁹⁶

A quest’ultimo riguardo merita in particolare di essere segnalato che, a fronte della richiesta dei rappresentanti e dei familiari che la Corte “nombrara un representante que recibiera los testimonios en Caracas”,¹⁹⁷ questa ha ammesso “las declaraciones de las personas ofrecidas como testigos por los representantes que ya aparecían relacionados en el escrito de reparaciones” ma ha ordinato “recibir” solo “las declaraciones de siete testigos y de seis peritos incluidos en el primero de esos escritos pero no en el segundo como prueba para mejor resolver”,¹⁹⁸ imponendo che “dichos testimonios e informes de los expertos debían ser aportados por escrito, cuyo contenido y cuyas firmas serían reconocidos ante notario público”.

La necessità che ogni elemento venisse e venga puntigliosamente chiarito è quindi manifesta¹⁹⁹ anche nei casi più complessi, anche nei confronti dello Stato,²⁰⁰ e se la quantificazione del risarcimento dei danni materiali viene finalmente effettuato in equità, ciò dipende non solo dalle difficoltà della singola fattispecie, quanto soprattutto dall’ingiustizia di una diversa

soluzione che, per paradossale fedeltà alle regole processuali, dovesse respingerne la domanda.²⁰¹

8. CONCLUSIONI: IL “POINT OF NO RETURN”

Le pagine che precedono inducono in chi le ha scritte una valutazione conclusiva che può sintetizzarsi con l’*aforisma* latino “*creciscit eundo*”.

Fedele ai suoi *acquis* più o meno recenti; talora con elegante tranquillità, talaltra con qualche affanno che tradisce, come è di tutti gli umani, l’intimo travaglio del pensiero, la Corte non ha, come si è cercato di evidenziare, cessato di operare attivamente per il compito che istituzionalmente le è affidato dal sistema interamericano dei diritti dell’Uomo: accertare le violazioni subite dagli individui e “far diritto”, *jus dicere*, per questi, ed ha saputo farlo introducendo nelle linee della propria recente continuità non poche e significative innovazioni. E’ dunque lecito pensare che essa possa ritenersi, e si ritenga in fatto, ragionevolmente appagata del suo “essere” in rapporto al “dover essere”.

All’osservatore estraneo, che solo di riflesso coglie slanci e perplessità, sicurezze ed esitazioni, si pone tuttavia un’ulteriore domanda, e cioè quali conseguenze e quali effetti questo “far diritto” abbia prodotto e possa produrre sull’evoluzione del sistema latinoamericano nel suo complesso.

A questo proposito, per quel che mi riguarda, mi era parso di poter legittimamente affermare²⁰² solo poco più di un anno addietro, e nonostante che la Corte avesse già fornito più di una prova di audace saggezza, che il sistema latinoamericano di controllo sui diritti dell’Uomo non era forse pervenuto ancora al “punto storico del non ritorno”, cioè al punto in cui esso apparisse nei fatti circondato da quell’aura generale di *consensus* che fa di un sub-sistema del diritto internazionale un complesso di norme imprescindibili per quanti sono chiamati a vederlo applicato e ad applicarlo.

Questo momento mi pare invece, oggi, giunto. Non tanto perché nella prassi interna degli Stati che di quel sub-sistema fanno parte si colgano, al di là dei pur significativi progressi compiuti,²⁰³ evidenze di un conformarsi sostanziale, vorrei dire quotidiano, di tutti i canoni e criteri della vita sociale agli *standards* convenzionali, quanto piuttosto per la coscienza che di questi ultimi dimostrano ormai di avere gli individui, destinatari finali delle relative norme.

Che gli Stati tendano in maggiore o minor misura ad eludere appena possibile precetti limitativi del proprio agire volontaristico od opportunistico, è del resto esperienza di ogni luogo e di ogni sistema, la differenza consistendo invece, piuttosto, nella maggiore o minor

consapevolezza dell'intollerabilità di quelle inottemperanze o di quelle prevaricazioni e, *quod majus*, nella certezza (o meno) di poter ricorrere con fiducia ad un organo giurisdizionale internazionale di controllo che possa e sappia decidere tenendo conto della situazione delle vittime nella sua integralità.

L'incremento esponenziale dei casi deferiti alla Corte, l'importanza degli stessi *ratione materiae* e l'attiva e consapevole partecipazione dei singoli agli stessi sono prova evidente di quanto sopra, non meno -anzi, forse ancor più- del pur importantissimo riconoscimento operato da alcuni Stati della propria responsabilità internazionale²⁰⁴ anche in casi nei quali la situazione giuridico-fattuale e lo stato attuale dell'evoluzione del diritto internazionale dei trattati avrebbe potuto concedere loro, come ad un altro in passato, un *commodus discussus*.

Come gli scritti e i Voti²⁰⁵ del Presidente Cançado Trindade avvertono da anni, insistendovi, due sono del resto i fattori che permettono ad un sub-sistema del diritto internazionale di evolversi o di implodere: la coscienza individuale e collettiva delle norme di limite e la giurisdizionalizzazione del contenzioso individuo-Stato in caso di violazione delle stesse. Questa è la realtà; almeno quando si ragiona, come egli non può non fare, avendo presente tutta la scala dei "grandi numeri", ed in questa direzione è logico che venga indirizzato e concentrato ogni sforzo, poiché verso queste mete occorre "sognare". Il Presidente ha certamente "sognato" e la Corte lo ha seguito: non in tutto per ora, ma quanto basta per accreditare intorno a sé, nel suo complesso, una credibilità sempre più diffusa ed una sicura fiducia; tanto che persino i più reticenti Stati membri del Patto non osano ormai sottrarsi, come per il passato, all'adempimento degli obblighi fissati nelle sentenze che li concernono, e soprattutto ai più difficili e faticosi, i non pecuniari.

I "sogni" del Presidente della Corte Interamericana sono del resto, per la maggior parte, analoghi alla realtà già acquisita dal sub-sistema europeo²⁰⁶ e dunque ampiamente accettati. Quanto agli altri, cioè all'impossibilità di apporre riserve di contenuto alla Convenzione Americana sui diritti dell'Uomo e al consolidamento dello *jus cogens* e del suo ambito d'applicazione, non può non riconoscersi che le strutture

categoriali accreditate della "nostra filosofia" del diritto internazionale (per citare nuovamente Amleto), sono essenzialmente il portato di una concezione eurocentrica e volontaristica di quest'ultimo; il prodotto della storia e delle condizioni economiche di luoghi e di genti che in un passato più e meno recente hanno fondato i percorsi giuridici di liberazione dell'individuo nei confronti dello Stato e dove ora, appagati dei risultati conseguiti, si resta inerzialmente fedeli agli schemi e alle strutture di sempre.

Nondimeno, quelli e queste non necessariamente sono gli unici immaginabili o i soli percorribili; e se anche il diritto internazionale deve, al pari di ogni altro settore del diritto, tentare di servire alla realizzazione della giustizia per l'essere umano, esso ben potrebbe allora riflettere sull'opportunità, vedi necessità storico-giuridica, di arricchirsi di, o quanto meno di avvallare, indicazioni diverse -ovunque formulate- che perseguano identici scopi, che possano meglio servire la stessa finalità. In altri termini, nulla vieterebbe che il diritto internazionale classico applicato ai diritti dell'Uomo potesse avvedersi di qualche "sogno" altrui e, in luogo di contrapporvi il silenzio, s'interrogasse sulle esigenze di giustizia che connotano altre aree ed altri popoli e sulla capacità di taluni dei propri strumenti di rispondervi adeguatamente. E quand'anche il risultato di tale autoanalisi dovesse essere, alla fine, negativo, questa avrebbe comunque dovuto tener conto di altri pensieri, di altre "cosmologie", avrebbe costituito almeno un momento di dinamica intellettuale e concettuale.

Questo è ciò che l'osservatore esterno "non filosofo" auspica a propria volta, anche se realisticamente non può non dirsi che questa potrebbe rivelarsi nei fatti un'utopia, cioè un luogo che non esiste. Se così dovesse essere, occorre tuttavia che sia chiaro fin d'ora che "*a map of the world that does not include Utopia is not worth even glancing at, for it leaves out the one country at which humanity is always landing*"²⁰⁷ e che "*the principle of hope, according to which all relations in which man is a degraded, enslaved, abandoned or despised being should be overthrown, remains as valid today as it has even been and forms the most effective end for human rights.*"²⁰⁸ Sì, i "sognatori" esisteranno sempre.

BIBLIOGRAFIA

- Aolain, F. N.: The Evolving Jurisprudence of the European Convention Concerning the Right to Life, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2001, 1, pp. 21-42;
- Babcock, S.: The Role of International Law in United States Death Penalty Cases, *Leiden Journal of International Law*, 2002, 25, pp. 367-387;
- Benzimra-Hazan, J.: Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité: la méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 765 ss.;
- Burelli, A. A.: La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Memoria del Seminario de Noviembre de 1999, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2001, pp. 113-125;
- Cançado Trindade, A. A.: Direito internacional e direito interno: sua interpretação na proteção dos direitos humanos. In: *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*, São Paulo, Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996;
- Cançado Trindade, A. A.: O legado da Declaração Universal de 1948 e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos, Conferenza tenuta il 3.12.1997 al Congresso Nacional, Brasília, in occasione della Sessione d'apertura del Incontro Preparatório do Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Declaração Americana dos Direitos e Devers do Homem;
- Cançado Trindade, A. A.: 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, *Columbia Human Rights Law Review*, 1998, 30, pp. 1-27;
- Cançado Trindade, A. A.: Human Rights at the Dawn of the twenty-first Century, *Karel Vasak amicorum liber*, Bruxelles, Bruylant, pp. 521-544;
- Cançado Trindade, A. A.: Current State and Perspectives of the Inter-American System of Human Rights Protection at the Dawn of the New Century, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2000, 8, pp. 6-47;
- Cançado Trindade, A. A.: Le système inter-américain de protection des droits de l'homme: état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIème siècle, *Annuaire Français de Droit International*, 2000, 46, pp. 548-577;
- Cançado Trindade, A. A.: Reporting in the Inter-American System of Human Rights Protection, in "The Future of the UN Human Rights Treaty Monitoring", P. ASTON e J. CRAWFORD eds., Cambridge University Press, 2000, pp. 333-346;
- Cançado Trindade, A. A.: Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Memoria del Seminario de Noviembre de 1999, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2001, pp. 5-68;
- Cançado Trindade, A. A.: O Direito Internacional em um Mundo em Transformação, *Editoria Renovar*, Rio de Janeiro-São Paulo, 2002;
- Cassel, D.: International Remedies in National Criminal Cases: ICJ Judgment in *Germany v. United States*, *Leiden Journal of International Law*, 2002, 15, pp. 69-86;
- Collins, L.: Foreign Relations and The Judiciary, *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, 3, p. 485 ss.;
- Conforti, B.: Notes on the Relationship between International Law and National Law, *International Law FORUM du droit international*, 2001, 3, pp. 18-24;
- Cosgrove, M. F.: Protecting the Protectors: Preventing the Decline of the Inter-American System for the Protection of Human Rights, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 2000, 32, p. 39 ss.;
- de Oliveira Mazzuol, V.: A influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro, publicato in [http://www.kplus.com.br](http://www.kplus.com.br;);
- de Oliveira Mazzuol, V.: Hierarquia Constitucional e Incorporação Automática dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos

- no Ordinamento Brasileiro, Presidente Prudente-SP, 2000;
- de Oliveira Mazzuol, V.: A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2000, 53, p. 83-106;
 - Douzinas, C.: Human Rights and Postmodern Utopia, *Law and Critique*, 2000, 11, pp. 219-240;
 - Evans, M. D.: Decisions of International Tribunals: The International Court of Justice, I. The LaGrand case, *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, 2, p. 449 ss.;
 - Fappiano, O. L. e Loayza Tamayo, C.: Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1975 a 1995, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1998;
 - Faúndez Ledesma, H.: La libertad de expresión y la protección del honor y la reputación de las personas en una sociedad democrática, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, Memoria del Seminario de Noviembre de 1999, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, 2001, pp. 559-586;
 - Feria Tinta, M.: Individual Human Rights v. State Sovereignty: The Case of Peru's Withdrawal from the Contentious Jurisdiction of the Inter American Court of Human Rights, *Leiden Journal of International Law*, 2000, 13, pp. 985-996;
 - Feria Tinta, M.: Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case, *European Journal of International Law - Recent Reports*, 2001, 2, p. 363 ss.;
 - Fiss, O. M.: The Autonomy of Law, *The Yale Journal of International Law*, 2001, 26, pp. 517-526
 - García Ramírez, S.: Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de derechos Humanos (1998), *Cuestiones Constitucionales*, 1999, 1, p. 123 ss.;
 - Fix-Zamudio, H.: Orden y valoración de las pruebas en la Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, Memoria del Seminario de Noviembre de 1999, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, San José, 2001, pp. 197-215;
 - Frumer, P.: Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence des organes de contrôle, *Revue Générale de Droit International Public*, 2000, 4, p. 939 ss.;
 - Gómez, V.: Seguridad jurídica e igualdad procesal ante los Órganos, *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, J.E.MÉNDEZ y F.COX editores, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pp. 213-239;
 - Goodman, R.: Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent, *The American Journal of International Law*, 2002, pp. 531-560;
 - Hagler, M. e Rivera, F.: *Bámaca Velázquez v. Guatemala: An Expansion of the Inter-American System's Jurisprudence on Reparations*, *Human Rights Brief*, 2002, 3;
 - Hall, S.: The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism, *European Journal of International Law*, 2001, 2, pp. 269-308;
 - King-Hopkins, K. D.: Inter-American Commission on Human Rights: Is its Bark Worse Than its Bite in Resolving Human Rights Disputes?, *Tulsa Law Journal*, 2000, 35, pp. 421-443;
 - Koji, T.: Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights, *European Journal of International Law*, 2001, 5, pp. 917-942;
 - Korkelia, K.: New Challenges to the Regime of Reservations Under the International Covenant on Civil and Political Rights, *European Journal of International Law*, 2002, 2, pp. 437-478;
 - Kokott, J.: The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law: Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal Systems, Kluwer, 1998;
 - Krsticevic, V.: How Inter-American Human Rights Litigation Brings Free Speeches to the American, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 1997, 4, p. 209 ss.;
 - Iwamoto, Y. (Lee): The Protection of Human Rights through Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice, *Leiden Journal of International Law*, 2002, 15, pp. 345-366;
 - Jennings, R.: The LaGrand Case, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2002, 1, pp. 13-54;

- Loucaides, L. G.: The Judgment of the European Court of Human Rights in the *Case of Cyprus v. Turkey*, *Leiden Journal of International Law*, 2002, 15, pp.225-236;
- Martin, C. e Rodríguez Pinzón, D.: Inter American Court of Human Rights, *Netherland Quarterly of Human Rights*, 2001, 4, pp. 483-491;
- Medina, C.: Toward Effectiveness in the Protection of Human Rights in the Americas, *Transnational Law and Contemporary Problems*, 1998,8, p.337 ss.;
- Meintjes, G. e Méndez, J. E.: Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction, *International Law FORUM du Droit International*, 2000, 2, pp.76-97;
- Mendez, J. E. e Mariezcurrena, J.: Human Rights in Latin America and the Caribbean: a Regional Perspective, Paper submitted to the Human Development Report 2000- "Human Rights and Human Development", 1999, 39 pp;
- Montalvo, A. E.: Reservations to the American Convention on Human Rights: A New Approach, *American. University International Law Review*, 2001, 16, pp. 269-313;
- Mowbray, A.: Duties of Investigation under the European Convention on Human Rights, *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, p.437 ss.;
- Mutua, M.: Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights, *Harvard International Law Journal*, 2001, 42, pp.201-245;
- Pasqualucci, J. M.: The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law, *The University of Miami Inter-American Law Review*, 1995, 26, pp. 298-361;
- Pasqualucci, J. M.: Victim reparations in the Inter-American Human Rights System: a Critical Assessment of Current Practice and Procedure, *Michigan Journal of International Law*, 1996, 18, pp. 2-58;
- Pasqualucci, J. M.: Preliminary Objections Before the Inter-American Court of Human Rights: Legitimate Issues and Illegitimate Tactics, *Virginia Journal of International Law Association*, 1999, 40, pp. 5-114;
- Pasqualucci, J. M.: Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law, *Stanford Journal of International Law*, 2002, 38, pp. 241-288;
- Parassram Concepcion, N.: The Legal Implications of Trinidad and Tobago's Withdrawal From the American Convention on Human Rights, *American University International Law Review*, 2001, 16, pp. 848-889;
- Piovesan, F.: *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 5ª ed., Editora Max Limonad, São Paulo, 2002;
- Quilter, P.A.: Strengthening the Inter-American Human Rights System: Getting the Debate on Back on Track, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Memoria del Seminario de Noviembre de 1999, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2001, pp. 597-603;
- Reisman, M.: Compensation for Human Rights Violations: The Practice of the Past Decade in the Americas, in *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, A.RANDELZHOFFER e C. TOMUSCHAT, ed., Nijhoff, L'Aja, 1999, pp. 63-108;
- Rodríguez Pinzón, D.: The "Victim" Requirement, the Fourth Instance Formula and the Notion of "Person" in the Individual Complaint Procedure of the Inter-American Human Rights System, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2001, 7, pp. 369-383;
- Rodríguez Rescia, V. e Seitles, M. D.: The Development of the Inter-American Human Rights System: A Historical Perspective and a Modern-Day Critique, *New York Law School Journal of Human Rights*, 2000, 16, pp. 593-632;
- Rosenne, S.: *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 2aed., Dordrecht, Nijhoff, 1985;
- Salvioi, F. O.: Derechos, acceso, y rol de las víctimas, *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, J. E. Médez Y F.COX editores, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1998, pp. 294-342;
- Scalabrino, M.: Per una nuova cultura dei diritti dell'uomo: conoscere i sistemi non europei. Il sistema Latinoamericano", *Relazione tenuta l'8 novembre 2000 nell'Università di Urbino in occasione del seminario "Dall'informazione alla formazione"*, in <http://www.humarights-it.org>;

- Scalabrino, M.: Le istanze internazionali di giustizia a cinquant'anni dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, in "La Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo verso il duemila", Napoli, ESI, 2001, pp. 149-232;
- Scalabrino, M.: L'irragionevole durata dei processi italiani e la L. 24 marzo 2001, n.89: un *commodus discessus*, Rivista Internazionale dei Diritti dell'Uomo, 2001,2, pp.365-415;
- Scalabrino, M.: Vittime e risarcimento del danno: l'esperienza della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo", Comunicazioni e Studi dell'Istituto di Diritto Internazionale dell'Università degli Studi di Milano, 2002, 56 pp.;
- Scalabrino, M.: Los derechos económicos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Resultados y Perspectivas, 42 pp.;
- Sokol, K.: Human rights- law of treaties- jurisdiction of Inter-American Court of Human Rights- effect of attempted withdrawal of jurisdiction, American-Journal-of-International-Law, 2001, 1, pp.178-185;
- Tigroudja, H.: L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme: en marge d'arrêts et avis consultatifs récents, Revue Trimestrielle des droits de l'homme, 2002, p. 69 ss.;
- Vidal Ramírez, F.: La judicatura *ad hoc*, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI, Memoria del Seminario de Noviembre de 1999, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2001, pp. 589-594;
- Wilson, R. J. e Perlin, J.: The Inter-American Human Rights System: Activities During 1999 through October 2000, American University International Law Review, 2001,16, pp. 316-349;
- Wilson, R. J.: Tthe United State's Position on the Death Penalty in the Inter-American Human Rights System, Santa Clara Law Review, 2002, 42, pp. 1159-1190.

NOTAS

1. E' considerato il periodo compreso tra la data della sentenza 75 sul merito del caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros) c. Perù* (14.3.2001) e quella della sentenza 95 sul risarcimento del danno nel caso "*El Caracazo*" c. *Venezuela* (29.8.2002). Le Opinioni Consultive sono esaminate solo in quanto collegate o collegabili alle decisioni contenziose. La bibliografia contempla, salvo qualche eccezione, le opere apparse tra il 1999 e il 2002.
2. "The Tragedy of Hamlet, Prince of Denmark", Atto I, Scena V: "*There are more things between heaven and earth, Horatio, than are dreamt of in your philosophy.*"
3. Mi riferisco, ma non solo, alla sentenza 27 giugno 2001, resa dalla CIG nel caso *LaGrand (Repubblica Federale di Germania c. Stati Uniti)*, nella quale la Corte ha ritenuto (§§ 77; 89 e 128.3), pur con l' Opinione Separata del Vice Presidente Shi, §§ 15-16, e l'Opinione Dissidente del Giudice Oda, §§ 17 e 23-27, l'informazione consolare un diritto fondamentale dell'individuo, avvalendosi di fatto delle argomentazioni svolte dalla Corte Interamericana nell'OC-16/1999 del 1 ottobre 1999 intitolata "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal" senza peraltro mai menzionarla, nonostante che lo Stato attore l'avesse più volte richiamata, insieme alle sentenze di merito nei casi *Loayza Tamayo* e *Castillo Petruzzi y otros*, entrambe c. *Perù* [cfr. *plaidoirie* Simma, §§ 10; 14; 18; 21-23 e 29 e *plaidoirie* Trechsel in risposta, §§ 6.6 - 6.27 e 6.46].
In senso correttamente consapevole della primazia storica e concettuale dell'OC-16/1999, cfr. il Voto Concorrente Congiunto del Presidente Cançado e del Giudice Pacheco Gómez annesso alla sentenza 90 del 6 dicembre 2001 sul merito del caso "*Las Palmeras*" c. *Colombia*, § 15; il Voto Concorrente Cançado annesso all'OC-17/2002 del 28 agosto 2002 sulla "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", dove l'OC-16/1999 è definita (§ 29) come "pionera, que ha servido de sendero, inspiración y orientación a otros tribunales internacionales y ha inspirado la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* sobre la materia", nonché l'Introduzione dello stesso Presidente al Tomo III delle "Misure Cautelative Urgenti" edito dalla Corte, § 6 e nota 10. Per quanto riguarda la dottrina, vedi in generale J. M. PASQUALUCCI, *Advisory Practice of the Inter-American Court of Human Rights: Contributing to the Evolution of International Human Rights Law*, *Stanford Journal of International Law*, 2002, 38, pp. 241-288 e, nello specifico, S. BABCOCK, *The Role of International Law in United States Death Penalty Cases*, *Leiden Journal of International Law*, 2002, 25, pp. 367-387, specialmente pp.380-382; D.CASSEL, *International Remedies in National Criminal Cases: ICJ Judgment in Germany v. United States*, *Leiden Journal of International Law*, 2002, 15, pp. 69-86, specialmente pp. 74-75 e p.84; M. D. EVANS, *Decisions of International Tribunals: The International Court of Justice, The LaGrand Case*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, 2, p. 449 ss.; M. FERIA TINTA, *Due Process and the Right to Life in the Context of the Vienna Convention on Consular Relations: Arguing the LaGrand Case*, *European Journal of International Law*, 2001, 2, pp. 363-367; R.JENNINGS, *The LaGrand Case, The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2002, 1, pp.13-54, specialmente pp. 26-27 e 45-49; H. TIGROUDJA, *L'autonomie du droit applicable par la Cour interaméricaine des droits de l'homme: en marge d'arrêts et avis consultatifs récents*, *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 2002, p. 69 ss. e R. J. WILSON e J. PERLIN, *The Inter-American Human Rights System: Activities During 1999 through October 2000*, *American University International Law Review*, 2001,16, pp. 316-349, specialmente pp.326-327.
4. In questo senso, ma criticamente, O. M. FISS, *The Autonomy of Law*, *The Yale Journal of International Law*, 2001, 26, pp.517-526, e segnatamente p.526.
5. SCALABRINO, M. *Vittime e risarcimento del danno: l'esperienza della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo*, ancora in corso di stampa in *Comunicazioni e Studi dell'Istituto di Diritto Internazionale dell'Università degli Studi di Milano*, 2002, 56 pp., ove la giurisprudenza della Corte è analizzata fino alla fine del marzo 2001. Mi sia permesso ricordare anche il mio breve studio intitolato "Per una nuova cultura dei diritti dell'uomo: conoscere i sistemi non europei. Il sistema Latinoamericano", Relazione tenuta l' 8 novembre 2000 nell'Università di Urbino in occasione del Seminario "Dall'informazione alla formazione", pubblicato nel sito web <http://www.humarights-it.org>.
6. Sentenza 85 sulle eccezioni preliminari del 7 settembre 2001.

7. In senso analogamente gius-creativo, cfr. sentenza 79 del 31 agosto 2001 sul merito e risarcimento nel caso della *Comunidad Mayagna (Sumo) Awastinguini c. Nicaragua*, §§ 145 e 146-148, con riferimento al diritto di proprietà: “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. 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”, e M. SCALABRINO, *Los derechos económicos en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Resultados y Perspectivas*, in corso di stampa in....
8. Su questo problema in generale, cfr. l’ampia disamina compiuta dall’allora Vice Presidente Cançado nel Voto Concorrente annesso alla sentenza 41 del 4 settembre 1998 sulle eccezioni preliminari nel caso *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, §§ 2-3 e 5-29.
9. Cfr. O.L.FAPPIANO y C.LOAYZA TAMAYO, *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos - 1975 a 1995*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 1998, p.166; J. M. PASQUALUCCI, *The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law*, *The University of Miami Inter-American Law Review*, 1995, 26, pp. 298 -361, e segnatamente pp. 314-316; J. M. PASQUALUCCI, *Preliminary Objections Before the Inter-American Court of Human Rights: Legitimate Issues and Illegitimate Tactics*, *Virginia Journal of International Law Association*, 1999, 40, pp. 5-114 e segnatamente pp. 38-39; D. RODRIGUEZ PINZÓN, *The “Victim” Requirement, the Fourth Instance Formula and the Notion of “Person” in the Individual Complaint Procedure of the Inter-American Human Rights System*, *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2001, 7, pp. 369-383, specialmente pp. 380-383, con richiamo al caso No. 10.169 [OEA/ser. L/V/II.79, doc.12, rev.1(1991)] e agli Informes della Commissione No. 39/99 [OEA/ser.L/V/II., doc.6, rev.1 (1998)]; No.106/99 [OEA/ser.L/V/II., doc. 3, rev. 1 (1999)] e No. 103/99 [OEA/ser.L/V/II., doc.3, rev.1(1999)] e M. SCALABRINO, *Le istanze internazionali di giustizia a cinquant’anni dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, La Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo verso il duemila*, Napoli, ESI, 2001, pp. 149-232, specialmente p.191.
10. Cfr. anche Informe 47/97 e decisioni citate dalla Corte in sentenza 85, § 23, note 7 e 8.
11. Per un *excursus* storico completo sulla soggettività internazionale dell’individuo in generale, si veda Voto Cançado annesso all’OC-17/2002, §§ 2-34, dove l’estensore sottolinea tra l’altro (§ 33) l’unitarietà del concetto di soggettività giuridica, così come (§§ 8 e 41) la stretta relazione tra questa e la capacità giuridica.
12. Con riferimento a queste, e alla decisione della Corte al riguardo nella sentenza 41, vedi S. GARCÍA RAMÍREZ, *Algunos criterios recientes de la Corte Interamericana de derechos Humanos (1998)*, *Cuestiones Constitucionales*, 1999, 1, p. 123 ss., specialmente pp.134 -136.
13. Dal § 9A della sentenza risulta che nell’Informe 75/98 del 28 settembre 1998 la Commissione aveva concluso nel senso di “recomendar que el Estado argentino restablezca al señor...en la plenitud de sus derechos y lo repare e indemnice adecuadamente.”
14. Sentenza 85, §§ 11e 11.3: “Con fundamento en la denegación de justicia de que ha sido víctima el señor...por parte de las autoridades argentinas, las que de manera arbitraria se abstuvieron de reparar de manera efectiva los graves perjuicios que le fueran ocasionados por agentes del Estado, la Comisión solicita a la Honorable Corte que dicte sentencia en el presente caso, declarando que el Estado argentino violó y continúa violando los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, protegidos por los artículos 8 y 25 de la Convención y el derecho a la propiedad reconocido por el artículo 21 de la misma”; “Ordene al Estado argentino el restablecimiento en plenitud de los derechos del señor...y, entre otras medidas, se lo repare e indemnice adecuadamente por las violaciones mencionadas, conforme a lo establecido en el artículo 63.1 de la Convención. La adecuada indemnización compensatoria debe comprender el daño material, psicológico y moral actualizado.”
15. Per adottare la terminologia suggerita come più congrua in questi casi da S. ROSENNE, *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 2a ed., Dordrecht, Nijhoff, 1985, p.159.
16. Cfr. §§ 21-23 e § 27 prima parte: “La primera excepción preliminar que la Corte va a analizar y decidir es la relativa al artículo 1, inciso 2, de la Convención Americana. Basándose en este texto, la Argentina sostiene que la Convención Americana no es aplicable a las personas jurídicas y que, por ende,

las empresas del señor..., que poseen distintas formas societarias, no están amparadas por el artículo 1.2 de la Convención. El Estado invoca en su apoyo la práctica de la Comisión Interamericana en cuanto a la interpretación del artículo 1.2 de la Convención y cita los pasajes siguientes, extractados de los pronunciamientos de la Comisión: “que el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como las disposiciones del Artículo 1.2, proveen que para los propósitos de esta Convención, ‘persona’ significa ‘todo ser humano’, y que por consiguiente, el sistema” si riferisce solo alle “personas naturales y no incluye personas jurídicas. Consecuentemente, en el sistema interamericano, el derecho a la propiedad es un derecho personal y la Comisión tiene atribuciones para proteger los derechos de un individuo cuya propiedad es confiscada, pero no tiene jurisdicción sobre los derechos de personas jurídicas, tales como compañías o, como en este caso, instituciones bancarias. Las personas jurídicas no están incluidas en la Convención Americana y, por lo tanto, a dichas personas no se les aplica sus disposiciones, pues carecen de derechos humanos.”

17. Cfr. § 26 *in fine*, con riferimento al caso *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited - Belgio c. Spagna* e alla sentenza della CIG del 5 febbraio 1970, nonché § 29, nota 11, con riferimenti alla giurisprudenza della Corte europea e del Comitato dei diritti dell’Uomo. Al § 28, poi, la Corte si riferisce alla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati e fa risaltare un *argumentum a contrariis* “la interpretación pretendida por el Estado conduce a resultados irrazonables pues implica quitar la protección de la Convención a un conjunto importante de derechos humanos.”
18. Cfr. § 25: “Cabe examinar a continuación el artículo 21 de la Convención Americana relativo a la propiedad privada, que interesa en este caso. Según la interpretación que la Argentina sugiere y que la Comisión parece compartir, si un hacendado adquiere una máquina cosechadora para trabajar su campo y el gobierno se la confisca, tendrá el amparo del artículo 21. Pero, si en lugar de un hacendado, se trata de dos agricultores de escasos recursos que forman una sociedad para comprar la misma cosechadora, y el gobierno se la confisca, ellos no podrán invocar la Convención Americana porque la cosechadora en cuestión sería propiedad de una sociedad. Ahora bien, si los agricultores del ejemplo, en vez de constituir una sociedad, compraran la cosechadora en copropiedad, la Convención podría ampararlos porque según un principio que se remonta al derecho romano, la copropiedad no constituye nunca una persona ideal.”
19. Si noti tuttavia in qual senso (§ 26 prima parte) viene intesa l’espressione “individuo”: “Toda norma jurídica se refiere siempre a una conducta humana, que la postula como permitida, prohibida u obligatoria. Cuando una norma jurídica atribuye un derecho a una sociedad, ésta supone una asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual, participando en el reparto de las ganancias que se obtengan. El Derecho ofrece al individuo una amplia gama de alternativas para regular sus conductas con otros individuos y para limitar su responsabilidad.”
20. Affermazione genetica delle attuali conclusioni della Corte si rinviene nel Voto Concorrente Cançado annesso alla sentenza 41 del 4 settembre 1998 sulle eccezioni preliminari nel caso *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, §§ 28 e 32, per il quale “no se justificaría que, transcurridos veinte años de operación de nuestra Convención regional, se admitiera circundar de restricciones el amplio alcance de la *legitimatío ad causam*, por parte de *cualquier persona*, bajo el artículo 44 de la Convención Americana. Cabe extraer las consecuencias del amplio alcance del artículo 44 de la Convención. Además, el artículo 1.1 de la Convención Americana consagra la obligación general de los Estados Partes de respetar los derechos en ella consagrados y asegurar su libre y pleno ejercicio a *toda persona* sujeta a su jurisdicción, independientemente de su estatuto jurídico en el derecho interno.” “La protección de los derechos humanos accionada por el ejercicio del derecho de petición individual se efectúa” inoltre “a la luz de la noción de *garantía colectiva*, subyacente a la Convención Americana, así como a los demás tratados de derechos humanos”, ed è “en ese contexto que se ha de apreciar el amplio alcance de la *legitimatío ad causam* bajo el artículo 44 de la Convención Americana.”
21. Così Voto Concorrente Cançado annesso alla sentenza 92 del 27 febbraio 2002 sul risarcimento del caso *Trujillo Oroza c. Bolivia*, § 6. Conformemente, cfr. Voto Cançado annesso all’OC-17/2002, § 55, per il quale “es innegable que la subjetividad jurídica internacional del ser humano se ha afirmado y expandido en las últimas décadas”, anche perché “no es posible concebir derechos - enmanados directamente del Derecho Internacional- sin la prerrogativa de reivindicarlos”. A.A.Cançado Trindade, Las cláusulas pétreas de

la protezione internazionale del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Memoria del Seminario de Noviembre de 1999, Tomo I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2001, pp. 5-68, especialmente p. 29, sottolinea del resto che “de todos los mecanismos de protección internacional de los derechos humanos, el derecho de petición individual es el más dinámico.”

22. Così sentenza in esame, § 29 *in fine*.
23. Così Voto Cançado annesso alla sentenza 41, § 22.
24. Che potrebbe rivelarsi, in un futuro non lontano, funzionale anche all’attuazione di alcuni dei diritti sanciti dal Protocollo di San Salvador, nel caso, ad esempio, di cooperative di lavoratori o di sindacati.
25. Il Voto Cançado annesso all’OC-17/2002, § 28 [“Es perfectamente posible conceptualizar –inclusive con mayor precisión– como sujeto del Derecho Internacional cualquier persona o entidad, titular de derechos y obligaciones, que emanan directamente de normas del Derecho Internacional”] sembra lasciar intendere che tali distinzioni e differenze non rilevarebbero in nulla per il diritto internazionale dei diritti dell’Uomo.
26. Chi scrive condivide l’affermazione del Voto Cançado alla sentenza 41, § 15, per la quale il “derecho de petición individual” è e può costituire un “método de implementación internacional de los derechos humanos” e non condivide invece, non foss’altro che per l’esperienza della giurisprudenza europea, l’opinione espressa dalla Commissione nell’Informe 47/97, per la quale la protezione dei diritti umani “would be diluted by the claims of corporate entities.”
27. Così Voto Cançado ult.cit., § 4.
28. Con questa locuzione non intendo riferirmi alle argomentazioni espresse dal Presidente Cançado in ordine al legame intertemporale che unisce defunti e viventi, e questi a quelli, del quale egli auspica una più approfondita consapevolezza da parte del diritto internazionale dei diritti dell’Uomo, bensì solo ai problemi connessi con l’accettazione “condizionata”, o di molto successiva alla ratifica della Convenzione, della giurisdizione della Corte.
29. Per quel che riguarda le analoghe riserve *ratione materiae* [cfr. sentenze 80, 81 e 82, tutte del 1 settembre 2001, sulle eccezioni preliminari nei casi *Hilaire, Benjamin y otros* e *Constantine y otros*,

tutti *c. Trinidad e Tobago*, § 43: “La República de Trinidad y Tobago, reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sólo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la Corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares”], vedi *infra*, nota 86 e, per quel che riguarda l’asserita diversità tra riserve e dichiarazioni generali, cfr. Voto Concorrente Cançado annesso alla sentenza 80, § 30. Sul problema qui considerato, cfr. da ultimo in dottrina R. GOODMAN, *Human Rights Treaties, Invalid Reservations, and State Consent*, *The American Journal of International Law*, 2002, pp. 531-560 e A. E. MONTALVO, *Reservations to the American Convention on Human Rights: a New Approach*, *American University International Law Review*, 2001, 16, pp. 269-313, specialmente pp.277-282 e 287-290.

J. M. PASQUALUCCI, *The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents...*, cit., pp.308-309, evidenzia peraltro, a monte, un difetto strutturale del sistema latinoamericano, affermando che “unfortunately the system of the Convention appears to make the best protection of human rights impossible because the American States in drafting it did not wish to accept the establishment of a swift and effective jurisdictional system but rather they hobbled it by interposing the impediment of the Commission, by establishing a veritable obstacle course that is almost insurmountable, on the long and arduous road that the basic rights of the individual are forced to travel.” Sul ruolo della Commissione ai sensi del del nuovo Regolamento (2000) di Procedura della Corte, vedi A.A.CANÇADO TRINDADE, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer su Mecanismo de Protección*, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, Tomo II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2001, cap.X, 2, §§ 144-149 [con riferimento sia all’art.2. 23, nel quale la Commissione è definita “parte en el caso sólo procesalmente”, che all’ art. 23.1 la cui formulazione dimostra, secondo l’A., che “la Corte actuó con prudencia, al preservar, en la presente etapa de la evolución histórica del sistema interamericano de protección, las actuales facultades de la Comisión, y al contribuir simultáneamente a clarificar los distintos roles de los individuos demandantes y de la CIDH, poniendo fin a la actual ambigüedad del

- rol de ésta última en el procedimiento ante la Corte”] e 4, § 156, ove il Presidente “enfatisa la jurisdiccionalización de los procedimientos bajo la Convención Americana, por constituir la vía judicial la forma más perfeccionada de protección de los derechos de la persona humana.”
30. Cfr. sentenza 21 del 27 gennaio 1995 sulle eccezioni preliminari nel caso *Genie Lacayo c. Nicaragua*, nel quale la Corte (§§ 21 e 23-26) aveva potuto affermare la propria giurisdizione solo grazie ad un'intervenuta accettazione *ad hoc* da parte dello Stato “para este caso, única y exclusivamente en los precisos términos contenidos en la demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos bajo el acápite “Objeto de la demanda” e, in senso contrario, sentenze 27 del 2 luglio 1996 sulle eccezioni preliminari, 36 del 24 gennaio 1998 sul merito e 48 del 22 gennaio 1999 sul risarcimento, tutte nel caso *Blake c. Guatemala*. *Mutatis mutandis*, cfr. anche sentenze 54 e 55, entrambe contro il Perù ed entrambe del 24 settembre 1999, nel caso *Ivcher Bronstein - Competencia* e nel *Caso del Tribunal Constitucional-Competencia*.
 31. Cfr. sentenza 27, §§ 8 e 3-6, e sentenza 48, stessi paragrafi. Sul problema delle riserve, vedi da ultimo in dottrina K. KORKEKIA, *New Challenges to the Regime of Reservations Under the International Covenant on Civil and Political Rights*, *European Journal of International Law*, 2002, 2, pp. 437-478.
 32. Cfr. in particolare Voto Cançado alla sentenza 48 e *idem* alla 27, §§ 7-11. Si veda tuttavia anche il Voto *Razonado* del Giudice *ah hoc* Novales Aguirre relativo alla sentenza 27, ove l'estensore afferma: “La muerte extrajudicial de una persona es intolerable y por sólo ese hecho no debe quedar impune. Mediante el presente voto razonado hago una exhortación de combate en contra de la impunidad en aquellos hechos de los cuales la Corte se ha declarado incompetente, instando al Gobierno de la República de Guatemala para que continúe con las investigaciones exhaustivas que el caso amerita, consecuentemente con la captura, procesamiento y condena de los autores intelectuales y materiales de los delitos cometidos.” Un ampio richiamo a considerazioni già espresse e considerazioni nuove s'incontra anche nel Voto Cançado annesso alla sentenza 92, §§ 14-19.
 33. Sentenza 64 del 26 gennaio 2000.
 34. Cfr. §§ 5 e 36 [“El 14 de junio de 1994 Bolivia respondió a la solicitud de la Comisión, manifestando que aceptaba su responsabilidad por los hechos denunciados”; “En la audiencia pública del 25 de enero de 2000 Bolivia reconoció los hechos expuestos por la Comisión. De la misma manera, el Estado reconoció su responsabilidad internacional en el presente caso y aceptó las consecuencias jurídicas que derivan de los hechos mencionados”]; Voto Concorrente Cançado alla sentenza 92, §§ 2 e 3 *in fine* [“El Estado manifestó ante la Corte, en la audiencia pública del 25 de enero de 2000, que el Gobierno de la República de Bolivia formalmente reconoce la responsabilidad sobre los hechos. Al hacerlo, el Estado reconoció todos los hechos expuestos en la demanda, o sea, todos los hechos a partir de la detención de la víctima, el 23.12.1971, y no solamente los hechos posteriores a la fecha en que se tornó Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (19.07.1979) o a la fecha en que reconoció la competencia obligatoria de la Corte Interamericana (27.07.1993)”]; “La Corte consideró la desaparición forzada de la víctima en su integralidad, como un todo”] e Voto Concorrente del Giudice García Ramírez alla stessa pronuncia, §§ 3, 6 e 9. Il Voto Concorrente del Giudice *ad hoc* Brower, §§ 5-9, si rammarica invece che la Corte non abbia affermato la propria giurisdizione anche sulla base del principio c.d. del *forum prorogatum*.
 35. Cfr. Voto Brower, § 2 [“Cabe recordar que en el *Caso Blake*, como en el presente, la desaparición de la víctima antecede a la aceptación formal por parte del Estado de la competencia contenciosa de la Corte. Sin embargo, a diferencia de Bolivia en el presente caso, el Estado, en esa oportunidad sostuvo que, como consecuencia, la Corte carecía de competencia. La Corte concluyó que tal excepción debía considerarse infundada en cuanto a los efectos y conductas posteriores a la aceptación de competencia del Estado y que, por esta razón, tenía competencia para conocer de las posibles violaciones que imputa la Comisión al propio Gobierno en cuanto a dichos efectos y conductas.”]
 36. Sentenza 64, § 41 e Voto Cançado annesso alla sentenza 92, § 2.
 37. Sentenza di merito, § 40 e Voto Cançado ult.cit., § 3.
 38. Stesso Voto, § 41.
 39. Sentenza 92, § 72 prima parte. *Ibidem*, seconda parte, la Corte trae le debite, ulteriori conseguenze: “Al resolverse el problema de la prescripción, no debe existir impedimento alguno para que los familiares de la víctima conozcan la verdad de lo acaecido a...y que se investigue y sancione a los responsables de los acontecimientos objeto del presente caso.” Su questo punto vedi *infra*, p. 28, nota 145.

40. Cfr. Voto García Ramírez, §§ 4, 6 e 14 e Voto Brower, § 2 prima parte e §§ 3-4, ed invece, in senso pianamente contrario, Voto Cançado, §§ 4 -5 [“La Convención de Viena (1969) sobre Derecho de los Tratados determina que las disposiciones de un tratado no obligan a una Parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para el Estado Parte en cuestión, ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir. O sea, la referida Convención de Viena establece el carácter imperativo del principio de la no-retroactividad de los tratados en relación específicamente con actos o hechos, o situaciones, que se hayan consumado antes de la entrada en vigor del tratado para el Estado Parte en cuestión. Así, el propio derecho de los tratados ha dado margen para la evolución de la noción de situación continuada, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la cual viene atender a las necesidades de protección del ser humano, y trascender las contingencias del derecho para realizar el ideal de la justicia.”]
41. Cfr. §§ 72 e 107.
- 42.. Cfr. sentenza n. 1190/01-R, del 12.11.2001: “La privación ilegal de libertad o detenciones ilegales, es un delito permanente, y mientras perdure el delito se reproduce a cada instante en su acción consumativa.” Le decisioni della Corte Costituzionale Boliviana, istituita con Legge n. 1836 del 1 aprile 1998, possono essere viste nel sito internet <http://www.tribunalconstitucional.gov.bo/>.
43. A questa posizione si allinea solo apparentemente, e nei limiti di cui *infra*, pp.8-9, il Voto Cançado, § 5 [“Para esto también ha contribuido, en el ámbito del caso concreto, el Tribunal Constitucional de Bolivia”]. Al § 103 della sentenza in esame, la Corte osserva che proprio “el transcurso del tiempo, la falta de tipificación del delito de desaparición forzada –[y] la aplicación de la prescripción de la acción en el proceso penal– han sido los principales obstáculos para lograr una efectiva investigación de los hechos que afectaron al señor... y la sanción de los responsables”. Si noti tuttavia, sentenza 92, § 93 c), che “el proyecto de ley que sanciona con pena de cárcel la desaparición forzada de personas se encuentra [ancora, *n.d.r.*] en trámite ante el Congreso de Bolivia”. Sul punto, vedi *infra*, pp. 25-26, nota 135.
44. Così la sentenza, § 72 seconda parte, e Voto García Ramírez, § 13. L’importanza della decisione della Corte su questo punto si rivela soprattutto sotto il profilo dell’ampiezza e dell’ammontare del risarcimento, al qual proposito si noti come il Giudice *ad hoc* (Voto Brower, § 2) affermi che “el Estado hubiera preferido que las reparaciones ordenadas en la presente Sentencia fueran sustancialmente más modestas tanto en alcance, como en grado.” L’estensore riconosce nondimeno di essere “satisfecho, al considerar el asunto imparcialmente y a conciencia, que la jurisprudencia desarrollada por la Corte, aplicada a la totalidad del expediente ante ella en el presente caso, no podía haber contemplado menos.”
45. “En efecto, tanto la Corte Europea de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Humanos, v.g., han asumido jurisdicción en casos en que, aunque los hechos hayan tenido inicio antes de la entrada en vigor de los respectivos tratados de derechos humanos para los Estados Partes en cuestión, han surtido efectos que se prolongan en el tiempo después de aquella entrada en vigor. Si los órganos de protección internacional no hubiesen actuado de esa forma, hubieran privado dichos tratados de sus efectos apropiados (*effet utile*) en el derecho interno de los Estados Partes. Y si se tomara en cuenta solamente los hechos posteriores a una determinada fecha, fragmentando y desfigurando de ese modo una situación continuada de violación de los derechos humanos, aún así habría que considerar también los hechos *anteriores* a tal fecha, para identificar y evaluar sus efectos prolongados en el tiempo, inclusive después de dicha fecha”: così §§ 12-13. La vera “conversione” della Corte europea alla nozione di violazione continua risale tuttavia sostanzialmente solo alla sentenza 10 maggio 2001 nel caso *Cipro c. Turchia*. Anteriormente, infatti, detta nozione era stata impiegata solo nei confronti dell’Italia, a proposito dell’irragionevole durata dei processi, in fattispecie peraltro del tutto diversamente connotate. Sul tema, cfr. rispettivamente L. G. LOUCAIDES, *The Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of Cyprus v. Turkey*, *Leiden Journal of International Law*, 2002, 15, pp.225-236 e M.SCALABRINO, *L’irragionevole durata dei processi italiani e la L. 24 marzo 2001, n.89: un commodus discessus*, *Rivista Internazionale dei Diritti dell’Uomo*, 2001, 2, pp. 365-415, specialmente pp. 374-376.
46. *Ibidem*, § 10.
47. *Ibidem*, §§ 10 e 22, sottolineando (§§ 11 e 21) che, poiché “la misma atención prestada por la Corte a la integralidad de la situación continuada de la desaparición forzada de la víctima en su Sentencia sobre el fondo se impone igualmente en su presente Sentencia de reparaciones, la Corte Interamericana consideró equitativo determinar los montos de

- reparaciones tomando en cuenta la totalidad de los hechos (entre 1971 y 2002) admitidos por el Estado demandado que conforman la situación continuada de la desaparición forzada del Sr... O sea, la Corte determinó las reparaciones teniendo presente la situación permanente (desde su inicio hasta la fecha) del delito de desaparición forzada que hasta hoy perdura, por ende imprescriptible.”
48. *Ibidem*, § 9, e Voto *Razonado* annesso alla sentenza 36, §§ 16-17 [“Las soluciones del primero, consagradas en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados, fueron erigidas en gran parte sobre la premisa del equilibrio del acuerdo de voluntades entre los propios Estados soberanos, con algunas significativas concesiones a los intereses de la llamada comunidad internacional (identificadas sobre todo en la consagración del *jus cogens* en los artículos 53 y 64 de ambas Convenciones de Viena). Las soluciones del segundo se erigen sobre premisas distintas, contraponiendo a dichos Estados los seres humanos victimados bajo su jurisdicción, titulares últimos de los derechos de protección.”]
49. *Ibidem*, § 9, e Voto *Razonado* ult. cit., § 24. Quivi, § 15, vedi l'appartenenza del divieto della scomparsa forzata di persona allo *jus cogens*: “Estamos, en definitiva, ante una violación particularmente grave de múltiples derechos humanos. Entre éstos se encuentran derechos fundamentales inderogables, protegidos tanto por los tratados de derechos humanos como por los de Derecho Internacional Humanitario. Los desarrollos doctrinales más recientes en el presente dominio de protección revelan una tendencia hacia la “criminalización” de violaciones graves de los derechos humanos, como las prácticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas. Las prohibiciones de dichas prácticas nos hacen ingresar en la *terra nova* del *jus cogens* internacional”. Conformemente, con riferimento alle riserve *ratione materiae* alla giurisdizione contenziosa della Corte, vedi Voto alla sentenza 80, § 38: “Los Estados se ven hoy ante un dilema que debería ya estar superado hace mucho: o retornan a la concepción voluntarista del derecho internacional, abandonando de una vez la esperanza en la preeminencia del Derecho sobre los intereses políticos, o retoman y realizan con determinación el ideal de construcción de una comunidad internacional más cohesionada e institucionalizada a la luz del Derecho y en la búsqueda de la Justicia, moviendo resueltamente del *jus dispositivum* al *jus cogens*.” In dottrina, vedi da ultimo J. BENZIMRA-HAZAN, *Disparitions forcées de personnes et protection du droit à l'intégrité: la méthodologie de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, 2001, p. 765 ss.
50. Voto alla sentenza in esame, § 18, e Voto alla sentenza 36, § 25. In senso favorevole, vedasi in dottrina K. D. KING-HOPKINS, *Inter-American Commission on Human Rights: Is its Bark Worse Than its Bite in Resolving Human Rights Disputes?*, *Tulsa Law Journal*, 2000, 35, pp. 421-443 especialmente p. 431. In senso parzialmente favorevole vedi T. KOJI, *Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights*, *European Journal of International Law*, 2001, 5, pp. 917-942 e S. HALL, *The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism*, *European Journal of International Law*, 2001, 2, pp. 269-308. In senso, invece, polemico e provocatorio, vedi M. MUTUA, *Savages, Victims, and Saviors: The Metaphor of Human Rights*, *Harvard International Law Journal*, 2001, 42, pp. 201-245 especialmente pp. 209-227.
51. Sulla nozione solo apparentemente limitrofa di violazione continuata, vedi sentenza 73 del 5 febbraio 2001 sul merito del caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros c. Chile*), § 98 [“En relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención, las normas de derecho interno todavía no han sido adaptadas a lo dispuesto por la Convención Americana. Por ello el Estado continúa incumpliendo los deberes generales a que se refieren aquellas disposiciones convencionales”] e soprattutto Voto Concorrente Cançado, § 5, per il quale “es perfectamente posible concebir una situación legislativa contraria a las obligaciones internacionales de un determinado Estado (v.g., manteniendo una legislación contraria a las obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos, o no adoptando la legislación requerida para dar efecto a tales obligaciones en el derecho interno). En este caso, el *tempus commisi delicti* se extendería de modo a cubrir todo el período en que las leyes nacionales permanecieron en conflicto con las obligaciones convencionales internacionales de protección, acarreado la obligación adicional de reparar los sucesivos daños resultantes de tal situación continuada durante todo el período en aprecio. Los hechos del presente caso demuestran, a mi juicio, que estas ponderaciones son válidas para toda la normativa del derecho interno, abarcando las normas de rangos tanto infraconstitucional como constitucional.”
52. Le considerazioni critiche espresse dal Presidente circa l'apponibilità di riserve di contenuto ai trattati

internazionali sui diritti umani sono note, e quindi in nulla deve meravigliare che in Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo...cit., loc. cit., cap.VIII, §§ 122-123, egli auspichi la modifica dell'art. 75 della Convenzione, nel senso che esso risulti così riformulato: "Esta Convención no admite reservas". Questo è infatti uno dei suoi "sogni", forse il più arduo.

53. Voto alla sentenza in esame, § 15.
54. *Ibidem*, § 19.
55. Così ancora Voto relativo alla sentenza 80, § 19, e Voto annesso all'OC-17/2002, § 22. Si veda altresì, sull'intera materia, A. A. CANÇADO TRINDADE, *Las cláusulas pétreas ...*, cit., specialmente pp. 39-59 e, nel particolare, anche P.A.QUILTER, *Strengthening the Inter-American Human Rights System: Getting the Debate on Back on Track*, *El Sistema Interamericano de Protección ...*, cit., pp.597-603.
56. Voto annesso alla sentenza in esame, § 39, e già analogamente, Voto ult.cit., § 38, ove l'estensore impiega la locuzione "lamentable falta de automatismo de la jurisdicción internacional" e si esprime, a questo proposito, in termini di "necesarios ajustes para hacer frente a la realidad de los derechos humanos y atender a las necesidades crecientes de protección eficaz del ser humano."
- La necessità di un Protocollo modificativo (anche) nei sensi appena cennati era già stata sottoposta dallo stesso Presidente, insieme ad altre sue proposte, "within the framework of the dialogue on the Inter American System of Protection of Human Rights", alle pertinenti sedi istituzionali dell'OSA, e precisamente al Consiglio Permanente dell'Organizzazione, in occasione della presentazione, il 5 aprile 2001, del Rapporto Annuale (2000) della Corte al Comitato degli Affari Giuridici e Politici [doc. OEA/Ser.G-CP/CAJP-1781/01, cap.V, §§ 54-56; 59-60; 62-63], ed è stata ribadita nella stessa sede il 19 aprile 2002, in occasione della presentazione del Rapporto Annuale 2001 [doc. OEA/Ser.G-CP/CAJP-1932/02-25 aprile 2002, § III]. Sul punto si veda altresì ampiamente A. A. CANÇADO TRINDADE, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo ...*, cit.,loc.cit., cap.VIII, § 117, y cap.X, §§ 159-161.
- Degno di particolare menzione è poi che il Presidente [cfr. doc.OEA/Ser.G-CP/CAJP/SA.379/02, datato 17 giugno 2002] abbia riproposto alla considerazione del Comitato degli Affari Giuridici e Politici del Consiglio Permanente dell'OSA anche l'idea che venga istituito "an *ad hoc* mechanism within the CAJP, that could assume responsibility for verifying execution of the Court's sentences

and the IACHR's recommendations" atteso che, a differenza del sistema europeo, manca in quello latinoamericano "any international supervision for execution of the Court's sentences and the IACHR's decisions" ed esiste qui pertanto "an institutional gap between following up on sentences and monitoring their enforcement." "At present, that responsibility is in the hands of each state [and] each state applies the domestic implementation mechanisms it deemes appropriate. It might be necessary to amend Article 65 of the American Convention on Human Rights", egli scrive, "to allow the aforementioned mechanism to become permanent. That mechanism", egli specifica infine, dovrebbe "consist exclusively of the states parties to the American Convention of Human Rights and not all member states of the Organization." Anche su questo punto vedi A. A. CANÇADO TRINDADE, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo ...*, cit.,loc.cit., cap.VIII, § 118, y cap. X, § 162.

57. Sentenza 49 del 26 gennaio 1999 sulle eccezioni preliminari nel caso *Cesti Hurtado c. Perú*, nella quale lo Stato aveva eccepito, tra altre, una seconda ed una terza questione—§§ 35 e 41b)—ai sensi delle quali, rispettivamente, "a través de su demanda, la Comisión pretende enervar la institución de la cosa juzgada al solicitar que se declare la nulidad del proceso ante el Fuero Privativo Militar que condenó al señor... por el delito de fraude en agravio del Estado" e "la pena privativa de libertad a que ha sido sometido el señor... se deriva de una sentencia definitiva, emitida en última instancia por el fuero militar, que goza de la autoridad de cosa juzgada y, por lo tanto, es inamovible e irrevisable."
58. Sentenza 40 del 3 settembre 1998 sulle eccezioni preliminari nel caso *Cantoral Benavides c. Perú*, §§ 30-34. Sui profili generali del problema, soprattutto con riguardo alla prova dei fatti violatori occorsi, cfr. C.MEDINA, *Toward Effectiveness in the Protection of Human Rights in the Americas*, *Transnational Law and Contemporary Problems*, 1998,8, p.337 ss., § IIIB.
59. Sentenza 49, § 47: "La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre). En la jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. El aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si la supuesta víctima violó la Ley peruana (ya sea ésta la ordinaria o la militar), sino si el Perú ha violado

las obligaciones internacionales que contrajo al constituirse en Estado Parte en la Convención Americana. Por estas razones, la Corte rechaza, *in toto*, por improcedentes, las segunda y tercera excepciones preliminares interpuestas por el Estado.”

60. Sentenza 90 del 6 dicembre 2001.
61. *ibidem*, § 32 prima parte: “La Comisión aportó al acervo probatorio que consta ante la Corte copia de la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño del 15 de abril de 1993 en que declaró responsable a Colombia por la muerte de...y la condenó, en consecuencia, al pago de daños y perjuicios morales y materiales causados a sus familiares. Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, el 14 de diciembre de 1993. A su vez, la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño del 23 de febrero de 1995 declaró responsable a Colombia por la muerte de...y la condenó, en consecuencia, al pago de daños y perjuicios morales y materiales causados a sus familiares. Esta decisión fue confirmada el 15 de enero de 1996 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.” Si noti che la Colombia aveva comunque effettuato il riconoscimento della propria responsabilità internazionale sia nello scritto di risposta che, in forma orale, all’udienza sul merito [“El propio Estado adoptó una actitud positiva en el procedimiento ante este Tribunal internacional, tomando la iniciativa de reconocer su responsabilidad internacional bajo el artículo 4 de la Convención Americana, tanto en su contestación de la demanda del 15.12.1998 como en la audiencia pública del 28.5.2001”: così *Voto Razonado* Cançado-Pacheco Gómez, § 2.]
62. Cfr. § 32, seconda parte: “Dado que estas decisiones judiciales eran conocidas por la Comisión cuando presentó su demanda, cabe preguntarse qué fin persigue ésta cuando solicita a la Corte que declare nuevamente que Colombia es responsable de la muerte de las personas indicadas.”
63. Il *Voto Razonado* Congiunto dei Giudici García Ramírez, Salgado Pesantes e Abreu Burelli, § h), sottolinea invece che “las sentencias de órganos colombianos de la jurisdicción administrativa implican, para los efectos del presente caso, que ya existe condena contra el Estado. Si no la hubiere, sería procedente que la Corte Interamericana se pronunciase sobre este punto.”
64. Cfr. §§ 33-34: “El sistema de garantía de los derechos humanos en América consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de

garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren. Ahora bien, si un caso concreto no es solucionado en la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en la que los órganos principales son la Comisión y esta Corte. Pero, como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, la protección internacional es coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. En consecuencia, cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su aprobación o confirmación. En el presente caso, el Consejo de Estado de Colombia ha decidido en última instancia que el Estado es responsable por la muerte de... Por lo tanto, la responsabilidad de Colombia quedó establecida en virtud del principio de cosa juzgada.” Conformemente, *Voto Razonado* García Ramírez, Salgado Pesantes e Abreu Burelli, §§ a) - f).

65. “[Por lo tanto, la Corte por unanimidad declara] 1. Que la responsabilidad del Estado por la muerte de los señores ..., correspondiente a la violación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, quedó establecida por las dos sentencias definitivas de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de fechas 14 de diciembre de 1993 y 15 de enero de 1996.”
66. Cfr. § 1: “Hubiéramos preferido que este punto resolutive, para seguir la línea de la evolución jurisprudencial de esta Corte, tuviera la siguiente redacción: “La Corte declara que el Estado es responsable por la violación del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los Señores..., tal como lo ha reconocido expresamente el Estado en el procedimiento ante esta Corte.”
67. *Ibidem*, § 2, tanto più che (§§ 7 e 9) le sentenze interne avevano dichiarato esclusivamente la responsabilità amministrativa e patrimoniale dello Stato por “falla del servizio”, lasciando quindi del tutto impregiudicati i titoli portati alla cognizione dell’organo giurisdizionale internazionale.
Chi scrive condivide pienamente le affermazioni degli estensori per le quali, “a la luz de la Convención Americana, lo decidido por la jurisdicción contencioso-administrativa nacional no parece suficiente, y aún menos definitivo: tales decisiones, son manifiestamente insuficientes a la luz de la normativa de protección de la Convención Americana, teniendo presente el deber general de

los Estados Partes de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos protegidos” e -di più - v’è ragione di temere che “pueda surgir ocasiones en que la tenue capa del jurisdicismo formal sea mal utilizada de modo que lleve a perpetuar la impunidad.”

68. *Ibidem*, § 4: “La Corte no puede abdicar de proceder a esta determinación, ni siquiera en la hipótesis en que la decisión de un tribunal nacional sea enteramente coincidente con la suya en cuanto al fondo”. Poiché inoltre (*ibidem*, § 3) “la responsabilidad del Estado en derecho interno no coincide necesariamente con su responsabilidad en derecho internacional, la *res judicata* en derecho interno no es vinculante para un tribunal internacional como la Corte Interamericana.” Al § 5, poi, gli estensori non mancano di sottolineare la contraddittorietà dell’attuale conclusione rispetto a quella della sentenza 49, § 47.
69. *Ibidem*, § 6.
70. *Ibidem*, § 13, i redattori aggiungono *ad abundantiam* che “una cosa es actuar como tribunal de apelaciones o casación de las decisiones de los tribunales en el marco del derecho interno, lo que la Corte Interamericana no puede hacer”, facendone divieto la formula c.d. della quarta istanza, “otra cosa, enteramente distinta, es proceder, en el contexto de un caso contencioso concreto en el cual se estableció la existencia de víctimas de violaciones de los derechos humanos, a la determinación de la compatibilidad o no con las disposiciones de la Convención Americana de actos y prácticas administrativas, leyes nacionales y decisiones de tribunales nacionales, lo que la Corte Interamericana sí puede, y debe hacer.”
71. *Ibidem*, § 8. Nello specifico, si notino gli ampi riferimenti giurisprudenziali indicati nei §§ 10-11.
72. *Ibidem*, § 12: “Al asegurar el deber de control que debe el Estado ejercer sobre todos sus órganos y agentes para evitar violaciones sucesivas de los derechos convencionalmente protegidos, la tesis de la responsabilidad *objetiva* del Estado, configurada a partir de la violación de sus obligaciones internacionales, es, en nuestro entender, la que más contribuye para asegurar la efectividad (*effet utile*) de un tratado de derechos humanos y la realización de su objeto y propósito. Con base en esta tesis se realizan, con particular vigor, las obligaciones positivas de protección por parte del Estado, incluyendo la garantía de no-repetición de los actos lesivos.”
73. Mi riferisco al Voto Dissidente del Giudice Vidal Ramírez annesso alla sentenza 40, per il quale (§§ 3,

3.1, 3.2 e 3.3) l’indulto concesso alla vittima avrebbe dovuto far venir meno la competenza della Corte ad esaminare le violazioni dedotte dalla Commissione e avrebbe dovuto legittimare solo la pronuncia risarcitoria.

74. Sentenza 75 del 14 marzo 2001. Sulle leggi di amnistia in generale, vedi da ultimo in dottrina G. MEINTIES e J.E.MÉNDEZ, *Reconciling Amnesties with Universal Jurisdiction*, *International Law Forum du Droit International*, 2000, 2, pp.76-97 specialmente pp.78-79.
75. Concettualmente prodromica, anche se non strettamente funzionale, era stata la sentenza 73, nella quale la Corte (§ 72) aveva sfidato la Costituzione dello Stato convenuto ribadendo il carattere oggettivo della responsabilità internazionale dello Stato: “La responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19.12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.” Degno di nota l’annesso Voto Cançado, il quale (§ 36) era andato più in là, preconizzando l’applicazione diretta e prioritaria delle norme convenzionali sulle norme interne configgenti [“Las sentencias de los tribunales nacionales deben tomar en debida cuenta las normas aplicables tanto del derecho interno como de los tratados de derechos humanos que vinculan el Estado Parte. Estas últimas, al consagrar y definir claramente un derecho individual, susceptible de vindicación ante un tribunal o juez nacional, son directamente aplicables en el plano del derecho interno”], anche senza un provvedimento formale di adeguamento del diritto interno al dettato convenzionale.
- L’adeguamento in questione ha avuto invece luogo in Brasile, nell’ultima Carta Costituzionale, anche grazie all’influenza esercitata dallo stesso Presidente Cançado, come ricorda V. DE OLIVEIRA MAZZUOL, *A influência dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito interno brasileiro*, in [http:// www.kplus.com.br](http://www.kplus.com.br). [“Atualmente, o que se vem percebendo é o surgimento gradual de uma nova mentalidade, mais aberta e otimista, em relação aos Direitos Humanos. Não mais se cogi

monismo e dualismo, o que já estaria por demais superado. O que pretendem, é que seja dado às normas de direitos humanos provenientes de tratados internacionais, o seu devido valor. Não admitem essa igualização dos tratados com a legislação interna do país. Ao contrário: desejam ver aqueles compromissos internacionais igualados à Constituição do Estado. Nesse diapasão, dispõe o art. 29 (“Normas de interpretação”) do Pacto de San José da Costa Rica, que: “Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: “a. permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes...” Em vista dessas disposições convencionais, essa nova doutrina apóia a supremacia daquele produto convencional no parágrafo 2 do art. 5 da Constituição Federal, que assim dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Quando a Carta de 1988 em seu art. 5, § 2, dispõe que “Os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais”, a *contrariu sensu*, está ela “a incluir, no catálogo dos direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte.” Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos. Assim, ao incorporar em seu texto esses direitos internacionais, está a Constituição atribuindo-lhes uma natureza especial e diferenciada, qual seja, “a natureza de norma constitucional”, os quais passam a integrar, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente protegidos, interpretação esta consoante com o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. E isto porque foi do jurista brasileiro Prof. Antônio Augusto Cançado Trindade a proposta feita na Assembléia Nacional Constituinte, de se inserir na Constituição a regra do art. 5, § 2. É este eminente professor o responsável, pode-se dizer, pela existência do § 2 do art. 5, na nossa Carta Magna (cf. Direitos e garantias individuais no plano internacional, in Assembléia Nacional Constituinte – Atas das Comissões, v. 1, Brasília, n. 66, supl., 27.5.1987, p. 111, e pp. 109-116; cf. também A. A. CANÇADO TRINDADE, Entrevista, Justiça e Democracia - Revista

da Associação Juizes para a Democracia, 1996, 1, pp. 7-17, esp. pp. 10-11; A. A. CANÇADO TRINDADE, A interação entre o direito internacional e do direito interno na proteção dos direitos humanos. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, v. 46, n. 182, 1993). Assim se expressou este eminente professor em prefácio à coletânea “Instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos” da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (págs. 20-21): “O disposto no art. 5, § 2, da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei, de modo a outorgar às suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante o art. 5, § 1 e 2, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.”] Identicamente, vedi V. DE OLIVEIRA MAZZUOL, Hierarquia Constitucional e Incorporação Automática dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Ordenamento Brasileiro, Presidente Prudente-SP, 2000, §§ 2.1 e 2.2.; V. DE OLIVEIRA MAZZUOL, A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2000, 53, pp. 83-106 e F. PIOVESAN, Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 5ª ed., Editora Max Limonad, São Paulo, 2002.

Sulla libertà di espressione in relazione al caso contro il Cile, si veda da ultimo in dottrina H. FAÚNDEZ LEDESMA, La libertad de expresión y la protección del honor y la reputación de las personas en una sociedad democrática, El Sistema Interamericano de Protección..., cit., pp. 559-586, especialmente pp. 581-582; J. E. MENDEZ E J. MARIEZ CURRENA, Human Rights in Latin America and the Caribbean: a Regional Perspective, Paper submitted to the Human Development Report 2000- “Human Rights and

- Human Development”, 1999, 39 pp., especialmente p. 7, e v. KRSTICEVIC, How Inter-American Human Rights Litigation Brings Free Speeches to the American, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 1997, 4, p. 209 ss. Sulla sentenze 73 e 75 si veda C.MARTIN e D.RODRÍGUEZ PINZÓN, *Inter American Court of Human Rights, Netherland Quarterly of Human Rights*, 2001, 4, pp. 483-491, especialmente pp. 489-491, mentre sul problema dell’adeguamento del diritto interno al diritto internazionale dei diritti dell’Uomo, si veda da ultimo, se pur in generale, B.CONFORTI, Notes on the Relationship between International Law and National Law, *International Law FORUM du droit international*, 2001,3, pp. 18-24., especialmente pp. 18 e 24.
76. “Estas ponderaciones de la Corte Interamericana”, afferma il Presidente nel Voto Concorrente annesso (§ 4) “constituyen un nuevo y gran salto cualitativo en su jurisprudencia, en el sentido de buscar superar un obstáculo que los órganos internacionales de supervisión de los derechos humanos todavía no han logrado transponer: la impunidad, con la consecuente erosión de la confianza de la población en las instituciones públicas.” E *ibidem* (§ 6) aggiunge, con riferimento alle leggi censurate, che “su legalidad en el plano del derecho interno, al conllevar a la impunidad y la injusticia, encuéntrase en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acarreado violaciones *de jure* de los derechos de la persona humana. El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.”
77. *Ibidem*, § 44 e dispositivo 4: “[La Corte decide por unanimidad] declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.” Conformemente, cfr. anche sentenza 88 del 3 dicembre 2001 sul risarcimento del danno nel caso *Cantoral Benavides c. Perú*, § 73.
78. Voto Cançado, §§ 10 -11. Analogamente, Voto Concorrente García Ramírez, § 15.
79. Cfr. anche l’ampia argomentazione del Voto García Ramírez, §§ 9-14.
80. Voto Cançado, § 9, in virtù della totale indipendenza tra diritto internazionale dei diritti dell’uomo e diritto interno quanto alla valutazione delle fattispecie: “En conformidad con un principio general del derecho de la responsabilidad internacional, la independencia de la caracterización de determinado acto (u omisión) como ilícito en el derecho internacional de la caracterización –similar o no– de tal acto por el derecho interno del Estado, el hecho de que una determinada conducta estatal se conforma con las disposiciones de derecho interno, o inclusive es por este último requerida, no significa que se pueda negar su carácter internacionalmente ilícito, siempre y cuando constituya una violación de una obligación internacional”. Identicamente, Voto Cançado alle sentenze 73, § 21, e 88, § 3.
81. E con la configurazione del permanere in vigore delle leggi incompatibili come violazione continuata: Voto Cançado, §§ 10 - 8 [“Su vigencia crea *per se* una situación que afecta en forma continuada derechos inderogables, que pertenecen al dominio del *jus cogens*. Configurada, por la expedición de dichas leyes, la responsabilidad internacional del Estado, encuéntrase éste bajo el deber de hacer cesar tal situación violatoria de los derechos fundamentales de la persona humana, con la pronta derogación de aquellas leyes, así como de reparar las consecuencias de la situación lesiva creada”; “Mientras dichas leyes permanecen en vigor, confórmase una situación continuada de violación de las normas pertinentes de los tratados de derechos humanos que vinculan el Estado en cuestión.”]
- In qualità di precedente si vedano ad esempio sentenze 40 [“en la cual se hallaba en cuestión la falta de adecuación de la legislación antisubversiva a la Convención Americana. El Gobierno adujo que esa falta no fue señalada por los peticionarios ante la Comisión, ni mencionada por ésta a la consideración del Estado ni aludida en el Informe de dicha Comisión. Sin embargo, la Corte sustuvo que está facultada para examinar, en el contexto del caso concreto, *de motu proprio*, el contenido y los efectos jurídicos de una ley interna desde el punto de vista de la normatividad internacional de protección de los derechos humanos, para determinar la compatibilidad con esta última de dicha ley. La decisión del Tribunal descansa en la idea de que el artículo 2 de la Convención, así como el artículo 1 del mismo instrumento, consagra una obligación general –que se suma a las obligaciones específicas en relación con cada uno de los

- derechos protegidos— cuyo cumplimiento por los Estados partes, tiene la Corte el deber de examinar *de oficio*, como órgano judicial de supervisión de la Convención”] e 41 [nella quale, come ricorda s. GARCÍA RAMÍREZ, op.loc.cit., pp. 137-138, la Corte “reconoce la diferencia que existe entre las obligaciones particulares que debe mencionar la Comisión específicamente, y las obligaciones generales instituidas en la Convención Americana (artículos 1 y 2), cuyo cumplimiento debe examinar *de oficio* la Corte. En este caso, no resulta relevante que la Comisión aluda o no en su Informe a dichas obligaciones generales; a pesar de la posible omisión, el tribunal deberá apreciar esas violaciones, actuando para ello oficiosamente.”]
82. Caso *Barrios Altos - Interpretación de la Sentencia de Fondo*, Sentencia 83 del 3 settembre 2001, §§ 8-9.
83. “¿Tiene la Sentencia en el caso *Barrios Altos*, con referencia a la incompatibilidad de las leyes Nos. 26479 y 26492 con la Convención Americana, alcance general o se limita solamente al caso indicado?”. *Ibidem*, § 14, “Sobre el particular, la Comisión sostiene que los efectos de la Sentencia de la Corte no están sólo referidos al caso *Barrios Altos* sino a todos aquellos a los que se aplicaron las referidas leyes de amnistía. Indica la Comisión que el párrafo 44 de la Sentencia del 14 de marzo de 2001 de la Corte difícilmente permite otra interpretación.”
84. *Ibidem*, § 18.
85. Cfr. sentenza 94 del 21 giugno 2002, sul merito e risarcimento, nei casi riuniti *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros c. Trinidad e Tobago*. Sulla seconda eccezione pregiudiziale sollevata dallo Stato, relativa alla riserva-dichiarazione apposta al momento dell'accettazione della giurisdizione della Corte e risolta in senso sfavorevole al convenuto con le sentenze 80, 81 e 82, rispettivamente §§ 78-98; 69-89 e 69-89 [affermando *inter alia* la Corte, § 93, che “acceptar la declaración a la que se hace referencia, en los términos propuestos por el Estado, conduciría a una situación en que la Corte tendría como primer parámetro de referencia la Constitución del Estado y sólo subsidiariamente la Convención Americana, situación que haría ilusorios el objeto y el fin de la Convención”] e con i Voti Concorrenti del Presidente Cançado e dei Giudici García Ramírez e Salgado Pesantes, vedi *supra*, nota 29. Già prima di tali pronunzie, il 26 maggio 1998, lo Stato aveva tuttavia notificato nelle forme opportune l'intenzione di recedere dalla Convenzione, dimostrando così la volontà di sottrarsi non solo agli obblighi e ai controlli del sistema, ma anche, verosimilmente, agli effetti della futura sentenza di merito. Su quest'ultimo profilo, vedi *contra* Voto Cançado alla sentenza in esame, §§ 38-43 e, in dottrina, P. FRUMER, *Dénonciation des traités et remise en cause de la compétence des organes de contrôle*, *Revue Générale de Droit International Public*, 2000, 4, p. 939 ss., e N. PARASSRAM CONCEPCION, *The Legal Implications of Trinidad and Tobago's Withdrawal from the American Convention on Human Rights*, *American University International Law Review*, 2001, 16, pp. 848-889, specialmente pp. 881-882. R. J. WILSON e J. PERLIN, *The Inter-American Human Rights System: Activities During...*, cit., p. 324, sottolineano che, come già nel caso del c.d. “ritiro peruviano”, anche in occasione della denuncia della Convenzione da parte di Trinidad e Tobago, “the silence from the OAS was deafening. Neither the Secretary General nor the General Assembly has made a public statement to address the 1998 denunciation of the American Convention by the government of Trinidad and Tobago.”
86. Cfr. sentenza in esame, §§ 102-104: “La Corte constata que la Ley de Delitos contra la Persona de Trinidad y Tobago de 1925, ordena la aplicación de la pena de muerte de manera automática y genérica para el delito de homicidio intencional y desconoce que éste puede presentar diversos órdenes de gravedad. De ese modo, la referida Ley impide al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de la pena, pues se limita a imponer, de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí, lo que, a la luz del artículo 4 de la Convención Americana, es sumamente grave cuando se encuentra en riesgo el bien jurídico mayor, que es la vida humana, y constituye una arbitrariedad en los términos del artículo 4.1 de la Convención. Conviene precisar que la Ley de Delitos contra la Persona ofrece dos particularidades principales: (a) en cuanto a la determinación de la responsabilidad penal, solamente autoriza al juzgador para encontrar responsable a una persona por homicidio intencional basándose en la categoría del delito, sin que pueda tomar en cuenta las condiciones personales del justiciable ni las circunstancias particulares del delito y (b) en lo que toca a la determinación de la sanción, impone de manera mecánica y genérica la aplicación de la pena de muerte para todo culpable de homicidio intencional e impide que dicha sanción pueda ser modificada por la vía de la revisión judicial”. Si noti anche che “la sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, que data de 1976, establece que

ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de ésta, puede ser objeto de impugnación constitucional en cuanto a sus Secciones 4 y 5”: così sentenza in esame, §§ 84 f) e 115 c).

Quanto ai profili di merito di questa e di altre analoghe vicende, si veda L. COLLINS, *Foreign Relations and the Judiciary*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, 3, p. 485 ss.: “In several recent cases the Privy Council has had to consider whether the authorities in the West Indies were permitted to execute prisoners on death row while their cases were being examined by the Inter-American Commission on Human Rights, and in one case after the Inter-American Court of Human Rights had ordered the government of Trinidad to take all measures necessary not to execute the men while the court was considering the matter. In two of the cases, by a majority of 3 to 2, the Privy Council held that the treaties could give the condemned men no rights under the law of the Bahamas. In two other cases, by majorities of 3 to 2 and 4 to 1, the Privy Council held that the effect of the constitutions of Trinidad [and Jamaica] was to give condemned men a right not to be executed until the human rights bodies had reported and the authorities in the West Indies had had a chance to consider their reports. In a fifth case, by a majority of 4 to 1, the Privy Council decided that an *interim* order of the Inter-American Court of Human Rights requiring Trinidad to ensure the men were not executed had no effect in Trinidad law. The Law Lords and former Law Lords who took the view that no account should be taken of the petitions to the human rights bodies emphasised that the international instruments were not part of the law of the country concerned. Lord Lloyd of Berwick said that no change to the constitution of the state could have been introduced by the state having joined the Organisation of American States because it would mean that the Government had introduced new rights into domestic law by entering into a treaty obligation. For Lord Hoffmann the right to enter into treaties was one of the surviving prerogative powers of the Crown. The rule that the treaties cannot alter the law of the land is one facet of the more general principle that the Crown cannot change the law by the exercise of its powers under the prerogative. Those who took the view that the condemned men had a right that the reports of the human rights bodies be considered before a final decision on execution were taken did not dissent from the view that unincorporated treaties are not part of the law of the land. But in their view the condemned men had a right under the constitution not to have the outcome of any international

process pre-empted by executive action. Lord Millett said that the applicants were not seeking to enforce the terms of an unincorporated treaty, but a provision of the domestic law of Trinidad and Tobago contained in the Constitution. By ratifying a treaty which provided for individual access to an international body, the Government made that process for the time being part of the domestic criminal justice system and thereby temporarily at least extended the scope of the due process clause in the Constitution. In the case involving the *interim* order of the Inter-American Court of Human Rights, Lord Millett emphasised that *Thomas vs. Baptiste* was not intended to overturn the constitutional principle that international conventions do not alter the law of the land except to the extent that they are incorporated by legislation. But Lord Nicholls, dissenting, said that by acceding to the American Convention on Human Rights Trinidad intended to confer benefits on its citizens. The benefits were intended to be real, not illusory. The Inter-American system of human rights was not intended to be a hollow sham, or, for those under sentence of death, a cruel charade.” Si vedano altresì Y. IWAMOTO (LEE), *The Protection of Human Rights through Provisional Measures Indicated by the International Court of Justice*, *Leiden Journal of International Law*, 2002, 15, pp. 345-366 specialmente pp.346-351, e R. J. WILSON, *The United State’s Position on the Death Penalty in the Inter-American Human Rights System*, *Santa Clara Law Review*, 2002, 42, pp. 1159-1190.

87. *Ibidem*, § 113: “Si los Estados tienen, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, con mayor razón están en la obligación de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio, y la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances. De lo contrario, incurren en violación del artículo 2 de la Convención.”
88. Detti richiami comprendono, oltre ad alcune sentenze, anche l’ OC-3/1983 dell’ 8 settembre 1983 “Restricciones a la pena de muerte”, §§ 52-55, e l’ OC-16/1999, §§ 134-136 [“La Corte estima útil recordar que en el examen realizado, en su oportunidad, sobre el artículo 4 de la Convención Americana advirtió que la aplicación e imposición de la pena capital está limitada en términos absolutos por el principio según el cual nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. Existe, pues, una clara tendencia restrictiva a la aplicación de la

- pena de muerte hacia su supresión final. Esta tendencia, que se encuentra reflejada en otros instrumentos a nivel interamericano y universal, se traduce en el principio internacionalmente reconocido de que los Estados que aún mantienen la pena de muerte deben aplicar, sin excepción, el más riguroso control sobre el respeto a las garantías judiciales en estos casos. Siendo la ejecución de la pena de muerte una medida de carácter irreversible, exige del Estado el más estricto y riguroso respeto de las garantías judiciales, de modo a evitar una violación de éstas, que, a su vez, acarrearía una privación arbitraria de la vida”] rispetto alla quale la sentenza in esame presenta tuttavia, come si vedrà *infra*, una significativa progressione.
89. Infatti, “el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”: così OC-16/1999, § 115. Vedi anche *ibidem*, §§ 130-132 e sentenza 94, note 110, 112 e 134.
90. Cfr. §§ 98 -109 della sentenza; Voto Concorrente Cançado, § 18 e Voto Concorrente García Ramírez, § 6.
91. Cfr. § 211.
92. *Ibidem*, §§ 116 e 211 e OC-14/1994 del 9 dicembre 1994, “Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención”, § 43. Ritenuto il carattere violatorio *per se* della legge interna (§§ 4 e 10-11), il Voto Cançado ribadisce coerentemente al § 14 quanto già più volte espresso (cfr. ad esempio Voto Concorrente annesso alla sentenza 45 del 13 settembre 1997, in risposta alla *Solicitud de Revisión* della sentenza di merito 29 gennaio 1997 nel caso *Genie Lacayo c. Nicaragua*, §§ 9 e 27; Voto Dissidente annesso alla sentenza 28 del 14 settembre 1996 sul risarcimento del danno nel caso “*El Amparo*” *c. Venezuela*, §§ 2-10), e cioè che “la existencia misma de una norma de derecho interno legítima a las víctimas de violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana a requerir su compatibilización con las disposiciones de la Convención, sin tener que esperar por la ocurrencia de un daño adicional por la aplicación continuada de dicha norma” e che dunque “en el presente caso” l’esecuzione della condanna all’impiccagione costituirebbe solo “un daño adicional.”
93. Cfr. § 105 della sentenza: “La Corte coincide con la afirmación de que al considerar a todo responsable del delito de homicidio intencional como merecedor de la pena capital, se está tratando a los acusados de este crimen no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte.”
94. Si noti che nel celebre caso *Soering c. Regno Unito*, ampiamente citato dalla Corte Interamericana, la Corte Europea aveva limitato la violazione riscontrata all’art. 3 CEDU, cioè al divieto della tortura e delle pene crudeli, inumane o degradanti.
95. Sentenza in esame, §§ 119 -150: diritto alla ragionevole durata del processo (§§ 121-124; 133 e 143-145), alle garanzie giurisdizionali (§§ 125-131 e 146-147) e ad un ricorso rapido ed effettivo (§§ 148-150 e 152 b).
96. *Ibidem*, § 151.
97. *Ibidem*, § 215. Identicamente, anche § 106: “Una de las formas que puede asumir la privación arbitraria de la vida, en los términos de la prohibición del artículo 4.1 de la Convención, es la que se configura cuando, en los países en que aún existe la pena de muerte, la aplicación de esa pena no se ciñe a las previsiones del artículo 4.2 de la Convención Americana.”
98. In tal senso, cfr. Voto García Ramírez, § 6: “El derecho a la vida—como cualquier otro derecho— puede verse afectado en un *iter* que transita por diversas etapas, comunicadas e identificadas, todas ellas, por un designio común que les confiere naturaleza y sentido: suprimir la vida de un sujeto. El último momento en este *iter* se concreta en la privación misma de la vida, máxima afectación de aquel derecho. Antes puede haber otros momentos: todos los que, conforme a las circunstancias, atienden a ese objetivo y conducen a él. Tal es el caso de una norma general contraria a la Convención Americana: la norma puede ser cuestionada jurisdiccionalmente antes de que se produzcan, por ejecución, las consecuencias que puede acarrear en un caso concreto. Es pertinente observar que una ley puede ser, en sí misma, atentatoria contra el derecho a la vida. Por el dato mismo de la ley, a partir de la vigencia de ésta, el bien jurídico de la vida queda expuesto, comprometido, en peligro. Ahora bien, en el presente caso no sólo existe una ley contraventora, por sí misma, de la Convención Americana, lo cual desencadenaría las

consideraciones a las que antes me referí y podría justificar, desde la perspectiva de un sector de la doctrina, el conocimiento y la decisión del tribunal internacional. Se ha dado un paso más en el *iter*: la ley fue aplicada por medio de la sentencia; ésta ya resolvió, de manera individualizada e imperativa, que se debe privar de la vida a cierta persona. El derecho del condenado, que se hallaba potencialmente comprometido por la ley, acabó por encontrarse actualmente afectado por la sentencia. Para aquél, la supresión de su vida no es una mera posibilidad, sino una realidad inminente hacia la que se enfila, formal y explícitamente, el poder punitivo del Estado.”

99. Si noti, per contrasto, che la massima estensione del diritto alla vita cui è pervenuta la giurisprudenza della Corte europea si identifica finora nella decisione *McCann c. Regno Unito*, pur favorevolmente commentata, ad esempio, da F. N. AOLAÍN, *The Evolving Jurisprudence of the European Convention Concerning the Right to Life*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2001, 1, pp. 21-42. Sul punto, e sui doveri d’indagine dei giudici nazionali nei casi di scomparsa forzata, cfr. A. MOWBRAY, *Duties of Investigation under the European Convention on Human Rights*, *International and Comparative Law Quarterly*, 2002, 2, p. 437 ss.
100. Voto Cançado alla sentenza 80, § 17: “En el dominio de la protección internacional de los derechos humanos, no hay limitaciones implícitas al ejercicio de los derechos consagrados.”
101. Sentenza 63 del 19 novembre 1999, § 144.
102. 13 dicembre 2000 - 3 febbraio 2001.
103. Cfr. §§ 84-87; 94; 96; 100 e 117.
104. Cfr. §§ 173-189. In forma parzialmente critica, cfr. *Voto Razonado* annesso del Giudice de Roux Rengifo.
105. Analogamente, con riguardo alla carenza di un procedimento giudiziale (od altro) idoneo a “crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni” già la sentenza 79, § 138, e M. SCALABRINO, *Los derechos económicos...*, cit, p. 28.
106. Cfr. anche Voto García Ramírez, § 17 seconda parte.
107. In forma più riduttiva, cfr. invece stesso Voto, § 17 prima parte.
108. Cfr. punti 10 e 13 “[La Corte es de opinión: Que en los procedimientos judiciales o administrativos se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural -competente, independiente e imparcial-, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica”; “Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos”] e Voto Concorrente *Razonado* García Ramírez, § 34, per il quale il diritto al processo equo è anche chiaramente strumentale alla protezione dei diritti ed interessi del soggetto e funzionale alla particolare situazione dello stesso.
109. Cfr. § 215 [“Para los efectos de las reparaciones”] ma anche Voto Cançado, § 15 [“La Corte ha correctamente ordenado, como medidas de reparación, que el Estado demandado se abstenga de seguir aplicando la referida Ley, adecuándola a la normativa de protección internacional de los derechos humanos, y además se abstenga de ejecutar los condenados. Estas medidas de reparación no-pecuniaria realizan el propósito de hacer cesar los efectos de las violaciones de la Convención Americana cometidas por el Estado, conforme determinado por la Corte Interamericana en la presente Sentencia.”]
110. Cfr. § 108: “La Corte concluye que, en tanto el efecto de la llamada Ley de Delitos contra la Persona consiste en someter a quien sea acusado de homicidio intencional a un proceso judicial en el que no se consideran las circunstancias particulares del acusado ni las específicas del delito, la mencionada Ley viola la prohibición de privación arbitraria de la vida, en contravención del artículo 4.1 y 4.2 de la Convención.”
111. Cfr. § 152 d) [“Finalmente, la Corte no considera necesario pronunciarse sobre los alegatos de violaciones de carácter específico sobre garantías judiciales y protección judicial formulados por la Comisión y los representantes de las víctimas con respecto a determinados casos, ya que este tema está comprendido en las violaciones de carácter genérico encontradas en la Convención Americana”]; § 214 [“En coherencia con lo señalado, estima la Corte que el Estado debe tramitar de nuevo los procedimientos penales correspondientes a los delitos que se imputan a las víctimas del presente Caso aplicando la legislación penal que resulte de las reformas a las que se acaba de hacer referencia. Adicionalmente, el Comité Asesor sobre la Facultad del Indulto debe plantear

de nuevo los casos de dichas víctimas ante la autoridad ejecutiva competente para pronunciarse sobre esa medida de gracia, previo desarrollo de un trámite ante ese mismo Comité, que se ajuste a las prescripciones sobre el derecho a la vida contenidas en la Convención Americana y con plena observancia de las normas sobre el debido proceso legal consagradas en ese mismo tratado internacional”] e OC-16/1999, §§ 117-118: [“En opinión de esta Corte, para que exista debido proceso legal es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho y son condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.”] Cfr. anche Voto Cançado annesso alla sentenza in esame, § 1 [“Es esta la primera vez que un tribunal internacional determina que la pena de muerte “obligatoria” es violatoria de un tratado de derechos humanos como la Convención Americana, que el derecho a la vida es violado por la aplicación de la pena de muerte de modo genérico y automático, sin individualización y sin las garantías del debido proceso legal, y que, entre las medidas de reparación, debe el Estado demandado modificar su legislación penal para armonizarla con la normativa de protección internacional de los derechos humanos y abstenerse, en cualquier caso, de ejecutar los condenados”] e Voto García Ramírez, *ibidem*, § 17 [“Deseo comentar la violación del artículo 4.6 de la Convención, que también se establece en la sentencia. Esa norma, ubicada bajo el epígrafe del “Derecho a la vida” -que es la materia de protección en el conjunto del artículo, integrado por seis párrafos-, señala que “toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos”. Semejante derecho -para que lo sea verdaderamente y no quede como simple declaración- supone que el sujeto tenga expedita una auténtica posibilidad de pedir y obtener la revisión y modificación de la situación jurídica creada por la sentencia condenatoria. No tendría sentido que el derecho se instituyera con

un carácter puramente formal, que en este caso sería trivial: la mera facultad de pedir, que se agota en sí misma. El derecho debe poseer un contenido y un sentido razonables. Esto significa que el sujeto debe contar con la posibilidad jurídica y material de expresar su petición -que es una pretensión- ante una autoridad competente para resolverla en cuanto al fondo, y aportar los elementos que conduzcan a satisfacerla, en la inteligencia de que es factible -aunque difícil e incierta- una respuesta favorable. Esto no ocurrió en el caso *sub judice*, porque los reos no contaron con la oportunidad de sustentar su petición con elementos de juicio que la sostuvieran y favorecieran, ni la de tramitarla con la indispensable asistencia legal; más aún, su planteamiento se hallaba condenado de antemano al fracaso: inevitablemente tropezaría con el infranqueable muro de la pena de muerte obligatoria.”]

112. Esemplare al rigoardo il Voto García Ramírez, § 17 ultima parte: “En la situación que nos ocupa, la ineficacia absoluta de la petición de amnistía, indulto o conmutación puede ser analizada desde dos perspectivas, válidas ambas: por una parte, como violación del derecho a la vida en los términos del precepto que contiene la facultad; y por otra parte, como violación del debido proceso, en cuanto no lo hubo en la tramitación de la solicitud: ni audiencia, ni pruebas, ni alegaciones que abrieran la menor posibilidad de acceder al fin solicitado.”
113. Vedi significativamente § 152 c): “La Ley de Delitos contra la Persona es incompatible con la Convención Americana y, por lo tanto, cualquier disposición que determine su inimpugnabilidad, también lo es en virtud de que Trinidad y Tobago, al ser parte de la Convención en el momento de los hechos, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.”
114. Cfr. § 151 [“La Corte Interamericana ha establecido también que como parte de las obligaciones generales de los Estados, estos tienen un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención”] e § 213 [“Lo anterior guarda armonía con lo ya establecido previamente por este Tribunal,

en el sentido de que, el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención “[...], aggiungendosi che quanto sopra discende anche da una norma consuetudinaria del diritto internazionale [“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial.”] Analogamente, cfr. sentenza 73, § 87; sentenza 83, § 15, e sentenza 92, § 96.

115. “[La Corte decide por unanimidad] que el Estado debe abstenerse de aplicar la Ley de Delitos contra la Persona de 1925 y, dentro de un plazo razonable, debe modificarla adecuándola a las normas internacionales de protección de los derechos humanos.”
116. Cfr. Voto Cançado alla sentenza 81, § 20: “Cualquier entendimiento en contrario sustraería del tribunal internacional de derechos humanos el ejercicio de la función y del deber de protección inherentes a su jurisdicción, dejando de asegurar que el tratado de derechos humanos tenga el efecto apropiado (*effet utile*) en el derecho interno de cada Estado Parte.”
117. Finalizzata alle necessità vitali ed educative del figlio minore: cfr. § 216 della sentenza e dispositivo 12 [“Dado que el Estado privó arbitraria y deliberadamente de la vida a..., y es presumible que con ello causó perjuicios a la señora... y al hijo que tuvo con ésta..., la Corte considera apropiado establecer, en equidad, que Trinidad y Tobago debe proporcionar a la mencionada señora... una indemnización de US \$50.000 o su equivalente en dólares de Trinidad y Tobago para el sustento y educación de...”; “La Corte decide por unanimidad, en equidad, que el Estado debe pagar por concepto de daño inmaterial a la esposa de..., señora..., la suma de US \$50.000 o su equivalente en dólares de Trinidad y Tobago para el sustento y educación de su hijo.”]
118. “La Corte decide por unanimidad en equidad, que el Estado debe pagar a la madre de..., señora..., la

suma de US \$10.000 o su equivalente en dólares de Trinidad y Tobago por concepto de reparación del daño inmaterial.”

Nessun risarcimento materiale viene invece disposto nei confronti dei ricorrenti ancora vivi, poiché “la búsqueda y realización de la justicia deben efectuarse a partir del reconocimiento de la centralidad de la posición de las víctimas (todas ellas) en el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Todo el debate en torno del tema, de ese modo, en ningún momento hace abstracción de las víctimas del crimen. Todo lo contrario, sus padecimientos asumen una posición central en la búsqueda de la justicia. En la presente Sentencia la Corte Interamericana ha tomado en debida cuenta, como no podría dejar de ser, la necesidad de tener presentes los sufrimientos de las víctimas del homicidio intencional y de sus familiares”: così Voto Cançado, § 23.

119. Al pari della pronuncia sul merito nel caso *Castillo Petruzzi y otros c. Perú* (sentenza 52 del 30 maggio 1999), ai cui punti dispositivi 13 e 14 [“La Corte por unanimidad declara la invalidez, por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del proceso en contra de los señores... y ordena que se les garantice un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal”; “La Corte por unanimidad ordena al Estado adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna”] la sentenza contro Trinidad e Tobago risulta strettamente apparentata. Sul c.d. “ritiro peruviano” successivo alla sentenza *Castillo Petruzzi*, vedi ancora in dottrina M.FERIA TINTA, *Individual Human Rights v. State Sovereignty: The Case of Peru’s Withdrawal from the Contentious Jurisdiction of the Inter American Court of Human Rights*, *Leiden Journal of International Law*, 2000, 13, pp. 985-996 e K.SOKOL, *Human Rights -Law of Treaties- Jurisdiction of Inter-American Court of Human Rights -Effect of Attempted Withdrawal of Jurisdiction*, *American Journal of International Law*, 2001, 1, pp. 178-185.
120. Cfr. sentenza 94, dispositivo 14: “El Estado debe modificar las condiciones de su sistema carcelario para adecuarlas a las normas internacionales de protección de los derechos humanos aplicables a la materia.” Sul punto, vedi pure *infra*, p. 25.

Anche questa conclusione viene da lontano, dalla pronuncia di merito nel caso *Loayza Tamayo c. Perú*, sentenza 33 del 17 settembre 1997, §§ 46-58, e dall'analisi ampia e dettagliata contenuta nella sentenza 69 del 18 agosto 2000 sul merito del caso *Cantoral Benavides c. Perú*, (§§ 43, 87 e 95), anche -in quella sede- sotto il profilo della Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura - Convenzione di Cartagena de las Indias - Trattato OSAA-51 - 9.9.1985 - 28.2.1987.

121. *Ibidem*, §§ 84 n), 153-170, 216, 217. A sensi del § 171, infatti, “la Corte no considera necesario pronunciarse sobre los alegatos de violaciones a la Convención Americana de carácter específico sobre condiciones de detención formuladas por la Comisión y los representantes con respecto a determinadas víctimas, puesto que dichas violaciones están abarcadas por aquellas de carácter general respecto de las cuales sí se ha pronunciado la Corte en la presente Sentencia.” Esemplare al riguardo è anche la sentenza 95 del 29 agosto 2002 sul risarcimento del danno nel caso “*El Caracazo*” c. *Venezuela*, nella parte in cui (§ 127) la Corte stabilisce che “las características de los hechos de este caso revelan que los cuerpos armados y los organismos de seguridad del Estado no estaban preparados para encarar situaciones de perturbación del orden público mediante la aplicación de medios y métodos respetuosos de los derechos humanos. Es menester impedir a toda costa que vuelvan a repetirse las circunstancias descritas. El Estado debe adoptar todas las providencias necesarias para ello y, en particular, las tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. Debe, asimismo, el Estado, ajustar los planes operativos tendientes a encarar las perturbaciones del orden público a las exigencias del respeto y protección de tales derechos, adoptando, al efecto, entre otras medidas, las orientadas a controlar la actuación de todos los miembros de los cuerpos de seguridad en el terreno mismo de los hechos para evitar que se produzcan excesos. Y debe finalmente, el Estado garantizar que, de ser necesario emplear medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del orden público, los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y

proporcionada, y con respeto a los derechos a la vida y a la integridad personal.”

122. Vedi *infra*, nota 137, e cfr. sentenza 73, §§ 85 e 97 [“Respecto del artículo 13 de la Convención, la Corte considera que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico con el fin de suprimir la censura previa, ya que está obligado a respetar el derecho a la libertad de expresión y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”]; dispositivo 4 della sentenza 76 del 25 maggio 2001 nel “*Caso de la Panel Blanca*”- *Paniagua Morales y otros c. Guatemala - Reparaciones* [“La Corte decide por unanimidad que el Estado de Guatemala debe adoptar en su derecho interno, de acuerdo al artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de garantizar la certeza y la publicidad del registro de detenidos] e sentenza 92, §§ 95 e 97 [“La Corte toma nota de que Bolivia ratificó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la cual señala en su artículo III que los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas que fueren necesarias para tipificar como delito la desaparición forzada de personas, y a imponerle una pena apropiada que tenga en cuenta su extrema gravedad. Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima. Al no haber tipificado en su legislación interna el delito de desaparición forzada, Bolivia no solamente está incumpliendo con el instrumento anteriormente citado, sino también con el artículo 2 de la Convención Americana. El Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.”] In dottrina, vedi A. A. CANÇADO TRINDADE, *Human Rights at the Dawn of the twenty-first Century*, Karel Vasak *amicorum liber*, Bruxelles, Bruylant, pp. 521-544; A. A. CANÇADO TRINDADE, *Current State and Perspectives of the Inter-American System of Human Rights Protection at the Dawn of the New Century*, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 2000, 8, pp. 6-47 specialmente p. 12, sostanzialmente riprodotto in 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*, *Annuaire*

Français de Droit International, 2000, 46, pp. 548-577.

123. Così anche Voti Cançado annessi alle sentenze 73, §§ 95-98, e 75, § 9. In dottrina, vedi l'ampio studio di J. M. PASQUALUCCI, *Victim reparations in the Inter-American Human Rights System: a Critical Assessment of Current Practice and Procedure*, Michigan Journal of International Law, 1996, 18, pp. 2-58, specialmente pp. 37-42.
124. Così testualmente sentenze 76, §§ 79 e 203; 88, § 42; 91, § 41; 92, § 63 nonché, esemplarmente, sentenze 78 del 31 maggio 2001 nel caso *Cesti Hurtado c. Perú -Reparaciones*, §§ 46-47, e 84 del 4 settembre 2001 nel caso *Ivcher Bronstein c. Perú -Interpretación de la Sentencia de Fondo*, § 19 c) e d) ["Las reparaciones, como el término lo indica, consisten" *infatti* "en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como moral."]
125. Così Voti Concorrenti annessi dal Presidente Cançado alla sentenza 77 del 26 maggio 2001 nel *Caso de los Niños de la Calle -Reparaciones*, §§ 4, 6, 27 e 28 e alla sentenza 88, § 11 ["No se trata de negar importancia de las indemnizaciones", precisa il Presidente, "sino más bien de advertir para los riesgos de *reducir* la amplia gama de las reparaciones a simples indemnizaciones. En definitiva, a la integralidad de la personalidad de la víctima corresponde una reparación *integral* por los perjuicios sufridos, la cual no se reduce en absoluto a las reparaciones por daño material y moral (indemnizaciones)."]
- Nel doc. OEA/Ser.G-CP/CAJP/SA.379/02 del 17 giugno 2002, i criteri in base ai quali la Corte procede a determinare il risarcimento in forma pecuniaria sono così ribaditi dal Presidente: "The Inter-American Court of Human Rights used four parameters to establish the reparations that a specific state might be sentenced to pay: (1) the facts and their assessment; (2) the claimant's petition; (3) the provisions of the American Convention on Human Rights; and (4) the opinion of the judges on the Court", ribadendo peraltro che "the Court did not have a simplistic vision restricted to the question of finances since, in some circumstances, monetary compensation might not be sufficient."
126. Per giurisprudenza costante della Corte, che si rifà anche ai precedenti della CIPG e della CIG (rispettivamente caso *Factory at Chorzów*, sentenza No. 8, 1927 sulla giurisdizione e sentenza

No. 13, 1929 sul merito, e OC "Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations" del 1949), "el artículo 63.1 de la Convención Americana refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito, imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación."

127. Voto Cançado alla sentenza 88, § 11. Si vedano altresì le nobili considerazioni espresse dal Presidente nel Voto Concorrente annesso alla sentenza 77 del 26 maggio 2001 sul risarcimento del danno nel caso *Villagrán Morales y otros c. Guatemala*, §§ 27 e 36-43.
128. Cfr. sentenze 76, §§ 75-76 e 80; 88, §§ 40-41; 91, §§ 40, 39 e 60, e 92, § 62, nonché sentenza 95, § 77 ["En lo que se refiere a la violación del derecho a la vida y otros derechos (libertad e integridad personales, garantías judiciales y protección judicial), por no ser posible la *restitutio in integrum* y dada la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, *inter alia*, según la práctica jurisprudencial internacional mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria."] Nella pronuncia ult. cit., §§ 99, 100, 102, 103 e 106, l'attribuzione di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno morale è spiegata alla luce delle "graves circunstancias del presente caso, la intensidad de los sufrimientos que los respectivos hechos produjeron a las víctimas y que produjeron también sufrimientos a sus familiares, las alteraciones de las condiciones de existencia de las víctimas y sus familiares y las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario que les acarrearán a estos últimos", poiché "al momento de su muerte eran menores de edad siete de las víctimas [y] es de presumir que los sufrimientos causados por los hechos del caso asumieron en relación con dichos menores características de particular intensidad"; poiché "las víctimas sobrevivientes de este caso, sufrieron no sólo las condiciones de angustia y zozobra generadas en términos inmediatos por los hechos, sino que han tenido que soportar además, y tendrán que seguir soportando, el trauma de una grave limitación física" e poiché "los familiares de las víctimas sobrevivientes y que quedaron incapacitadas por razón de los hechos del caso, también se han visto afectadas por los padecimientos de aquéllas." Identicamente, *mutatis*

- mutandis*, sentencia 91, § 63, e sentencia 92, §§ 83, 84 e 88.
129. Cfr. ad esempio sentenza 91, § 64: “Asimismo, la impunidad imperante en este caso ha constituido y sigue causando sufrimiento para los familiares que los hace sentirse vulnerables y en estado de indefensión permanente frente al Estado, situación que les provoca una profunda angustia”. Fanno eccezione solo le sentenze 73, § 99: [“En cuanto a otras formas de reparación, la Corte estima que la presente Sentencia constituye, *per se*, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para las víctimas”] e 92, § 118, dove si afferma che “la presente Sentencia constituye *per se* una forma de reparación y satisfacción para los familiares de la víctima” solo in quanto l’intervenuto “reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado constituye un aporte positivo al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana.”
130. Cfr. sentenza in esame, § 140, nonché sentenze 76, § 203 e punto dispositivo 4; 77, § 98; 91, § 85-87, e 92, § 121. Come evidenziano queste ultime due decisioni, per “norme convenzionali” s’intendono anche le Convenzioni che si affiancano al Patto di San José per costituire il complesso del sistema latinoamericano di protezione [“Entre las medidas aludidas, el Estado debe dar cumplimiento al artículo VIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Asimismo, se debe tener en cuenta que en su sentencia sobre el fondo esta Corte declaró que “el Estado incumplió, en perjuicio de..., la obligación de prevenir y sancionar la tortura en los términos de los artículos 1, 2, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.” En el marco de la presente etapa de reparaciones, el Tribunal estima que, a efectos de proteger el derecho a la integridad de la persona el Estado debe dar cabal aplicación a los mencionados artículos de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; “Entre las medidas aludidas, el Estado debe dar cumplimiento al artículo VIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en el sentido de que “los Estados Partes velarán asimismo por que, en la formación del personal o de los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley, se imparta la educación necesaria sobre el delito de desaparición forzada de personas.”]
131. Cfr. sentenza 76, §§ 173 e 203.
132. Cfr. ad esempio sentenza 73, § 86 [“La Corte advierte que, de acuerdo con lo establecido en la presente Sentencia, el Estado violó el artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio de los señores..., por lo que el mismo ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la Convención.”]
133. Per il principio c.d. dell’ *effet utile*: cfr. ad esempio sentenze 94, § 112, e 88, § 71, e Voto Cançado a quest’ultima, § 6: “Hay una indisociabilidad entre los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana y el deber de reparación consagrado en el artículo 63.1 de ésta. Una vez configurada la responsabilidad internacional del Estado, cuya fuente puede residir en un hecho – acto u omisión– ilícito internacional (la expedición de una ley, o una sentencia judicial, o un acto administrativo, o una omisión de cualquiera de los Poderes del Estado), encuéntrase el Estado en cuestión bajo el deber de hacer cesar la situación violatoria generada, así como, en su caso, de reparar las consecuencias de la situación lesiva creada”. In dottrina, vedi 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*, *Columbia Human Rights Law Review*, 1998, 30, pp. 1-27 specialmente p.5.
134. Cfr. sentenza 76, § 203; sentenza 88, §§ 71-77, e sentenza 94, § 110.
135. Cfr. sentenza 73, §§ 89-90 [“El Gobierno de Chile presentó el 14 de abril de 1997 al Congreso un proyecto de reforma constitucional para eliminar la censura cinematográfica. El Tribunal constata, sin embargo, que a pesar del tiempo transcurrido a partir de la presentación del proyecto de reforma al Congreso no se han adoptado aún, conforme a lo previsto en el artículo 2 de la Convención, las medidas necesarias para eliminar la censura cinematográfica. En consecuencia, la Corte concluye que el Estado ha incumplido los deberes generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de ésta, consagrados en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”]; Voto Cançado annesso, § 27 [“La adecuación de las normas de derecho interno a lo dispuesto en los tratados de derechos humanos puede efectivamente ser considerada una obligación de resultado. Pero esto no significa que

pueda ser su cumplimiento postergado indefinidamente”] e sentenza 92, § 98 [“Finalmente, la Corte toma en cuenta lo indicado por Bolivia en el sentido de que el proyecto de ley que se encuentra en el Congreso de Bolivia ha sido aprobado en primer debate por la Cámara de Diputados y sigue su trámite normal. Sin embargo, este Tribunal considera que esta reparación sólo se debe tener por cumplida cuando el proyecto se convierta en ley de la República y ésta entre en vigor, lo cual deberá efectuarse en un plazo razonable a partir de la notificación de la presente Sentencia.”]

A maggior ragione, la Corte non può tenere in conto le eventuali difficoltà che lo Stato soccombente possa incontrare nell’adeguamento del proprio diritto alle prescrizioni strettamente convenzionali e non: “La obligación de reparar que se regula, en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado, invocando para ello disposiciones de su derecho interno”: così sentenza 92 del 22 febbraio 2002 sul risarcimento del danno nel caso *Bámaca Velázquez c. Guatemala*, §§ 39 e 61, e sentenza 95, § 77.

Per converso, sfugge naturalmente alla competenza della Corte la compatibilità della legge di riforma con la Convenzione, quando essa non rilevi per la soluzione del caso di specie: cfr. sentenza 88, § 76, e Voto Cançado, § 5.

136. Sentenza 91, § 85 e dispositivo 4, e sentenza 94, dispositivo 14.

Per il caso inverso, cioè per l’applicazione diretta, da parte della Corte, di norme internazionali non facenti parte del sistema latinoamericano, si noti che nella sentenza 67 del 4 febbraio 2000 sulle eccezioni preliminari nel caso *Las Palmeras c. Colombia*, § 32, nonostante le ampie argomentazioni svolte dalla Commissione (*ibidem*, §§ 28-29 e 31), la Corte aveva ritenuto fondata la terza questione formulata dallo Stato, affermando di essere abilitata solo all’applicazione della Convenzione Interamericana e non anche dell’art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra. [“La Corte es competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad. Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones

de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma o tal hecho es o no compatible con la Convención Americana. Esta última sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención, y no con los Convenios de Ginebra de 1949. Por ello, la Corte decide admitir la tercera excepción preliminar interpuesta por el Estado”]. Analogamente (con Voto Dissidente del Giudice Jackman e Voto Concorrente García Ramírez, §§ 3-16) era stato deciso sulla seconda questione preliminare (§ 34) relativamente alla competenza della Commissione ad applicare la stessa norma. Più sottilmente, il § 4 del Voto Concorrente Cançado sottolineava invece (§§ 4-5) la differenza che esiste tra “interacción interpretativa entre distintos instrumentos internacionales de protección internacional de los derechos de la persona humana y la aplicación de la normativa internacional de protección de los derechos de la persona humana, estando la Corte habilitada a interpretar y aplicar la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, aggiungendo che “el propósito concreto y específico del desarrollo de las obligaciones *erga omnes* de protección puede ser mejor servido, más bien por la identificación y cumplimiento de la obligación general de garantía del ejercicio de los derechos de la persona humana, común a la Convención Americana y las Convenciones de Ginebra, que por una correlación entre normas sustantivas - relativas a derechos protegidos, como el derecho a la vida - de la Convención Americana y las Convenciones de Ginebra. Aquella obligación general se encuentra consagrada tanto en el artículo 1.1 de la Convención Americana como en el artículo 1 de las Convenciones de Ginebra y el artículo 1 del Protocolo Adicional I (de 1977) a las Convenciones de Ginebra. Su tenor es el mismo: *trátase de respetar y hacer respetar* las normas de protección, en todas las circunstancias. Es éste, a mi modo de ver, el denominador común entre la Convención Americana y las Convenciones de Ginebra, capaz de conducirnos a la consolidación de las obligaciones *erga omnes* de protección del derecho fundamental a la vida, en cualesquiera circunstancias, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado interno.”

137. Sentenza 91, § 85: “En particular, el Estado, conforme a los planteamientos de la Comisión y los representantes de las víctimas al respecto, [la Commissione aveva chiesto “la adaptación a dichos estándares de los procedimientos utilizados por las fuerzas militares en relación con el trato de los

combatientes capturados para garantizar su derecho a la vida, la libertad, la integridad física y la protección y garantías judiciales”] debe adoptar las medidas nacionales de aplicación del derecho internacional humanitario, así como aquéllas de protección de los derechos humanos que aseguren el ejercicio libre y pleno de los derechos a la vida, la libertad e integridad personales y la protección y garantías judiciales.”

Si noti, a confronto, che nella sentenza 77, a fronte della richiesta delle madri e della nonna degli uccisi (§ 95, lett. b) ed e)) “que se dispongan las medidas necesarias para la implementación total del Plan de Acción a Favor de Niños, Niñas y Jóvenes de la Calle de 1997”, che “se ponga en vigencia el Código de la Niñez y la Juventud (Decreto 78-96) de 1996” e “que la Corte disponga derogar el Código de Menores de 1979”, la Corte si era limitata ad affermare (§ 98) che essa “no está en posición de afirmar cuáles deben ser dichas medidas y si, en particular deben consistir en derogar el Código de la Niñez de 1979 o en poner en vigencia el Código de la Niñez y la Juventud aprobado por el Congreso de la República de Guatemala en 1996 y el Plan de Acción a Favor de Niños, Niñas y Jóvenes de la Calle de 1997” e che nella sentenza 42, §§ 162-164 e punto dispositivo 5, la Corte si era limitata a decidere “que el Estado del Perú debe tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes 25.475 (Delito de Terrorismo) y 25.659 (Delito de Traición a la Patria) se conformen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos” senza tuttavia pervenire ad un ordine modificativo esplicito. Nel caso ora in esame, invece, la Corte non solo ordina espressamente, ma si fa altresì carico di una funzione di *nomofilachia* che trascende l’ambito delle Convenzioni che è chiamata ad applicare e sembra accogliere quindi, anche se non esplicitamente, le argomentazioni svolte dal Presidente Cançado nel Voto annesso alla pronuncia 91, sopra citate.

138. Cfr. esemplarmente sentenze 92, § 77, e 95, § 94: “El daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima o su familia. No siendo posible asignar al daño inmaterial un preciso equivalente monetario, sólo puede, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación

razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y, en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el reconocimiento de su dignidad, el consuelo de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir”. In dottrina vedi da ultimo M. REISMAN, *Compensation for Human Rights Violations: The Practice of the Past Decade in the Americas, in State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, A. RANDELZHOFFER e C. TOMUSCHAT, ed., Dordrecht, Nijhoff, 1999, pp. 63-108.

139. Esemplarmente, cfr. Voto Cançado alla sentenza 88, § 11: “No es mera casualidad que la doctrina jurídica contemporánea viene intentando divisar distintas formas de reparación –*inter alia, restitutio in integrum*, satisfacción, indemnizaciones, garantías de no-repetición de los hechos lesivos– desde la perspectiva de las víctimas, de modo a atender sus necesidades y reivindicaciones, y buscar su plena rehabilitación.”

Nei sensi del presente e dei successivi paragrafi, l’aggettivazione “vittime immediate” vale solo a distinguere queste dalle altre vittime dirette della violazione dell’ art.4 o di altra norma del Patto.

Come già nella decisione sul risarcimento dei danni del caso *Loayza Tamayo*, sentenza 42 del 27 novembre 1998, viene anche sancito il diritto dei superstiti (§§ 36-37) ad un trattamento medico e farmacologico che li aiuti a superare le conseguenze dell’accaduto. Conformemente, vedi anche sentenza 92, § 74 b).

140. Cfr. ad esempio sentenza 88, § 53 [... Actos u obras de alcance o repercusión públicos que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que tratan y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir”] e i Voti Cançado annessi alle sentenze 75, § 16 [“El despertar de una conciencia jurídica universal nos permite reconstruir, en este inicio del siglo XXI, el propio Derecho Internacional, con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino más bien antropocéntrico, situando al ser humano en posición central”] e 91, §§ 12, 14 e 16 [“El sufrimiento de los muertos incide en la propia determinación de las reparaciones, aunque aquellos ya no tengan personalidad jurídica.

Así, la proyección del sufrimiento humano en el tiempo se manifiesta de distintos modos: no solamente a lo largo de nuestras vidas, del *cammin di nostra vita*, sino también en las relaciones entre los vivos y sus muertos”; “El daño causado a una persona afecta a todo el tejido social. El ser humano sufre y muere solo, pero la suma de los sufrimientos humanos es menor cuando cada uno vive en relación con los demás; la precariedad de la condición humana fomenta la solidaridad, la cual torna el sufrimiento menos insoportable y une los miembros del género humano, toda la humanidad. La solidaridad se nutre precisamente del deseo de disminuir el sufrimiento humano”, nonché, esemplarmente, sentenza 92, § 122: “En cuanto a lo expresado por el Estado en la audiencia pública sobre reparaciones en el sentido de que estima justo que una escuela sea designada con el nombre de..., como un modo de preservar su memoria, esta Corte hace suya dicha manifestación. En concordancia con ello, considera la Corte que Bolivia debe proceder a dar oficialmente el nombre de... a un centro educativo de la ciudad de Santa Cruz, mediante una ceremonia pública y en presencia de los familiares de la víctima. Ello contribuiría a despertar la conciencia pública sobre la necesidad de evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de la víctima.” Icasticamente, si legga anche la sentenza 95, § 104: “Los familiares de las 37 víctimas de homicidio y desaparecidas se vieron afectados por la violación de los derechos humanos de estas últimas, vivieron en carne propia el dolor y la angustia concomitantes y sufrieron una nociva modificación de su entorno afectivo.”

Sia con riguardo alla riabilitazione della vittima (uccisa) che alla consolazione del lutto dei supersiti, si osservi infine (sentenza 92, § 82) l'autoreferenza della Corte, temperata dall'approccio casuistico: “la Corte estima que la jurisprudencia puede servir de orientación para establecer principios en esta materia, aunque no puede invocarse como criterio unívoco por seguir porque cada caso debe analizarse a la luz de sus especificidades.”

141. Sentenza 89, § 40: “La Corte homologa el acuerdo respecto a estas otras formas de reparación como modalidad de compensación por los daños ocasionados. En consecuencia, el Estado deberá cumplir todas las prestaciones correspondientes a las reparaciones no pecuniarias a las que se comprometió, dentro de los plazos estipulados en el acuerdo, en favor de los beneficiarios de las reparaciones.”

142. Sentenza 88, cit.

143. Sentenza 89, § 39 a) [analogamente, anche sentenza 88, § 79 *in fine*]; 39 b) [analogamente, sentenza 88, § 81]; 39 c) e d) e §§ 36-37. Si noti che il diritto alla verità, qui pur non menzionato come tale, rientra tuttavia nell'obbligo dello Stato d'investigare efficacemente i fatti occorsi e di punirne i responsabili. Analogamente, cfr. sentenze 88, § 68; 90, §§ 65 e 69 [ove la Corte sottolinea che “inclusive, en el supuesto de que las dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza, subsiste el derecho de los familiares de las víctimas a conocer integralmente lo sucedido”]; 91, §§ 73-76 e 84; 92, § 111 [“Esta obligación subsistirá hasta su total cumplimiento”]; 95, §§ 115-118, nonché Voto Concorrente García Ramírez annesso alla sentenza 90, § 3, dove l'estensore afferma: “La atención pública -con sus diversas consecuencias- no se presentó solamente en territorio guatemalteco, aunque éste fuera su ámbito natural y principal. Considérese que la señora...vive y trabaja en los Estados Unidos de América, de los que es ciudadana, y en este país llevó a cabo diversas acciones tendientes al esclarecimiento de los hechos. Si se atiende al conjunto de las circunstancias y al propósito de la medida de satisfacción que entraña esta especie de reparaciones, resultaría pertinente que la sentencia se publicase asimismo en el lugar donde reside la persona afectada por el juicio de la opinión pública. En efecto, se trata de que ésta encuentre debida satisfacción social precisamente en el medio donde normalmente se encuentra y desenvuelve.”

Come evidenziato qui appresso (nota 145), il diritto alla verità è tuttavia ora per la Corte anche un diritto generale, della colettività, e non solo individuale.

144. Sentenza 88, §§ 74 -78 e dispositivo 3.

145. Analogamente, sentenza 92, § 119: “La Corte establece, como medida de satisfacción, que el Estado de Bolivia deberá publicar en el Diario Oficial la sentencia sobre el fondo dictada el 26 de enero de 2000” e sentenza 91, §§ 77 e 104: “Las medidas preventivas y de no repetición empiezan con la revelación y reconocimiento de las atrocidades del pasado. La sociedad tiene el derecho a conocer la verdad en cuanto a tales crímenes.” Quanto al § 118, ossia “a la solicitud de que Bolivia realice actos simbólicos que otorguen sentido nacional a la reparación”, si veda *supra*, nota 140.

146. Analogamente, cfr. anche sentenza 87, § 32. All'opposto, vedi invece sentenza 91, § 84.

147. Cfr. ad esempio sentenza 92, § 110: “Finalmente, es obligación del Estado, según el deber general

establecido en el artículo 1.1 de la Convención, realizar todas las gestiones necesarias para asegurar que estas graves violaciones no se repitan, obligación cuya observancia revierte en beneficio de la sociedad como un todo”. Analogamente, già sentenza 91, § 77 e 104: “Es obligación del Estado, según el deber general establecido en el artículo 1.1 de la Convención, asegurar que estas graves violaciones no se vuelvan a repetir. En consecuencia, debe hacer todas las gestiones necesarias a fin de evitar que hechos como los de este caso se repitan.”

148. Cfr. esemplarmente sentencia 95, §§ 120; 123; 121 e 124: “El Tribunal ha constatado que se desconoce el paradero de los restos mortales de las siguientes víctimas de este caso, en relación con cuyos homicidios y desapariciones el Estado ha sido declarado internacionalmente responsable en la sentencia de fondo. Esa circunstancia y la impunidad que subsiste al efecto constituyen una fuente particular de humillación y sufrimiento para sus familiares”; “La Corte considera que la entrega de los restos mortales constituye un acto de reparación en sí mismo porque conduce a dignificar a las víctimas, al hacerle honor al valor que su memoria tiene para los que fueron sus seres queridos y permitirles a éstos darles una adecuada sepultura”; “El Estado debe, en consecuencia, localizar, exhumar, identificar mediante el uso de técnicas e instrumentos sobre cuya idoneidad no exista sombra de duda, y entregar a los familiares, los restos de las víctimas a las que se ha hecho referencia en los párrafos inmediatamente anteriores. Los costos de la consiguiente inhumación, en el lugar escogido por los familiares deben correr a cargo del Estado. Los restos mortales de la señora..., conforme al deseo de sus familiares, deben ser trasladados y sepultados, a costa del Estado, en la República Dominicana, que era el país de origen de la víctima.” *Ibidem*, ancor più esemplarmente, vedi § 125, nel quale la Corte dispone che “el Estado debe, además, localizar, exhumar, identificar y entregar a los familiares los restos de aquellas personas cuyas muertes no fueron imputadas al Estado en la sentencia de fondo, pero a cuyos familiares les asiste también el derecho a conocer el paradero de aquéllos. Las personas en mención son las siguientes ..., quienes son víctimas de la violación de los artículos 8 y 25 de la Convención”. Identicamente, cfr. sentencia 91, § 83: “Por último, como una medida de satisfacción, la Corte considera que el Estado debe implementar, en caso de no existir en la actualidad, un programa nacional de exhumaciones.”

Conformemente, già sentenze 76, § 204 e dispositivo 3, e 91, §§ 79-83 e dispositivo 1, poiché la Corte “considera que el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana”, anche e soprattutto in talune culture [“El respeto a dichos restos, observado en todas las culturas, asume una significación muy especial en la cultura maya, etnia mam, a la cual pertenecía el señor... Para la cultura maya, etnia mam las honras fúnebres aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida y los antepasados muertos. Así, el ciclo entre la vida y la muerte se cierra con esas ceremonias fúnebres, permitiendo rendir respeto a..., para tenerlo cerca y para devolverlo o llevarlo a convivir con los antepasados, así como para que las nuevas generaciones puedan compartir y aprender de lo que fue su vida, como es tradición en su cultura indígena.”]

Il Voto del Presidente (§ 14) sottolinea a ragione che “el primer punto resolutive de la presente Sentencia determina que el Estado demandado debe localizar los restos mortales de..., exhumarlos en presencia de su viuda y familiares, así como entregarlos a éstos. La Corte ha atribuido la debida importancia a esta obligación del poder público, como medida de reparación” ed evidenzia (§ 9) come la Corte abbia “debidamente valorado y destacado la importancia del respeto a los restos mortales de una persona, y la significación especial de que esto se reviste en particular para la cultura maya, a la cual pertenecía la víctima”. Sempre con riferimento alla sentenza 91 e con riguardo al medesimo problema, si veda ampiamente anche il Voto García Ramírez, § 2, ove l’estensore pone in rilievo che la sentenza, considerando “por una parte, el derecho que asiste a los familiares de una persona que ha fallecido de recibir los restos mortuorios de ésta, independientemente de cualesquiera consideraciones étnicas, religiosas, culturales que particularicen el caso” e, d’altro canto, “la relevancia específica que la recepción, la honra y la adecuada inhumación de esos restos poseen en la cultura maya, etnia mam, a la que perteneció la víctima y pertenecen sus allegados”, ha mostrato “apreciación de derechos vinculados a esa pertenencia étnica, con su correspondiente patrimonio cultural, del que derivan o pueden derivar derechos específicos o modalidades, también particulares, de derechos de general observancia”, e aggiunge che non solo “no hay conflicto alguno entre estos derechos, que son manifestaciones o círculos concéntricos de una misma facultad jurídicamente tutelada. Esta cercanía

esencial entre los derechos no lleva a desentenderse de uno -el vinculado con la pertenencia a la etnia indígena-, por el hecho de que se reconozca otro, el derecho universal a recibir y sepultar dignamente los restos del familiar”, ma altresì che così non si “relativiza por fuerza el concepto de los derechos humanos”, bensì, al contrario, si “amplia racionalmente el ámbito de los derechos de una persona, reconoce sus rasgos propios –que se instalan sobre los rasgos comunes, inderogables, radicales, de la especie humana– y extrae de todo ello consecuencias jurídicas que concurren a establecer y garantizar la defensa de la dignidad del ser humano, no sólo en abstracto –dentro de la especie, sino en concreto, –dentro de un grupo, una etnia, una familia, un pueblo–: en fin, reconoce la individualidad del sujeto con su amplia gama de particularidades y matices.”

Degna di nota al riguardo è anche la sentenza 95, § 104, nella quale la Corte sembra accedere all’idea di “*punitive damages*” a carico dello Stato per l’occultamento dei cadaveri degli scomparsi quando così testualmente si esprime: “Los restos de varias de las víctimas de homicidio y desaparecidas no han sido entregados a sus familias. Esta omisión está vinculada a un conjunto de patrones de acción estatal sumamente censurables en relación con el manejo de los cadáveres de las víctimas, como la utilización irregular de fosas comunes y la negación de la existencia de éstas últimas. La Corte estima que las cantidades” di denaro attribuite a titolo di risarcimento del danno morale ai superstiti “se deben aumentar en un treinta por ciento cuando se trate de las víctimas cuyos restos no han sido entregados a sus familiares.”

149. Poiché questa è “vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de...”
150. Sul punto, vedi anche Voto Cançado, §§ 8-10 e 12-13: “En la presente Sentencia, la Corte Interamericana extendió la protección del Derecho a la víctima en el presente caso, al establecer, *inter alia*, el deber estatal de proporcionarle los medios para realizar y concluir sus estudios universitarios en un centro de reconocida calidad académica. Es esta, en mi entender, una forma de reparar el daño a su proyecto de vida, conducente a la rehabilitación de la víctima. El énfasis dado por la Corte a su formación, a su educación, sitúa esta forma de reparación en perspectiva adecuada, desde el prisma de la integridad de la personalidad de la víctima, teniendo presente su realización como ser humano y la reconstrucción de su proyecto de vida”; “La preocupación por la preeminencia de valores superiores debe, a mi juicio, primar sobre el mero

reclamo de indemnizaciones, inclusive para atender a las necesidades personales -otras que las materiales- de una víctima de violaciones de derechos humanos. Así, asegurar la educación superior de un joven victimado parece mucho más importante que concederle una suma adicional en dinero, a título de indemnización. La reparación del daño al proyecto de vida no se reduce a una indemnización más: se efectúa, en el *cas d’espèce*, por la garantía de las condiciones extendidas a la víctima para su formación como ser humano y su educación de nivel superior. A la satisfacción, se suma, así, esta forma de reparación conducente a la rehabilitación de la víctima. La presente Sentencia reviste, para mí, de un valor simbólico que la torna a mis ojos emblemática: en una época en que, como hecho notorio, los Estados de la región adoptan políticas públicas que se descuidan de la educación, en grave perjuicio -a mediano y largo plazos- de todo el medio social (y particularmente de las nuevas generaciones), la Corte Interamericana afirma el valor superior de la garantía de la educación como forma de reparación del daño al proyecto de vida de una víctima de violación de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana.” Si noti quindi l’evoluzione del concetto di “danno al progetto di vita” rispetto alla sentenza 42, §§ 144-154.

151. “Es un hecho evidente para este Tribunal que la sentencia condenatoria expedida por la Corte Suprema de Justicia del Perú en contra del señor..., y las demás resoluciones adoptadas en los procesos a que éste fue sometido, fueron emitidas con base en una legislación incompatible con la Convención Americana y que en desarrollo de las respectivas actuaciones se violaron los derechos a la protección judicial y al debido proceso consagrados en la Convención. En consecuencia, en el marco de esta Sentencia de reparaciones, esta Corte deberá disponer que el Estado deje sin efecto alguno, recurriendo para ello a las vías previstas en la legislación interna, la sentencia condenatoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú contra.... A la luz de lo anterior, el Estado deberá” quindi “proceder a anular los antecedentes judiciales o administrativos, penales o policiales que existan en contra de..., en relación con los hechos del presente caso y a cancelar los registros correspondientes”: così sentenza 88, §§ 77 e 78, e Voto Cançado, § 4: “pueden constituir formas de reparación no-pecuniaria (conducentes a obtener la *restitutio*), en el marco de un caso concreto, las providencias para dejar sin efecto la sentencia de un tribunal nacional, - con miras a armonizar tanto la normativa de derecho interno como la

jurisprudencia nacional con la normativa de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

Si noti la progressione nella chiarezza ordinaria rispetto all'identico caso *Loayza Tamayo* e al parziale adempimento, sotto il profilo qui considerato, della relativa sentenza risarcitoria.

152. Cfr. §§ 2, 5, 6 e 7: “Resulta, pues, claro, que no todo lo que es legal en el derecho interno lo es en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debiendo una conducta estatal conformarse con las obligaciones convencionales de protección que vinculan al Estado Parte en el tratado de derechos humanos en cuestión. De ese modo, puede, y debe, la Corte Interamericana decidir que un Estado Parte en la Convención Americana deje sin efectos - según las vías de su derecho interno - una sentencia de un tribunal nacional (independientemente de jerarquía) incompatible con la Convención, - tal como lo ha hecho en la presente Sentencia.”
153. Sentenza 95, cit.
154. Come già visto *supra*, “los resultados de éstas deberán ser públicamente divulgados, para que la sociedad venezolana conozca la verdad.” (§ 118 *in fine*)
155. Il “crescendo” ordinario e la puntigliosità dello stesso si riscontrano anche nel § 122, ove si afferma autonomamente il diritto alla verità dei superstiti, e nella seconda parte del § 128, cit., ove la Corte dispone che “para que dicho reconocimiento rinda plenos efectos de reparación a las víctimas y sirva de garantía de no repetición de hechos como los que constituyen la materia de este caso, el Estado debe publicar dentro de un plazo razonable, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, al menos por una vez, el capítulo I denominado Introducción de la Causa, párrafo 1 literales a), b), c), d), e), f) y (a) y los puntos resolutive contenidos en el capítulo VII de la sentencia de fondo; y los párrafos 66 a 66.16 de la presente Sentencia.”
156. Del 25 maggio 2001, cit.
157. Quanto all'identificazione degli stessi, e degli altri aventi diritto a titolo successorio danni materiali (vedi *infra*, note 174-176 e 184) l'onere probatorio è rigoroso, ancorché la Corte abbia più volte ribadito in linea generale che “los criterios de apreciación de los medios de prueba por un tribunal internacional de derechos humanos tienen mayor amplitud que los aplicados por los tribunales internos, de manera que aquél cuenta con un grado de flexibilidad mucho más alto que estos últimos

para valorar las evidencias que se le presenten sobre los hechos pertinentes, y para recurrir, en particular, a las pruebas indirectas, como las circunstanciales, los indicios y las presunciones” e che “en los procesos sobre violaciones de derechos humanos, la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado, y que es este último quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio” [cfr. ad esempio sentenza 95, §§ 55-56]. Ed infatti, quando è stata costretta ad “acudir a pruebas indirectas”, la Corte ha sempre precisato che essa “se cuida de examinar si son coherentes, se confirman entre sí, y guardan armonía con el conjunto del acervo probatorio”. Pertanto, nello specifico, costituiscono prime e fondamentali prove richieste, “en cuanto atañe a la existencia de las personas que componían las familias de las víctimas, y a la relación concreta de parentesco que vinculaba a éstas con aquéllas, las partidas de nacimiento o defunción, emitidas por las autoridades” nazionali. Solo “a falta de tales certificados”, la Corte si basa, “para los correspondientes efectos, en los escritos de reparaciones de los representantes de las víctimas y los familiares, o de la Comisión, y en el contenido de otros documentos incorporados en el acervo probatorio, como partidas de bautismo, las declaraciones rendidas ante notario público por las víctimas sobrevivientes y los familiares de otras”, ma tiene a precisare che, “en ausencia de partidas expedidas por las autoridades internas, declarará probados los extremos de que se trata sólo cuando concurren al efecto varios medios de prueba confiables.” (così da ultimo sentenza 95, §§ 55-56 e 63 b)

158. Le somme essendo esenti, per giurisprudenza costante a far data dalla sentenza 42, da qualsiasi imposta o tassa “actualmente existente o que pueda decretarse en el futuro”: cfr. sentenza in esame, § 226 e punto dispositivo 7. Per giurisprudenza altrettanto costante, “en caso de que el Estado incurra en mora” rispetto al termine perentorio ormai classico di sei mesi, “pagará un interés sobre la cantidad adeudada correspondiente al interés bancario moratorio” vigente nello Stato debitore.
159. Si tratta qui, naturalmente, del danno sofferto dai superstiti a causa ed in conseguenza della morte o della scomparsa forzata della vittima principale, cioè di “aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y no pueden ser tasados, por ende, en términos monetarios” (così ad esempio sentenza 77, § 84).

“El mencionado daño moral puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a [las víctimas directas y a] sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria” (*ibidem*). Ai danni indicati può anche naturalmente aggiungersi, *le cas échéant*, (cfr. ad esempio sentenza 77, § 92 b) e c)), il danno morale personale dei sopravvissuti “por haber sido objeto de la violación de los artículos 8.1 y 25 de la Convención”. Quanto ai primi, in linea generale, la Corte si avvale della “presunción según la cual tales violaciones y la configuración de una situación de impunidad en relación con ellas, causan dolor, angustia y tristeza, [tanto a las víctimas como] a sus familiares” poiché tutte “las violaciones de los derechos humanos causan, por lo general, daños a personas diferentes de los titulares de dichos derechos, y eso acontece, en particular, en relación con los familiares de las víctimas. Tales daños deben ser reparados” anche quando non risulti testimonialmente provato che “los familiares de las víctimas sufrieron daños inmateriales por las muertes, desapariciones o lesiones de las mismas”; (così sentenza 95, §§ 64 b, 66.61 e 70). Sulle presunzioni specifiche in tema di danni morali, vedi *infra*, nota 164.

160. In tal senso, cfr. §§ 109, 126, 144 e 159: “Con respecto a los otros hermanos de la víctima, no cabe duda de que forman parte de la familia y aún cuando no aparece que intervinieron directamente en las diligencias asumidas en el caso por la madre y por la cuñada, no por ello debieron ser indiferentes al sufrimiento ocasionado por la pérdida de su hermana, menos aún cuando las circunstancias de la muerte revisten caracteres singularmente traumáticos. Por tanto, la Corte, al considerarlos como beneficiarios de una indemnización, debe fijar su monto siguiendo el criterio de la equidad, y en consecuencia, fija una reparación compensatoria por daño moral de...”; “En cuanto a los hermanos de la víctima debe considerarse que, como miembros de la familia, no debieron ser indiferentes al sufrimiento de..., pese a la objeción planteada por el Estado. En consecuencia, los hermanos de la víctima participarán como beneficiarios del daño moral, y el Tribunal fija, equitativamente, la cantidad de...”; “En cuanto a los hermanos de la víctima debe considerarse que, como miembros de la familia, no podían ser indiferentes al sufrimiento de..., pese a la objeción planteada por el Estado. Por ello, con criterio de equidad, la Corte fija una compensación por daño moral de...”; “Con respecto a los hermanos de la víctima, la Corte observa que éstos no intervinieron, según constancias del proceso de

fondo ante este Tribunal, en la búsqueda y en la obtención del cadáver de la víctima y su posterior entierro. Sin embargo con criterio de equidad, la Corte fija una reparación por daño moral de...” In dottrina, e al fine di rendersi conto dell’evoluzione della giurisprudenza della Corte, cfr. J. M. PASQUALUCCI, *Victim reparations* ..., cit., pp. 14-24.

161. Così ad esempio sentenza 42, § 143, e la decisione risarcitoria del caso *Garrido y Baigorria c. Argentina*, sentenza 39 del 27 agosto 1998, §§ 63-64: “El Tribunal comenzó por constatar que los hermanos de...no habían “ofrecido pruebas fehacientes” de que mantenían con estos últimos una “relación afectiva tal” que su desaparición les hubiera provocado un daño grave. Sin embargo, apreció el hecho de que los mencionados parientes de las víctimas demostraron interés por su suerte desde el momento de la desaparición y realizaron gestiones para dar con su paradero.”

162. *Ibidem*, § 4, l’estensore sottolinea che “en los *Casos Blake*” (sentenza 48, § 57) “y *Castillo Páez*” (sentenza 43 del 27 novembre 1998, § 89) la Corte aveva valutato “y le dio pleno alcance a las pruebas presentadas sobre el hecho de que -dadas las circunstancias específicas de los respectivos casos- los hermanos de cada una de las víctimas sufrieron graves y excepcionales padecimientos a causa de la desaparición de éstas.”

163. Cfr. ad esempio sentenza 92, § 88 b) e d): “El Tribunal presume que la muerte de una persona acarrea a sus padres un daño inmaterial, por lo cual no es necesario demostrarlo. Tal y como ha dicho esta Corte, se puede admitir la presunción de que los padres han sufrido moralmente por la muerte cruel de sus hijos, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona experimente dolor ante el suplicio de su hijo”. “Las anteriores consideraciones son aplicables al padre adoptivo o padrastro de la víctima, quien como miembro de una familia integrada mantenía un vínculo estrecho con..., convivía en la misma casa, por lo cual no podía ser indiferente a las graves aflicciones de...” La presunzione sembra essere, in questo caso, assoluta, cioè senza possibile prova del contrario, assimilandosi infatti piuttosto ad un dato della comune esperienza (“con base en la experiencia”: così sentenza 95, § 55), secondo la regola *id quod plerumque accidit*.

164. Per giurisprudenza costante, la presunzione riguarda anche il coniuge, o il compagno o la compagna stabile (compañeros permanentes) e i figli: cfr. ad esempio sentenza 76, §§ 108, 125 e 174 [“En el caso de los padres de la víctima, no es

necesario demostrar el daño moral, pues éste se presume. Igualmente se puede presumir el sufrimiento moral por parte de la hija de la víctima”; “En la situación mencionada se encontrarían la compañera y el hijo de la víctima, con respecto a los cuales el Tribunal debe presumir las repercusiones que tuvieron las graves violaciones cometidas en perjuicio de...”; “En las circunstancias anteriores se encuentran la esposa y los hijos de la víctima “[e] sentenza 95, § 71.

Quando l'esistenza di uno o più beneficiari presunti non sia documentalmente provata -cfr. ad esempio sentenza 76, § 133 [“En este caso existen contradicciones sobre quiénes deberían ser considerados como beneficiarios. Por una parte, la Comisión, basada en información suministrada por los familiares de la víctima, señaló que... tenía un hijo. Por su parte, los familiares en su escrito sobre reparaciones se refirieron a los daños materiales y morales sufridos por los padres y, en general, por los familiares, sin mencionar la existencia de un descendiente. Finalmente, el padre de la víctima, durante su declaración en la audiencia pública sobre reparaciones, mencionó como beneficiarios a los padres y hermanos de la víctima, a estos últimos sin identificarlos. En razón de lo anterior, este Tribunal consideró oportuno solicitar a los familiares que acreditasen el parentesco de los hermanos, hijo o familiares que vivían con la víctima al momento de los hechos, producto de lo cual los familiares presentaron cinco certificaciones de nacimiento de los hermanos de... y señalaron que esos eran los únicos documentos que tenían en su haber”], la Corte ha dispuesto (*ibidem*, §§ 134, 135 e 143) che “si bien no ha sido acreditada la existencia de un supuesto hijo de la víctima, en caso de que efectivamente existiese el hijo, debería adjudicársele la indemnización por concepto de daño moral, por lo cual se deberá acreditar ante el Estado la existencia y la identidad del hijo de... a fines de poder hacer efectivas las reparaciones que se ordenen. En razón de lo establecido, los familiares de la víctima y la Comisión deben brindar al Estado la información que tengan a su disposición para identificar al hijo de..., a fin de que el Estado pueda, a su vez, verificar dicha existencia. Si en un plazo de un año, contado a partir de la notificación de esta sentencia, no se ha identificado al hijo, serán beneficiarios sus padres”. Conformemente, cfr. sentenza 95, §§ 73 *in fine* e 106, ai sensi dei quali i beneficiari non identificati dovranno presentarsi “ante el Estado dentro de los veinticuatro meses siguientes a la fecha de expedición de esta Sentencia, aportando prueba fehaciente, de conformidad con la legislación interna, de su condición de familiares de las víctimas,

en los términos del artículo 2.15 del Reglamento vigente”. *A contrariis*, cfr. sentenza 87 del 30 novembre 2001 nel caso *Barrios Altos*, nella quale la Corte ricorda (§ 24) che “en la cláusula décima del acuerdo se estipuló que las partes [Stato e Commissione] harán uso de sus recursos para ubicar el paradero de los herederos legales de quienes en vida fueron las víctimas, y que el acuerdo quedará abierto para la firma de los mismos cuando sean encontrados” e conseguentemente dispone che lo Stato (§ 31) “al hacer uso de sus recursos para ubicar el paradero de los herederos de dichas víctimas, deberá, entre otras gestiones, publicar en un medio de radiodifusión, un medio de televisión y un medio de prensa escrita, todos ellos de cobertura nacional, un anuncio mediante el cual se indique que se están localizando a los familiares de..., para otorgarles una reparación en relación con los hechos de este caso. Dicha publicación deberá efectuarse al menos en 3 días no consecutivos, y en el término de 30 días siguientes a la notificación de la presente Sentencia.”

165. Il Voto Cançado annesso alla sentenza 91, §12, sottolinea in proposito, com'è del resto proprio da tempo del Presidente, che “el sufrimiento humano se proyecta en el tiempo: el dolor no se pierde nunca, y a pesar del transcurso del tiempo cualquier mínima cosa que recuerde al desaparecido es suficiente para descargar de nuevo absolutamente todo el sufrimiento previo.”
166. L'onere della prova contraria spetta allo Stato convenuto: se questo non la offre, ne consegue il dovere di pagare il risarcimento (cfr. ad esempio sentenza 76, §§ 125 *in fine* e 143: “Dicha presunción no ha sido desvirtuada por el Estado, por lo cual corresponde otorgar a dichos familiares una indemnización compensatoria por concepto de daño moral.”)
167. Voto de Roux Rengifo, *in fine*. *Ibidem* l'estensore nota che “al fijar, en equidad, el monto de las respectivas compensaciones, la Corte se ha despachado con cautela, tasando en 1.000 dólares el monto de la reparación por pagar a cada hermano de la víctima. A mi modo de ver, la cautela ha sido mayor de lo que se justificaba, pero debo reconocer que guarda concordancia con el carácter presuntivo del daño en cuestión.”
168. Sentenza 77, § 92 c): “Los hermanos de... sufrieron daños morales por haber sido afectados por las desapariciones, torturas y muertes de estos últimos. Las compensaciones de esos daños deben ser pagadas a los hermanos de las víctimas según se indicará”. Si noti *per incidens* che ivi lo Stato (§ 87

a)) si era opposto alla richiesta della Commissione (§ 86 a)) di considerare per il risarcimento del danno morale anche “los demás familiares inmediatos de las víctimas”, asserendo che “en cuanto al daño moral, la sentencia de reparaciones debe contemplar a los propios agraviados y, en caso de no ser factible, a los familiares directos. Por ello, reconoce como víctimas directas” solo gli uccisi e, “como consecuencia de las violaciones directas sufridas por ellos”, le madri e la nonna. “El Estado no reconoce a otras personas como titulares del derecho a recibir reparaciones.”

169. Sentenza 88, § 37: “Los señores...son hermanos de... En esa calidad, no debieron ser indiferentes a los sufrimientos padecidos por...”, anche se la Corte osserva poco dopo (§ 38) “que en el presente caso existen pruebas de que los hechos de los cuales fue víctima... acarrearón a su madre y a sus tres hermanos daños de diversa naturaleza e intensidad, que los convierten en titulares del derecho a obtener una reparación.”
170. Sentenza 92, §§ 57 e 88 d): “En cuanto a los hermanos de la víctima, debe tenerse en cuenta que, según la jurisprudencia más reciente de la Corte, se puede presumir que la muerte de una persona ocasiona a sus hermanos un daño inmaterial.”
171. Sentenza 91, §§ 63, 65 b) e 65 c): “Estos padecimientos se extienden de igual manera a los miembros más íntimos de la familia, particularmente a aquéllos que tuvieron un contacto afectivo estrecho con la víctima. La Corte considera que no requiere prueba para llegar a la mencionada conclusión, aunque en el presente caso se encuentre probado el sufrimiento ocasionado a aquéllos”; “En lo que respecta a las hermanas..., la Corte reitera que es razonable presumir que como miembros de la familia no debieron ser indiferentes a la pérdida de su hermano”. La spiegazione rispetto alla diversità fattuale emersa dalle testimonianze segue prontamente: “[La víctima] se incorporó a la URNG, y consecuentemente, perdió el contacto con su núcleo familiar, compuesto para ese momento, por su padre y sus hermanas, pero esta pérdida de contacto obedeció, tal como quedó demostrado en el fondo, a la situación de conflicto armado que vivía Guatemala y a la práctica utilizada por el ejército para extraer información de los detenidos, y de quienes participaran en alguna actividad insurgente, y al temor de sus familiares por los sufrimientos que las fuerzas armadas pudiesen infligirles. Esta Corte considera que fueron éstas las causas del aparente distanciamiento entre [la víctima] y sus familiares y que éste no obedeció, como lo asevera el Estado, a una ruptura de los

lazos familiares. En este caso cabe agregar que dadas las particularidades de la cultura maya, etnia mam, para el núcleo familiar de... la pérdida del soporte emocional del hijo mayor significó grandes sufrimientos”; “En lo que se refiere a..., hermana materna de..., la Corte reitera que en el caso de los hermanos debe tenerse en cuenta el grado de relación y afecto que existe entre ellos por lo que, dadas las circunstancias del caso, ésta debe también ser indemnizada por daño en material”. Si noti che, a stregua del § 64, il risarcimento dei danni morali è attribuito anche perché “la impunidad imperante en este caso sigue causando sufrimiento para los familiares que los hace sentirse vulnerables y en estado de indefensión permanente frente al Estado, situación que les provoca una profunda angustia.”

172. Sentenza 95, §§ 73 e 75. “No obstante... en relación con las personas cuya existencia y cuyos vínculos con las víctimas no cuentan con el respaldo correspondiente a los mencionados estándares, la Corte procederá de la siguiente manera: las considera beneficiarias de reparaciones por concepto de daño inmaterial y ordenará pagarles una compensación al respecto... siempre que se presenten ante el Estado dentro de los veinticuatro meses siguientes a la fecha de expedición de esta Sentencia y aporten prueba fehaciente, de conformidad con la legislación interna, de su condición de familiares de alguna de las víctimas, en los términos del artículo 2.15 del Reglamento vigente”; “La Corte observa que los familiares de..., no se han hecho presentes en el proceso ni en forma personal ni por medio de representantes, aunque los representantes de las demás víctimas y familiares han actuado en su nombre como agentes oficiosos, y solicitaron en su nombre medidas de reparación. En este caso, la Corte atenderá las correspondientes solicitudes basándose en el hecho de que la sentencia de fondo, que constituye un precedente ineludible en el itinerario del proceso, declaró víctimas a los señores...” Vedi *supra*, nota 164, ed *infra*, nota 183.
173. Altrettanto accade -cfr. ad esempio sentenze 76, § 213; 88, §§ 86 e 85, e 92, §§ 126-128- per “las costas y los gastos” tanto del giudizio nazionale [“En el concepto de costas deben quedar comprendidas las que corresponden a la etapa de acceso a la justicia a nivel nacional”], che delle due fasi del giudizio internazionale [“como las que se refieren a la justicia a nivel internacional ante la Comisión y la Corte”], onorari d’avvocato compresi [“Entre los gastos figuran los honorarios de quienes brindan asistencia jurídica”]. Anche “las costas y los gastos”, infatti, “deben entenderse comprendidos dentro del concepto de reparación consagrado en

el artículo 63.1 de la Convención Americana, puesto que la actividad desplegada por la o las víctimas, sus derechohabientes o sus representantes para acceder a la justicia internacional implica erogaciones y compromisos de carácter económico que deben ser compensados al dictar sentencia condenatoria. El *quantum* por este rubro puede ser establecido con base en el principio de equidad, incluso en ausencia de elementos probatorios relativos al monto preciso de los gastos en que han incurrido las partes, siempre que los montos respondan a criterios de razonabilidad y proporcionalidad”. La liquidazione delle spese e degli onorari processuali in somma percentuale dell’ammontare del risarcimento liquidato è esclusa [“En cuanto a la posición señalada por el Estado, en el sentido de determinar las costas en proporción al monto de la indemnización obtenida por las víctimas o sus familiares, la Corte estima insuficiente dicho procedimiento, por cuanto existen otros elementos que permiten evaluar la calidad y pertinencia del trabajo efectuado, tales como el aporte de elementos probatorios para sustentar los hechos expuestos por las partes, el consejo legal que brinde a sus representados, la diligencia en el cumplimiento de las distintas gestiones procedimentales ante el Tribunal y el grado de conocimiento de la jurisprudencia internacional”]: *ibidem*, § 214. Conformemente, S. GARCÍA RAMÍREZ, op.loc.cit., p. 152: “No es adecuado entender que las costas deben guardar cierta proporción con el monto de la indemnización obtenida. En el fondo de este rechazo se halla la idea de que el abogado no es un “socio” del justiciable, que reclama ciertas prestaciones para beneficio de ambos.”

174. Vedi sentenza 90 dove, §§ 36-40, 41 a), 42 b) e 47, la Corte ha respinto un capo della domanda perché non provato [“La Corte ha examinado detenidamente las manifestaciones y argumentos expuestos por las partes y las pruebas producidas por ellas. Las ha evaluado teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar en que los hechos han ocurrido y ha llegado a la conclusión de que no existen en estas actuaciones pruebas suficientes que permitan afirmar que... fue ejecutado por las fuerzas estatales en violación al artículo 4 de la Convención Americana.”]

175. Le quali, in caso di violazione dell’art. 4 della Convenzione, coincidono, alla stregua dei principi generali del diritto con i successibili necessari (secondo la terminologia dei diritti privati dell’Europa occidentale) accertati dei defunti e, in difetto, con i collaterali. Cfr. ad esempio sentenze 76, § 84; 77, § 67; 87, § 28; 91, § 32 [“Es una regla

común en la mayoría de las legislaciones que los sucesores de una persona son sus hijos. Se acepta también, generalmente, que el cónyuge participa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y algunas legislaciones le otorgan, además, un derecho sucesorio junto con los hijos. Si no existen hijos ni cónyuge, el derecho privado común reconoce como herederos a los ascendientes. Estas reglas, generalmente admitidas en el concierto de las naciones, deben ser aplicadas, a criterio de la Corte, a fin de determinar los sucesores de las víctimas en lo relativo a la indemnización”] e J. M. PASQUALUCCI, *Victim reparations ...*, cit., pp. 48-51. L’eccezione contenuta nella sentenza 91, § 36, è del tutto particolare, ed esclusivamente rapportata alle peculiarità del *cas d’espèce* [“Durante la audiencia pública, los representantes de las víctimas y la Comisión Interamericana solicitaron a la Corte incluir a la señora..., hermana materna del señor..., como beneficiaria de la posible reparación que se otorgue a los familiares en el presente caso, al considerar la estrecha relación que tuvo la señora con... durante su niñez. Los representantes y la Comisión alegaron que su mención no se había hecho antes debido a que no conocían la existencia de la señora... por las dificultades idiomáticas y de comunicación con la familia, y por la distancia entre sus residencias, ya que ella tuvo que salir de la finca donde ellos estaban e irse a la ciudad de Guatemala. Al respecto, la Corte observa que si bien este caso ha estado ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos desde 1992, no es sino hasta el 20 de noviembre de 2001, poco antes de la audiencia pública sobre reparaciones, cuando se menciona la existencia de esta hermana por parte de madre. No obstante, este Tribunal toma en cuenta las especiales circunstancias de conflicto e incomunicación que vivía Guatemala al momento de los hechos y acepta la alegación sobre las características de la cultura maya, etnia mam a la que pertenece la familia, en razón de lo cual incluye a... en esta etapa del proceso como beneficiaria de una eventual reparación, lo cual, además, no fue controvertido por el Estado.”]

L’attribuzione delle somme risarcitorie può avvenire in forma non solo esclusiva e scalare. Un paradigma analitico della suddivisione tra più coeredi si rinviene nella sentenza 95, § 91: [“a) el cincuenta por ciento de la indemnización se repartirá, por partes iguales, entre los hijos de la víctima. Si uno o varios de los hijos hubieren fallecido ya, la parte que le o les corresponda acrecerá a las de los demás hijos de la misma víctima; b) el veinticinco por ciento de la indemnización deberá ser entregada a quien

fuera el o la cónyuge, o el compañero o compañera permanente de la víctima, al momento de la muerte de ésta; c) el veinticinco por ciento de la indemnización será entregado a los padres. Si uno de los padres ha muerto, la parte que le corresponde acrecerá a la del otro. Las señoras..., tías de las víctimas, quienes vivían bajo el mismo techo con sus mencionados sobrinos y tenían con ellos estrechas relaciones de afecto, serán asimiladas, para efectos de su participación en la distribución de la indemnización de daños materiales, a la condición de madre de los mismos, de manera que el porcentaje de la indemnización al que se viene haciendo referencia en este literal, será repartido, por partes iguales, entre cada una de dichas señoras y los padres de las respectivas dos víctimas; d) en el caso de que la víctima no tuviere hijos ni cónyuge ni compañera o compañero permanente, la indemnización del daño material se distribuirá así: el cincuenta por ciento se les entregará a sus padres, y el restante cincuenta por ciento se repartirá por partes iguales entre los hermanos de dicha víctima; e) en el evento que no existieren familiares en alguna o algunas de las categorías definidas en los literales anteriores, lo que le hubiere correspondido a los familiares ubicados en esa o esas categorías, acrecerá proporcionalmente a la parte que les corresponda a las restantes”]. Un’anticipazione del criterio cumulativo si rinviene già nella pronuncia 91, §§ 52-53, dove la compartecipazione, su base egualitaria, del padre e delle sorelle del defunto è anch’essa spiegata dalla Corte sulla base delle peculiarità del *cas d’espèce* e “para el caso en estudio”. Si noti che lo Stato si era opposto a tale conclusione (*ibidem*, § 49b), ed altrettanto aveva fatto anche nei confronti della vedova, poiché “su matrimonio con el señor... no había sido inscrito ante las autoridades guatemaltecas competentes, por lo cual no se ha cumplido con un elemento importante de certeza jurídica”. *Ibidem*, §§ 20 A e 31, l’atto di devoluzione che uno dei successibili aventi diritto intenda eventualmente compiere a favore di altri coeredi non equivale a rinuncia [“En el caso de la señora..., el Estado ha objetado su condición de titular de una posible reparación, tanto por derecho propio como por sucesión, como consecuencia de la declaración que ella realizara en el sentido de que dicha reparación fuese entregada, íntegramente, a los familiares de la víctima, lo cual se entiende, en criterio del Estado, como una renuncia expresa al derecho declarado por la Corte en su favor, que por haberse efectuado en la fase contenciosa del juicio ante la Corte guarda característica de plena prueba. La Corte no comparte la interpretación del Estado sobre dicha declaración,

pues no se desprende de sus términos que esa haya sido la intención de la señora..., y por ello estima que procede la determinación de las indemnizaciones que a ella corresponden, y que ella podrá disponer libremente de las mismas.”]

176. “Los daños provocados por la muerte de la víctima a sus familiares o a terceros pueden ser reclamados fundándose en un derecho propio. Sin embargo, se deben concurrir determinadas circunstancias, como la de que hubiere existido una relación de dependencia efectiva y regular entre el reclamante y la víctima, de modo que se pueda presumir razonablemente que las prestaciones recibidas por aquél continuarían si la víctima no hubiese muerto; y de que el reclamante hubiera tenido una necesidad económica que regularmente era satisfecha con la prestación efectuada por la víctima”: così, ad esempio, sentenze 76, § 86; 77, § 68; 92, § 74 c) e 91, § 33. Si noti che nell’ultima, § 51 a), dopo aver stabilito che la vittima avrebbe molto verosimilmente continuato a far parte, come comandante guerrigliero, dell’URNG se non fosse stato catturato, “tomando en cuenta las características de esa actividad, la Corte estima que no es del caso determinar una compensación en relación con los ingresos de la víctima para este período.”
177. A stregua delle sentenze 91, § 64a); 92, § 74 c) e 95, § 80 b), “en los casos de ejecuciones extrajudiciales, deben incluirse, dentro del concepto de daño emergente, los gastos relacionados con la búsqueda de los cadáveres, los gastos por tratamientos médicos a familiares, los causados con ocasión de la exhumación de los cuerpos, y otros rubros similares. En los casos de desaparición forzada deben incluirse los gastos causados por las gestiones tendientes a establecer el paradero de la víctima y los realizados para buscar los cadáveres. El lucro cesante, que corresponde en este caso a la pérdida de ingresos ocasionada por la interrupción no voluntaria de la vida laboral de las víctimas, debe ser cuantificado a partir de ciertos indicadores objetivos (edad del fallecido, expectativa de vida en el país, actividad laboral de las víctimas, salario percibido o salario mínimo mensual vigente en el país). El daño material del núcleo familiar de la víctima debe ser indemnizado en cuanto tal”, anche alla luce delle “condiciones económicas generales de los familiares de la víctima, y se refiere a pérdidas patrimoniales diversas, tales como la disminución de los ingresos familiares, la quiebra de negocios familiares, pérdidas de empleo, etc. Los gastos por concepto del entierro y servicios fúnebres en que incurrieron los familiares

de las víctimas ejecutadas también deben ser indemnizados.”

Sempre in sentenza 95, § 88, vedi invece i criteri analitici del calcolo del lucro cessante in rapporto alla vittima immediata [“Se toman los salarios caídos correspondientes, fijados en función del salario mínimo legal vigente en el país de que se trata en la época en que ocurrieron los hechos violatorios, y se los trae a valor presente, previo descuento de un 25% de dicho salario mínimo que, según se estima, cubriría los gastos personales de la víctima”] già fatti propri dalla giurisprudenza della Corte e disattesi invece *ibidem*, § 89 a), nei confronti delle tre vittime sopravvissute, a causa della loro specifica situazione, nonché in sentenza 91, a favore di una pronuncia integralmente equitativa [“Este Tribunal reconoce que no resulta posible establecer con certeza cuál habría sido la ocupación y el ingreso del señor... al momento de su eventual incorporación a la actividad laboral de su país. Teniendo presente la carencia de elementos probatorios ciertos sobre los posibles ingresos que hubiese obtenido la víctima, la Corte en equidad decide fijar en cien mil dólares de los Estados Unidos de América la cantidad como compensación por la pérdida de los ingresos para el período de que se trata”]. M. HAGLER e F. RIVERA, *Bámaca Velázquez v. Guatemala: An Expansion of the Inter-American System’s Jurisprudence on Reparations*, Human Rights Brief, 2002, 3, senza indicazione di pagina, criticano la sentenza per non aver accolto e risarcito il “danno al progetto di vita”. In senso invece favorevole a quest’ultima soluzione, e critico del computo appena riportato, cfr. Voto García Ramírez alla sentenza 91, § 4: [“Estimo plausible que se haya desestimado -aun cuando se trate sólo del caso sujeto a estudio- la regla acogida en diversas sentencias de la Corte a propósito de los ingresos futuros de la víctima, cuando ésta pierde la vida y se plantea la necesidad de entregar ciertas cantidades a sus derechohabientes. En esta materia se ha conformado, de tiempo atrás, un punto de referencia que estimo inadecuado. En diversas ocasiones se ha dicho que de la cantidad que resulte de la apreciación sobre los ingresos del sujeto y la expectativa media de vida en condiciones regulares -temas, a su vez, siempre discutibles-, habrá que deducir un veinticinco por ciento en concepto de gastos personales de la víctima a lo largo de su vida futura, y conceder la suma restante, es decir, el setenta y cinco por ciento del total, a sus derechohabientes. En la realidad de la economía, una realidad severa con la mayor frecuencia -que marca la perspectiva para las reflexiones de la Corte y la adopción de determinada metodología-, un

individuo difícilmente podría reservar para sí ese veinticinco por ciento de sus percepciones y destinar a sus allegados la porción restante. Las bajas remuneraciones que percibe la mayoría de las personas, sobre todo en los sectores sociales a los que suelen corresponder las víctimas de violación de derechos humanos en los casos sujetos a la jurisdicción de la Corte Interamericana, rara vez permitirán una distribución de ese carácter. Ni el sujeto del que depende la economía familiar puede disponer del veinticinco por ciento de sus ingresos, ni el otro setenta y cinco por ciento bastaría, ordinariamente, para satisfacer las necesidades familiares. En fin de cuentas, la apreciación sobre estos conceptos debiera depender de otros criterios, más puntuales y realistas, y por ello individualizados adecuadamente.”]

178. Vedi ad esempio l’elenco delle prove documentali, anche se non tutte concernono i profili economici della vicenda, esibite dalla parte privata nella causa di merito *Baruch Ivcher c. Perù*, riprodotto nelle pagine da 336 a 341 della sentenza 74 del 6 febbraio 2001, e l’analogo elenco di quasi mille documenti citato nella sentenza 95, §§ 40-43.
179. Da condursi necessariamente, per di più, alla stregua del diritto nazionale pertinente. Il problema si è presentato, oltre che nel caso appena citato, anche nel caso *Cesti Hurtado c. Perù*. Quanto al primo, vedi sentenza 74, § 181 e dispositivo 8 [“En lo que se refiere a la violación del artículo 21 de la Convención, la Corte estima que el señor...” abbia diritto di “recuperar el uso y goce de sus derechos como accionista mayoritario de la Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A., como lo era hasta el 1 de agosto de 1997, en los términos de la legislación interna. En cuanto al resarcimiento relativo a los dividendos y las demás percepciones que hubieran correspondido al señor... como accionista mayoritario y funcionario de dicha Compañía, deberá igualmente aplicarse el derecho interno”]. Quanto al secondo caso, vedi identicamente sentenza 78, § 46 [“La Corte toma nota de lo expresado por la víctima y la Comisión en el sentido de que las violaciones ocurridas en el presente caso justifican una reparación en beneficio del señor... por concepto de daño material. Sin embargo, observando las particularidades del caso en estudio y la naturaleza de las reparaciones solicitadas, este Tribunal considera que las mismas deben ser determinadas mediante los mecanismos que establezcan las leyes internas. Los tribunales internos o las instituciones especializadas nacionales poseen conocimientos propios del ramo de actividad al que se dedicaba la víctima. Tomando

en consideración la especificidad de las reparaciones solicitadas así como las características propias del derecho mercantil y de las sociedades y operaciones comerciales involucradas, la Corte estima que dicha determinación corresponde más bien a las mencionadas instituciones nacionales que a un tribunal internacional de derechos humanos”] e sentenza 86, § 32 c) [“Por lo que hace a percepciones económicas de las que se vio privado el señor... como consecuencia de la violación de sus derechos como accionista y funcionario de la empresa Top Security Asesores y Corredores de Seguros, S.A., entre ellas los dividendos correspondientes a la participación accionaria, determina que se recurra a la legislación nacional aplicable a esta materia.”]

180. Cfr. sentenze 74, § 181; 84 del 4 settembre 2001 - *Interpretación de la Sentencia de Fondo*- § 21, e 86, § 32 a) ed e) [“El Estado debe facilitar las condiciones para que el interesado realice las gestiones conducentes a obtener las indemnizaciones en un plazo razonable”; “Las gestiones conducentes a la indemnización por daños materiales a favor del señor..., deberán ser promovidas ante el Estado peruano para que éste facilite de buena fe el acceso de la víctima a los procedimientos pertinentes de derecho interno. En este sentido, el Estado peruano tiene la precisa obligación de recibir, atender y resolver esas reclamaciones como legalmente corresponda y dentro de un plazo razonable”; “Para todo ello, las peticiones respectivas deben someterse a las autoridades nacionales competentes. En efecto, son éstas las que deberán resolver lo que sea pertinente, bajo las normas peruanas correspondientes.”]
181. Vedine un chiaro esempio in sentenza 90, § 41a): “El *onus probandi* no es dejado a la libertad del juez, sino que está precisado por las normas jurídicas en vigor”. In dottrina, vedi da ultimo J. KOKOTT, *The Burden of Proof in Comparative and International Human Rights Law: Civil and Common Law Approaches with Special Reference to the American and German Legal Systems*, Kluwer, 1998, cap.3, nel quale l’A. critica lo *standard* della Corte Europea, per il quale la prova deve essere “*beyond any reasonable doubt*”.
182. Vedi *infra*, nota 191.
183. Cfr. ad esempio sentenza 95, §§ 72-74, ove la Corte, dopo aver constatato che “debido a las particularidades de este caso, entre las que se cuenta el amplio número de víctimas y el lapso transcurrido desde que los hechos sucedieron, es difícil determinar con precisión quiénes fueron o

son los familiares de las víctimas”, osserva che “en este caso se presentan las siguientes circunstancias: a) en los escritos de reparaciones se alude a determinados familiares de las víctimas y se los identifica por sus nombres, sin que la existencia de éstos ni sus vínculos con dichas víctimas encuentren apoyo en ninguna otra prueba aportada al proceso (como las partidas de nacimiento de las víctimas o de esos presuntos familiares, o en las declaraciones ante notario público); b) en algunas de las declaraciones ante notario se menciona la existencia de determinados familiares de las víctimas, a los que se identifica por sus nombres, sin que las correspondientes aseveraciones tengan apoyo en ninguna otra evidencia (ni tan siquiera en las afirmaciones de los escritos de reparaciones); c) en las declaraciones ante notario, se hace a veces referencia a que la víctima de que se trata tenía determinados parientes, como hermanos e hijos, sin que el declarante los identifique debidamente por sus nombres y otras circunstancias pertinentes” e conclude che “para alcanzar valor probatorio, las afirmaciones no controvertidas de parte y las declaraciones a las que se refieren los literales anteriores, deben contar con respaldo en otras evidencias”. Sul temperamento equitativo poi tuttavìa adottato, vedi *supra*, nota 172.

184. Si noti che “el acervo probatorio de un caso, como todo único, se integra con la prueba presentada durante todas las etapas del proceso; de esta manera, la prueba aportada por las partes en la fase de fondo también forma parte del material probatorio que será considerado durante la etapa de reparaciones”: così ad esempio sentenze 90, § 22; 91, § 22, e 95, §§ 62 e 63. In sentenza 91, § 23, inoltre, “dentro del contexto del presente caso, esta Corte incorpora, de acuerdo con las facultades dadas al Tribunal por el artículo 44 del Reglamento, las tablas de expectativa de vida presentadas en los casos *Paniagua Morales y otros* y *Villagrán Morales y otros*, ambos contra Guatemala, para realizar los cálculos correspondientes, así como los criterios referidos en dichos casos con relación al tema de la expectativa de vida.” Analogamente, si ricordi che, nonostante le obiezioni dello Stato, la Corte si era già avvalsa nel caso *Cantoral Benavides* di parte del coacervo probatorio raccolto nel caso *Loayza Tamayo*, in quanto e per la parte relativa agli stessi fatti.
185. Cfr. ad esempio sentenza 91, §§ 15-16. “Estos principios”, aggiunge la Corte, “rigen para el fondo del asunto e igualmente para la etapa de reparaciones”. Mentre il primo profilo appartiene

alla giurisprudenza costante della Corte, quanto al secondo, essa cita a proprio conforto il precedente costituito dalla sentenza 27 giugno 1986 della CIG nel caso *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Stati Uniti)*, § 60.

186. Cfr. ad esempio sentenze 91, § 12; 92, § 34, e 74, § 71 [“El artículo 43 del Reglamento de la Corte establece que las pruebas promovidas por las partes sólo serán admitidas si son señaladas en la demanda y en su contestación. Excepcionalmente la Corte podrá admitir una prueba si alguna de las partes alegare fuerza mayor, un impedimento grave o hechos supervinientes en momento distinto a los antes señalados”; “Los documentos suministrados por la Comisión durante la audiencia pública fueron exhibidos extemporáneamente. La Corte ha sostenido que la excepción establecida en el artículo 43 del Reglamento será aplicable únicamente en el caso de que la parte proponente alegue fuerza mayor, impedimento grave o hechos supervinientes. Sin embargo, y a pesar de que la Comisión no acreditó dichas circunstancias en este caso, la Corte los admite por considerarlos útiles para la evaluación de los hechos, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 44.1 del Reglamento.”]
187. Cfr. sentenze 88, § 2; 91, § 14, e 95, § 37: [“Además, el ejercicio de las potestades discrecionales de la Corte, contempladas en el artículo 44 de su Reglamento, le permite a ésta solicitar a las partes elementos probatorios adicionales, en carácter de prueba para mejor resolver, sin que esta posibilidad otorgue a aquéllas una nueva oportunidad para ampliar o complementar sus alegatos u ofrecer nueva prueba sobre reparaciones, salvo que la Corte así lo permitiera”] e sentenza 95, §§ 24-28 e 33-35.
188. Quasi sempre a causa della difficoltà di provare congruamente stipendi e/o guadagni comunque percepiti e/o spese mediche: cfr. sentenza 95, § 29: “La Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, solicitó a los representantes de las víctimas y de los familiares, a la Comisión Interamericana y al Estado, la remisión de una serie de documentos e informaciones (se trataba, básicamente, de constancias laborales, constancias médicas, reportes sobre el monto del salario mínimo legal vigente y el tipo de cambio entre el bolívar y el dólar de los Estados Unidos de América vigente en Venezuela, la expectativa de vida en dicho país), como prueba para mejor resolver”. Sulla nozione di pruebas para mejor resolver, vedi *infra*, nota 198.
189. Cfr. ad esempio sentenze 74, §§ 67; 88, §§ 22 e 38; 91, §§ 12 e 15 e 95, § 38 [“Con respecto a las

formalidades correspondientes al ofrecimiento de prueba, la Corte ha expresado que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia y ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades. Dentro de ciertos límites de temporalidad y razonabilidad, ciertas omisiones o retrasos en la observancia de los procedimientos, pueden ser dispensados, si se conserva un adecuado equilibrio entre la justicia y la seguridad jurídica [y] siempre que se garantice a la parte contraria el derecho de defensa”]. In dottrina vedi al riguardo V. GÓMEZ, *Seguridad jurídica e igualdad procesal ante los Órganos, El futuro del Sistema Interamericano...*, cit., pp. 213-239, especialmente pp. 233-235.

190. Sentenza 88, § 23, poiché “los escritos en que se formulan las pretensiones sobre reparaciones de los representantes de las víctimas o, en su caso, de sus familiares y de la Comisión Interamericana y el escrito de respuesta del Estado son los principales documentos y revisten, en términos generales, las mismas formalidades que la demanda respecto al ofrecimiento de prueba.”
191. *Ibidem*, §§ 31 e 45: “El 15 de mayo de 2001 el Estado presentó su escrito, el cual había sido requerido el 20 de febrero de 2001 por la Secretaría. El plazo para la presentación de dicho escrito venció el 26 de abril de 2001, de manera que éste fue recibido 19 días después de vencido el término. Al respecto, la Corte considera que el tiempo transcurrido no puede considerarse razonable. En las circunstancias del presente caso el retardo no se debió a un simple error de cómputo del plazo. Además, los imperativos de seguridad jurídica y equidad procesal exigen que los plazos sean observados, salvo cuando lo impidan circunstancias excepcionales, lo cual no ocurrió en el presente caso. En consecuencia, la Corte rechaza, por haber sido presentado extemporáneamente, el escrito del Estado y se abstiene de pronunciarse sobre lo señalado en éste. En razón de lo anterior, la prueba presentada por el Estado junto con el escrito de observaciones sobre reparaciones, también se tiene como presentada extemporáneamente.”
- Valore paritario viene invece attribuito ai documenti presentati dalla Commissione e dallo Stato all’udienza: cfr. sentenze 74, § 73, e 95, § 50, quando essi non vengano “controvertidos ni objetados, ni se puso en duda su autenticidad”.
192. Cfr. sentenza 95, §§ 51 e 53: “Mediante su escrito del 18 de septiembre de 2000, el Estado formuló observaciones a los escritos de reparaciones de los representantes de las víctimas y los familiares,

y de la Comisión. Sin embargo, mediante su escrito del 15 de noviembre de 2001, Venezuela solicitó “dejar sin efecto” el memorial de observaciones a las reparaciones del 18 de septiembre del año inmediatamente anterior. Como consecuencia de ello, las afirmaciones contenidas en los escritos de reparaciones de los representantes de las víctimas y de los familiares y de la Comisión, en materias tales como la integración de las familias de dichas víctimas y los ingresos de éstas y sus aportes a la satisfacción de las necesidades del núcleo familiar, dejaron de ser controvertidos por el Estrado. Aunque éste intentó variar esa posición mediante sus memoriales del 18 de junio y del 22 de julio de 2002, en los cuales formuló argumentos en contra de los planteamientos de sus contrapartes en materia de reparaciones, la Corte debe darle plenos alcances al escrito del 15 de noviembre de 2001, en virtud del principio de *estoppel*”; “En el presente caso se produjo por parte del Estado una aceptación de los hechos planteados en la demanda -es decir, de los hechos relacionados con el fondo de la causa- y un reconocimiento de responsabilidad en relación con ellos. Mediante escritos de fechas 18 de septiembre de 2000 y 18 de junio y 22 de julio de 2002, el Estado se desdijo de [esas] manifestaciones, volviendo a plantear cuestiones relativas a los hechos de fondo del caso. Sin embargo, la Corte estima que, en virtud del principio de *estoppel*, debe darse plenos alcances a la aceptación de los hechos de la demanda y al reconocimiento de responsabilidad en relación con éstos, efectuados por el Estado en este caso.”

193. *Ibidem*, § 54, “profundizando los precedentes de su jurisprudencia sobre el particular”.
194. Sentenza 95, §§ 9 e 11-12: “La Corte resolvió requerir al Estado la remisión de toda la información de que dispusiera respecto de los familiares de las siguientes víctimas del presente caso... Además, dispuso que el Estado pusiera en conocimiento de los familiares, mediante varias publicaciones difundidas a través de los medios de comunicación masiva (prensa, radio y televisión), que había sido dictada la sentencia de fondo en el caso y que era necesario que se comunicaran con la Corte para los efectos de la etapa de reparaciones”; “El Estado remitió copia de los avisos que publicó en la prensa escrita venezolana, y manifestó que entendía que de acuerdo con lo ordenado en dicha Resolución, la publicación de la convocatoria se podía hacer en cualquier medio de comunicación, por lo que la ordenó a través de la prensa escrita. La Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, comunicó al Estado que debía divulgar el anuncio a través de otros medios de comunicación (radio y televisión)

y hacer llegar a la Corte las copias del casete de grabación magnetofónica que contuviera la cuña transmitida por radio y la videocinta que contuviera el aviso difundido en la televisión. La Secretaría reiteró al Estado el requerimiento de presentar el casete y la videocinta aludidos, los cuales, a la fecha de la presente Sentencia, no han sido aportados.”

195. *Ibidem*, § 29 *in fine*: “La Secretaría, siguiendo instrucciones del Presidente, solicitó a los representantes de las víctimas y de los familiares, a la Comisión Interamericana y al Estado, la remisión de una serie de documentos e informaciones (se trataba de constancias sobre el estado de los procedimientos administrativos o judiciales internos, incluyendo los procedimientos de exhumación e identificación de los cadáveres enterrados en las fosas comunes y un detalle sobre las modificaciones de la legislación penal –militar y ordinaria– venezolana) como prueba para mejor resolver.”
196. La pratica di ritenere rilevanti le deposizioni effettuate dalle vittime sopravvissute e dai familiari delle stesse è costante, ma esse, altrettanto costantemente, “no pueden ser valoradas aisladamente sino dentro del conjunto de las pruebas del proceso”. In particolare, “en materia de reparaciones, los testimonios de los familiares son útiles en la medida en que pueden proporcionar mayor información sobre las consecuencias de las violaciones que fueron perpetradas”. Così ancora, da ultimo, sentenza 91, § 27, e sentenza 95, § 59: “Observa el Tribunal que, en general, las manifestaciones de los familiares de las víctimas son especialmente útiles en materia de reparaciones, en la medida que pueden proporcionar información muy pertinente sobre las consecuencias dañinas de las violaciones que fueron perpetradas. Con todo, por tener los familiares un interés directo en el presente caso, sus declaraciones no pueden ser apreciadas aisladamente, sino dentro del conjunto de las pruebas allegadas al proceso.”
197. Cfr. §§ 16-17, “debido al gran número de testigos” e alla difficoltà di “solventar los gastos para su traslado a la sede de la Corte”. La Commissione, *ibidem*, § 18, non si era opposta “a que los interrogatorios respectivos se realizaran en Venezuela, siempre y cuando un juez de la Corte representara al Tribunal para asegurar la inmediatez de la prueba y la independencia e imparcialidad del interrogatorio.”
198. Va evidenziato infatti che, mentre “los documentos presentados por las partes, ya sea con el escrito de reparaciones (en el caso de los representantes

- de las víctimas y de los familiares), o con el escrito de observaciones a las reparaciones (en el caso del Estado), por corresponder a las materias propias de esta fase del procedimiento y por haber sido aportados en la oportunidad procesal adecuada, serán valorados como pruebas por la Corte, en los términos que corresponde”, “en cuanto a los documentos aportados como prueba para mejor resolver por los representantes de las víctimas y de los familiares y por el Estado, la Corte los considera útiles dentro del contexto del acervo probatorio y los valorará en los términos pertinentes”: *ibidem*, § 61.
199. Si noti infatti, *ibidem*, § 60, che la Corte, dopo aver constatato che “las declaraciones de las víctimas y de otros familiares de las víctimas, así como los informes de los expertos, fueron aportadas al proceso a través del escrito que los recogía [y] que su contenido y la firma de quién suscribía cada declaración o informe fueron reconocidos ante notario público, [lo que] contribuye, de suyo, a proporcionarles credibilidad”, ha nondimeno correttamente affermato che “no obstante, no le dará a las respectivas piezas procesales carácter de plena prueba, sino que apreciará su contenido dentro del contexto del acervo probatorio y aplicando las reglas de la sana crítica”. Sul punto, con riferimento al caso *Loayza Tamayo - Reparaciones*, vedi S. GARCÍA RAMÍREZ, *op. loc. cit.*, pp. 129 -131. Analogamente la Corte ha proceduto anche con riguardo a “las condiciones económicas generales de las víctimas y sus familiares, las características de sus actividades económicas y su nivel de ingresos.”
200. Vedine un esempio al § 65, dove la Corte, dopo aver sottolineato che “pese a haberlo requerido en varias oportunidades al Estado, el Tribunal no ha recibido el casete con la grabación magnetofónica del mensaje que debió transmitirse por radio ni la videocinta con el mensaje que debió difundirse por la televisión, según lo ordenado en la Resolución de la propia Corte del 21 de noviembre de 2000”, non deduce *eo ipso* “de la falta de remisión de esos elementos al Tribunal que el Estado omitió realizar la difusión por radio y televisión de los correspondientes mensajes”, ma si limita a rilevare che “se ha configurado una conducta incompatible con el deber de cooperación procesal asumido por los Estados al ratificar la Convención y al aceptar la competencia contenciosa de este Tribunal, que este último no puede pasar por alto”.
201. Analogamente al deciso della sentenza 95, vedi sentenza 77, § 79: “En cuanto a la pérdida de ingresos, los representantes de los familiares de las víctimas y la Comisión coincidieron en que el Tribunal debía tomar en cuenta para su cálculo el salario mínimo para actividades no agrícolas vigente en Guatemala. El Estado, por su parte, se opuso a la utilización de dicha base alegando que las víctimas no tenían una relación laboral permanente y continua. Esta Corte considera que, a falta de información precisa sobre los ingresos reales de las víctimas, tal como lo ha hecho en otras oportunidades, debe tomar como base el salario mínimo para actividades no agrícolas en Guatemala.”
202. M. SCALABRINO, *Vittime e risarcimento...*, cit., p. 52.
203. Incontestabile epifania ne sono le nuove ratifiche della Convenzione e le nuove accettazioni della giurisdizione della Corte.
204. Le relative dichiarazioni, ancorché sofferte, o proprio perché tali, sono, a mio parere, da interpretarsi come segno di una significativa e nuova coscienza del valore del sistema non tanto da parte degli Stati per se stessi o nel concerto delle relazioni con l’OSA, quanto piuttosto *vis-à-vis* delle proprie comunità.
205. Vedi per tutti quello annesso alla sentenza 77, §§ 17-18.
206. Sul l’accesso diretto del ricorrente individuale alla Corte e, quindi, sulla trasformazione dell’attuale *locus standi in iudicio* dello stesso in vero e proprio *jus standi in iudicio*, cfr. A.A. CANÇADO TRINDE, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo...*, cit., loc. cit., capp. (V), VI, VII, e IX e cap. X, punto 4, §§ 157-158. In merito alle altre modificazioni di struttura auspiccate, rimando a quanto già segnalato *supra*, note 29 e 56.
207. Così Oscar Wilde, *The Soul of Man under Socialism*, 1891, citato senza indicazione d’opera da C. DOUZINAS, *Human Rights and Postmodern Utopia, Law and Critique*, 2000, 11, pp. 219-240, e segnatamente p. 219. La frase di Wilde prosegue così: “*And when Humanity lands there, it looks out, and, seeing a better country, sets sails. Progress is the realisation of Utopias.*”
208. C. DOUZINAS, *op. loc. cit.*, p. 226, citando e commentando E. BLOCH, *Natural Law and Human Dignity*, Dennis Schmidt trans., Massachusetts Institute of Technology Press, Cambridge Ma, 1988, p. 174.

Reunião de Representantes Governamentais e de especialistas de 10 países latino-americanos que se reuniram em Cartagena das Índias, Colômbia, para considerar a situação dos refugiados e das refugiadas da América Central.⁶

Em dezembro de 1998, dentro de um contexto de diminuição de recursos e permeado por uma significativa crise financeira, conseqüência das limitações orçamentárias observadas na instituição em escala mundial, o ACNUR toma a difícil decisão de fechar sua representação local no país⁷, pois considera que o Brasil já iniciava e assumia por seus próprios meios o exame criterioso e profissional do tema, em busca de soluções duradouras para os refugiados e refugiadas em seu território. Por conseguinte, os poucos recursos disponíveis deveriam ser direcionados para as regiões e situações de emergência nos distintos continentes. O Brasil seria, então, coberto pelo Escritório Regional de Buenos Aires.

O ACNUR, no entanto, não estava muito preocupado com o Brasil, pois esse país aprovara uma das leis mais modernas sobre refugiados e refugiadas e possuía uma estrutura tripartite em um processo ascendente e exitoso de consolidação, conformando um país chave na região. A Lei Nº 9.474, de 22 de julho de 1997, define os mecanismos para a implementação da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 no Brasil, e determina outras providências como a criação do Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE – atuando como marco para o tratamento das solicitações do Estatuto de Refugiado e a busca de soluções duradouras para os refugiados e refugiadas que procuram a proteção internacional em seu território. Ademais, o ACNUR buscava intensificar sua presença na temática de refugiados no país, além da supervisão internacional desde o Escritório Regional da Argentina, através de associações com distintas organizações (Cáritas, OAB, IBRI e CPIDH) que, de diversas formas, podem contribuir e somar seus esforços de trabalho em prol dos refugiados e refugiadas no Brasil.

Tamanho é o esforço dedicado ao trabalho no campo do Direito dos Refugiados, quer pela sociedade civil brasileira quer pelo governo brasileiro, que o ACNUR reabre, em março de 2004, seu Escritório no Brasil. Seu objetivo é o de apoiar, no máximo de suas possibilidades, o esforço conjunto da sociedade brasileira para a implementação das normas de proteção internacional dos refugiados no Brasil, sobretudo no desenvolvimento de ações capazes de afirmar sua capacidade de acolher refugiados reassentados, uma vez que estes já não podem mais também contar com a proteção internacional daquele país que primeiro os receberam.

EM BUSCA DE UMA HARMONIZAÇÃO LEGISLATIVA REGIONAL

No árduo caminho que tem sido percorrido desde a criação do ACNUR e a entrada em vigor da Convenção de 1951 e de seu Protocolo de 1967, não se pode perder de vista que as situações que vêm originando os grandes fluxos de refugiados e refugiadas ao longo das décadas têm tido sua origem nas complexas relações internacionais surgidas em conseqüência do final da Segunda Grande Guerra. Os movimentos de libertação nacional, o ressurgimento de certas formas extremas de nacionalismo, o separatismo étnico, o aumento de conflitos armados internos, o desmoronamento de grandes blocos ideológicos e o surgimento de novos grupos econômicos de influência, contribuíram para uma instabilidade na qual situações de violação de direitos humanos encontram campo fértil.

Em um mundo onde as relações entre os Estados estão cada vez mais vinculadas à realização de objetivos supranacionais e onde os efeitos de uma medida política tomada em um país afetam cada vez mais a situação de seu vizinho, o caminho da coordenação de políticas sociais, econômicas e de desenvolvimento como instrumento de progresso regional é inevitável. Os exemplos mais claros dos benefícios e percalços da integração ou harmonização regional estão dados nos anos de esforços necessários à concretização da União Européia e o incipiente desenvolvimento da comunidade do Mercosul.

No campo dos direitos humanos e nele tratando do tema dos refugiados e refugiadas, a identificação das causas dos movimentos irregulares de pessoas que originam os fluxos massivos em busca de proteção internacional é de importância fundamental para a prevenção destas situações. Neste sentido, durante a 2ª Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena, em 1993, em sua intervenção, a então Alta Comissariada das Nações Unidas para os Refugiados, Sra. Sadako Ogata, destacou a prevenção de situações futuras geradoras de refugiados e refugiadas e instou a Conferência a reafirmar o direito dos refugiados e das refugiadas a buscar asilo e a desfrutá-lo, o princípio da não-devolução e o direito de retornar ao lar com segurança e dignidade. Direitos esses que requerem a garantia do respeito aos direitos humanos e um enfoque integral dos mesmos, recuperando assim, certamente, a cidadania dessas pessoas. Os princípios de direitos humanos permanecem sendo de importância vital para o trabalho do ACNUR em favor dos refugiados e das refugiadas como elemento base da admissão e proteção eficaz dessas pessoas no país de asilo. A melhoria na situação de direitos humanos no país de origem é a

melhor maneira de prevenir as condições que, de outro modo, poderiam forçar as pessoas a se tornarem refugiados e refugiadas. Cada um desses aspectos do problema dos refugiados e das refugiadas pode ser visto sob uma perspectiva diferente de direitos humanos; entretanto, encontrar uma resposta que possa resolvê-los satisfatoriamente, devolvendo a essas pessoas uma perspectiva cidadã, somente pode ocorrer através da visão integral e indivisível dos direitos humanos.

No marco destas apreciações gerais dos desafios da temática de refugiados e refugiadas ao nível internacional, encontramos a região do Cone Sul em uma etapa de relativa estabilidade institucional, de fixação dos primeiros fundamentos normativos na matéria e com perspectivas muito estimulantes como região de acolhida de pessoas necessitadas de proteção. Com este primeiro passo dado pelo Brasil com a Lei 9.474 e com a exitosa experiência de parceria tripartite alcançada, traça-se um rumo a seguir, no qual os demais países da região terão a possibilidade de espelhar-se com o intuito de obterem benefícios mútuos.

Todos os países da região do Mercosul são signatários da Convenção de 1951 e de seu Protocolo de 1967, tendo adotado em maior ou menor grau medidas para o efetivo cumprimento de suas disposições. O desafio é agora aproveitar os instrumentos regionais já existentes, para obter esta harmonização legislativa tão sonhada. Os problemas criados pela mobilidade geográfica devem ser enfrentados, de acordo com as realidades dos países que conformam a região, com normas comunitárias e políticas regionais comuns. Harmonização supõe a adoção de diretrizes comuns em determinados aspectos básicos, mas sempre procurando manter as peculiaridades de cada legislação nacional e a análise concreta e individual de cada uma das solicitações de refúgio em estudo.

Assim, com a assinatura do Tratado de Assunção em 1991 e, posteriormente, do Protocolo de Ouro Preto em 1994, os países que integram o Mercosul dão os primeiros passos para atender às novas necessidades geradas no processo de integração em marcha; principalmente com a criação da Comissão Parlamentar Conjunta como órgão cujo objetivo é facilitar o caminho para as metas propostas por meio de sua função consultiva, deliberativa e de formulação de propostas. Esta Comissão, cuja presidência corresponde

semestralmente a cada um dos países fundadores do Mercosul, tem entre suas funções as de realizar os estudos necessários tendentes a harmonizar as legislações dos Estados Parte, propor normas de direito comunitário referidas ao processo de integração e fazer com que as conclusões cheguem aos Parlametos Nacionais.

O Mercosul deve ser, então, a primeira via de contato a explorar este caminho que se iniciou há 50 anos na visão daquelas pessoas que pensavam que a construção de um futuro melhor depende do esforço de todos. Neste sentido, o governo brasileiro incentivou a assinatura da Declaração do Rio de Janeiro sobre o Instituto do Refúgio, assinada em 10.11.2000, pelos Ministros, reunidos por ocasião da “VIII Reunião dos Ministros do Interior do Mercosul”, que estabelece normas gerais objetivando estabelecer procedimentos harmônicos sobre a matéria.

São essas as premissas que norteiam o trabalho do Escritório Regional do ACNUR para o Sul da América Latina em prol da efetivação de uma cidadania digna na região, em primeiro lugar, e depois que esse esforço possa servir como um bom exemplo e influenciar as demais regiões do planeta, colaborando assim com a construção de uma cidadania mundial.

A LEI 9.474/97 E SUAS PECULIARIDADES

A Lei 9.474/97 está dividida em oito títulos, dezessete capítulos, três seções e 49 artigos. O primeiro título trata dos aspectos caracterizadores do refúgio, ou seja, do conceito, da extensão, da exclusão e da condição jurídica do refugiado e da refugiada. O segundo título trata do ingresso no território nacional e do pedido de refúgio. O terceiro título trata do CONARE.

O quarto título trata do processo de refúgio, ou seja, do procedimento; da autorização da residência provisória; da instrução e do relatório; da decisão, da comunicação e do registro; e do recurso. O quinto título abarca os efeitos do estatuto de refugiados sobre a extradição e a expulsão, enquanto que o sétimo título trata da cessação e da perda da condição de refugiado ou de refugiada. O sétimo título trata das soluções duráveis, como é o caso da repatriação, da integração local e do reassentamento. Finalmente, o oitavo título apresenta as disposições finais.

O TEXTO DA LEI 9.474/97

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

FAÇO SABER QUE O CONGRESSO NACIONAL DECRETA E EU SANCIONO A SEGUINTE LEI:

TÍTULO I DOS ASPECTOS CARACTERIZADORES

CAPÍTULO I DO CONCEITO, DA EXTENSÃO E DA EXCLUSÃO

SEÇÃO I DO CONCEITO

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

SEÇÃO II DA EXTENSÃO

Art. 2º Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional.

SEÇÃO III DA EXCLUSÃO

Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:

I - já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR;

II - sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro;

III - tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;

IV - sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

CAPÍTULO II DA CONDIÇÃO JURÍDICA DE REFUGIADO

Art. 4º O reconhecimento da condição de refugiado, nos termos das definições anteriores, sujeitará seu beneficiário ao preceituado nesta Lei, sem prejuízo do disposto em instrumentos internacionais de que o Governo brasileiro seja parte, ratifique ou venha a aderir.

Art. 5º O refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil, ao disposto nesta Lei, na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, cabendo-lhe a obrigação de acatar as leis, regulamentos e providências destinados à manutenção da ordem pública.

Art. 6º O refugiado terá direito, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, a cédula de identidade comprobatória de sua condição jurídica, carteira de trabalho e documento de viagem.

TÍTULO II

Do Ingresso no Território Nacional e do Pedido de Refúgio

Art. 7º O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível.

§ 1º Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade

esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

§ 2º O benefício previsto neste artigo não poderá ser invocado por refugiado considerado perigoso para a segurança do Brasil.

Art. 8º O ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes.

Art. 9º A autoridade a quem for apresentada a solicitação deverá ouvir o interessado e preparar termo de declaração, que deverá conter as circunstâncias relativas à entrada no Brasil e às razões que o fizeram deixar o país de origem.

Art. 10º A solicitação, apresentada nas condições previstas nos artigos anteriores, suspenderá qualquer procedimento administrativo ou criminal pela entrada irregular, instaurado contra o peticionário e pessoas de seu grupo familiar que o acompanhem.

§ 1º Se a condição de refugiado for reconhecida, o procedimento será arquivado, desde que demonstrado que a infração correspondente foi determinada pelos mesmos fatos que justificaram o dito reconhecimento.

§ 2º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, a solicitação de refúgio e a decisão sobre a mesma deverão ser comunicadas à Polícia Federal, que as transmitirá ao órgão onde tramitar o procedimento administrativo ou criminal.

TÍTULO III DO CONARE

Art. 11. Fica criado o Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE, órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça.

CAPÍTULO I DA COMPETÊNCIA

Art. 12. Compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados:

I - analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado;

II - decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado;

III - determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado;

IV - orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;

V - aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei.

Art. 13. O regimento interno do CONARE será aprovado pelo Ministro de Estado da Justiça.

Parágrafo único. O regimento interno determinará a periodicidade das reuniões do CONARE.

CAPÍTULO II DA ESTRUTURA E DO FUNCIONAMENTO

Art. 14. O CONARE será constituído por:

I - um representante do Ministério da Justiça, que o presidirá;

II - um representante do Ministério das Relações Exteriores;

III - um representante do Ministério do Trabalho;

IV - um representante do Ministério da Saúde;

V - um representante do Ministério da Educação e do Desporto;

VI - um representante do Departamento de Polícia Federal;

VII - um representante de organização não-governamental, que se dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no País.

§ 1º O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR será sempre membro convidado para as reuniões do CONARE, com direito a voz, sem voto.

§ 2º Os membros do CONARE serão designados pelo Presidente da República, mediante indicações dos órgãos e da entidade que o compõem.

§ 3º O CONARE terá um Coordenador-Geral, com a atribuição de preparar os processos de requerimento de refúgio e a pauta de reunião.

Art. 15. A participação no CONARE será considerada serviço relevante e não implicará remuneração de qualquer natureza ou espécie.

Art. 16. O CONARE reunir-se-á com *quorum* de quatro membros com direito a voto, deliberando por maioria simples.

Parágrafo único. Em caso de empate, será considerado voto decisivo o do Presidente do CONARE.

TÍTULO IV DO PROCESSO DE REFÚGIO

CAPÍTULO I DO PROCEDIMENTO

Art. 17. O estrangeiro deverá apresentar-se à autoridade competente e externar vontade de solicitar o reconhecimento da condição de refugiado.

Art. 18. A autoridade competente notificará o solicitante para prestar declarações, ato que marcará a data de abertura dos procedimentos.

Parágrafo único. A autoridade competente informará o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR sobre a existência do processo de solicitação de refúgio e facultará a esse organismo a possibilidade de oferecer sugestões que facilitem seu andamento.

Art. 19. Além das declarações, prestadas se necessário com ajuda de intérprete, deverá o estrangeiro preencher a solicitação de reconhecimento como refugiado, a qual deverá conter identificação completa, qualificação profissional, grau de escolaridade do solicitante e membros do seu grupo familiar, bem como relato das circunstâncias e fatos que fundamentem o pedido de refúgio, indicando os elementos de prova pertinentes.

Art. 20. O registro de declaração e a supervisão do preenchimento da solicitação do refúgio devem ser efetuados por funcionários qualificados e em condições que garantam o sigilo das informações.

CAPÍTULO II DA AUTORIZAÇÃO DE RESIDÊNCIA PROVISÓRIA

Art. 21. Recebida a solicitação de refúgio, o Departamento de Polícia Federal emitirá protocolo em favor do solicitante e de seu grupo familiar que se encontre no território nacional, o qual autorizará a estada até a decisão final do processo.

§ 1º O protocolo permitirá ao Ministério do Trabalho expedir carteira de trabalho provisória, para o exercício de atividade remunerada no País.

§ 2º No protocolo do solicitante de refúgio serão mencionados, por averbamento, os menores de quatorze anos.

Art. 22. Enquanto estiver pendente o processo relativo à solicitação de refúgio, ao peticionário será aplicável a legislação sobre estrangeiros, respeitadas as disposições específicas contidas nesta Lei.

CAPÍTULO III DA INSTRUÇÃO E DO RELATÓRIO

Art. 23. A autoridade competente procederá a eventuais diligências requeridas pelo CONARE, devendo averiguar todos os fatos cujo conhecimento seja conveniente para uma justa e rápida decisão, respeitando sempre o princípio da confidencialidade.

Art. 24. Finda a instrução, a autoridade competente elaborará, de imediato, relatório, que será enviado ao Secretário do CONARE, para inclusão na pauta da próxima reunião daquele Colegiado.

Art. 25. Os intervenientes nos processos relativos às solicitações de refúgio deverão guardar segredo profissional quanto às informações a que terão acesso no exercício de suas funções.

CAPÍTULO IV DA DECISÃO, DA COMUNICAÇÃO E DO REGISTRO

Art. 26. A decisão pelo reconhecimento da condição de refugiado será considerada ato declaratório e deverá estar devidamente fundamentada.

Art. 27. Proferida a decisão, o CONARE notificará o solicitante e o Departamento de Polícia Federal, para as medidas administrativas cabíveis.

Art. 28. No caso de decisão positiva, o refugiado será registrado junto ao Departamento de Polícia Federal, devendo assinar termo de responsabilidade e solicitar cédula de identidade pertinente.

CAPÍTULO V DO RECURSO

Art. 29. No caso de decisão negativa, esta deverá ser fundamentada na notificação ao solicitante, cabendo direito de recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de quinze dias, contados do recebimento da notificação.

Art. 30. Durante a avaliação do recurso, será permitido ao solicitante de refúgio e aos seus familiares permanecer no território nacional, sendo observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 21 desta Lei.

Art. 31. A decisão do Ministro de Estado da Justiça não será passível de recurso, devendo ser notificada ao CONARE, para ciência do solicitante, e ao Departamento de Polícia Federal, para as providências devidas.

Art. 32. No caso de recusa definitiva de refúgio, ficará o solicitante sujeito à legislação de estrangeiros, não devendo ocorrer sua transferência para o seu país de nacionalidade ou de residência habitual, enquanto permanecerem as circunstâncias que põem em risco sua vida, integridade física e liberdade, salvo nas situações determinadas nos incisos III e IV do art. 3º desta Lei.

TÍTULO V DOS EFEITOS DO ESTATUTO DE REFUGIADOS SOBRE A EXTRADIÇÃO E A EXPULSÃO

CAPÍTULO I DA EXTRADIÇÃO

Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Art. 34. A solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Art. 35. Para efeito do cumprimento do disposto nos arts. 33 e 34 desta Lei, a solicitação de reconhecimento como refugiado será comunicada ao órgão onde tramitar o processo de extradição.

CAPÍTULO II DA EXPULSÃO

Art. 36. Não será expulso do território nacional o refugiado que esteja regularmente registrado, salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.

Art. 37. A expulsão de refugiado do território nacional não resultará em sua retirada para país onde sua vida, liberdade ou integridade física possam estar em risco, e apenas será efetivada quando da certeza de sua admissão em país onde não haja riscos de perseguição.

TÍTULO VI DA CESSAÇÃO E DA PERDA DA CONDIÇÃO DE REFUGIADO

CAPÍTULO I DA CESSAÇÃO DA CONDIÇÃO DE REFUGIADO

Art. 38. Cessarà a condição de refugiado nas hipóteses em que o estrangeiro:

I - voltar a valer-se da proteção do país de que é nacional;

II - recuperar voluntariamente a nacionalidade outrora perdida;

III - adquirir nova nacionalidade e gozar da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu;

IV - estabelecer-se novamente, de maneira voluntária, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por medo de ser perseguido;

V - não puder mais continuar a recusar a proteção do país de que é nacional por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado;

VI - sendo apátrida, estiver em condições de voltar ao país no qual tinha sua residência habitual, uma vez que tenham deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado.

CAPÍTULO II DA PERDA DA CONDIÇÃO DE REFUGIADO

Art. 39. Implicará perda da condição de refugiado:

I - a renúncia;

II - a prova da falsidade dos fundamentos invocados para o reconhecimento da condição de refugiado ou a existência de fatos que, se fossem conhecidos quando do reconhecimento, teriam ensejado uma decisão negativa;

III - o exercício de atividades contrárias à segurança nacional ou à ordem pública;

IV - a saída do território nacional sem prévia autorização do Governo brasileiro.

Parágrafo único. Os refugiados que perderem essa condição com fundamento nos incisos I e IV deste artigo serão enquadrados no regime geral de permanência de

estrangeiros no território nacional, e os que a perderem com fundamento nos incisos II e III estarão sujeitos às medidas compulsórias previstas na Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.

CAPÍTULO III DA AUTORIDADE COMPETENTE E DO RECURSO

Art. 40. Compete ao CONARE decidir em primeira instância sobre cessação ou perda da condição de refugiado, cabendo, dessa decisão, recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de quinze dias, contados do recebimento da notificação.

§ 1º A notificação conterà breve relato dos fatos e fundamentos que ensejaram a decisão e cientificará o refugiado do prazo para interposição do recurso.

§ 2º Não sendo localizado o estrangeiro para a notificação prevista neste artigo, a decisão será publicada no Diário Oficial da União, para fins de contagem do prazo de interposição de recurso.

Art. 41. A decisão do Ministro de Estado da Justiça é irrecurável e deverá ser notificada ao CONARE, que a informará ao estrangeiro e ao Departamento de Polícia Federal, para as providências cabíveis.

TÍTULO VII DAS SOLUÇÕES DURÁVEIS

CAPÍTULO I DA REPATRIAÇÃO

Art. 42. A repatriação de refugiados aos seus países de origem deve ser caracterizada pelo caráter voluntário do retorno, salvo nos casos em que não possam recusar a proteção do país de que são nacionais, por não mais subsistirem as circunstâncias que determinaram o refúgio.

CAPÍTULO II DA INTEGRAÇÃO LOCAL

Art. 43. No exercício de seus direitos e deveres, a condição atípica dos refugiados deverá ser considerada quando da necessidade da apresentação de documentos emitidos por seus países de origem ou por suas representações diplomáticas e consulares.

Art. 44. O reconhecimento de certificados e diplomas, os requisitos para a obtenção da condição de residente e o ingresso em instituições acadêmicas de todos os

níveis deverão ser facilitados, levando-se em consideração a situação desfavorável vivenciada pelos refugiados.

CAPÍTULO III DO REASSENTAMENTO

Art. 45. O reassentamento de refugiados em outros países deve ser caracterizado, sempre que possível, pelo caráter voluntário.

Art. 46. O reassentamento de refugiados no Brasil se efetuará de forma planejada e com a participação coordenada dos órgãos estatais e, quando possível, de organizações não-governamentais, identificando áreas de cooperação e de determinação de responsabilidades.

TÍTULO VIII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 47. Os processos de reconhecimento da condição de refugiado serão gratuitos e terão caráter urgente.

Art. 48. Os preceitos desta Lei deverão ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com todo dispositivo pertinente de instrumento internacional de proteção de direitos humanos com o qual o Governo brasileiro estiver comprometido.

Art. 49. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Brasília, 22 de julho de 1997; 176º da Independência e 109º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

O DESEMPENHO DO CONARE DESDE O INÍCIO DE SEU FUNCIONAMENTO

O CONARE é um órgão colegiado interministerial, com representantes da sociedade civil e da sociedade internacional, conforme se depreende da leitura do artigo 14 da Lei 9.474/97, e que vem executando um intensivo trabalho em prol dos refugiados. O desenvolvimento de suas atividades poderia ser mais fácil se tivesse uma razoável dotação orçamentária própria. Entretanto, até janeiro de 2004, o CONARE dependia dos recursos destinados à Diretoria de Estrangeiros do Ministério da Justiça, não dispoñdo assim de uma autonomia financeira própria. Somente a partir desta data é que se observa uma pequena linha orçamentária particularizada ao CONARE.

Não obstante, desde a sua criação em 1998 e até finais de 2002, o CONARE realizou 20 reuniões plenárias e 02 reuniões extraordinárias.⁸ Ressalta-se, ademais, que foram realizadas 1764 entrevistas com solicitantes de refúgio e do total de solicitações para o reconhecimento do *status* de refugiado, 879 foram deferidas (pessoas reconhecidas como refugiadas) e 885 foram indeferidas (pessoas não reconhecidas como refugiadas). O número de solicitações deferidas totaliza 699 homens e 180 mulheres reconhecidas como refugiados e refugiadas pelo Governo brasileiro.⁹ Houve 41 casos de perda da condição de refugiado e 52 casos de Reunião Familiar. Foram emitidas 1764 declarações para consecução de protocolo provisório junto à Polícia Federal, visando à obtenção da carteira de trabalho provisória no Ministério do Trabalho e Emprego. Dos solicitantes que tiveram seus pedidos indeferidos pelo CONARE, em 165 processos foram interpostos recursos ao Ministro de Estado da Justiça, de acordo com o estabelecido pelo Art. 29 da lei 9.474/97, sendo que 09 foram providos e 156 não foram providos.

O CONARE também patrocinou a publicação das Resoluções Normativas:

1. nº 1, que estabeleceu o modelo para o Termo da Declaração a ser preenchido pelo Departamento da Polícia Federal, por ocasião da solicitação inicial de refúgio (D.O. de 27.10.98);
2. nº 2, que adotou o modelo de questionário para a solicitação de refúgio (27.10.98);
3. nº 3, que estabeleceu o modelo de Termo de Responsabilidade que deveria proceder o registro, na condição de refugiado, no Departamento de Polícia Federal (01.12.98);
4. nº 4, que estendeu a condição de refugiado a título de reunião familiar (01.12.98);
5. nº 5, que estabeleceu as condições de autorização de viagem de refugiados ao exterior (11.03.99);
6. nº 6, que dispôs sobre a concessão de protocolo ao solicitante de refúgio (26.05.99);
7. nº 7, que estabelece prazo para adoção de procedimentos e atendimento a convocações, durante as etapas de acompanhamento do processo de solicitação de refúgio (16.09.2002). Com base nesta Resolução, o CONARE indeferiu 413 processos de solicitações de refúgio sem análise prévia de mérito;
8. nº 8, que dispõe sobre a notificação de indeferimento do pedido de reconhecimento da condição de refugiado (16.09.2002); e,
9. nº 9, que estabelece o local para o preenchimento do questionário de solicitação de reconhecimento da condição de refugiado nas circunscrições onde não houver sede das Cáritas arquidiocesanas (16.09.2002).

Vê-se, portanto, que o CONARE é uma instância da sociedade brasileira que vem se esforçando para cumprir com o papel estabelecido pela Lei 9.474/97, a saber: oferecer proteção àquelas pessoas estrangeiras perseguidas pelos seus países de origem, de acordo com os propósitos da Convenção de 1951 das Nações Unidas sobre refugiados e de seu Protocolo de 1967, acrescido das conquistas mais modernas do campo do direito internacional dos refugiados. Diga-se de passagem: um belo trabalho que só engrandece o Brasil e seus cidadãos e suas cidadãs, contribuindo para a construção de uma cidadania mundial e de um mundo mais civilizado.

BIBLIOGRAFIA

- CONARE. *Relatório – outubro de 1998 a novembro de 2002*.
- MILESI, Rosita. *Refugiados: realidade e perspectivas*. Brasília: CSEM/IMDH; Edições Loyola, 2003.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, CONARE. *Lei Nº9.474, de 22 de julho de 1997 e Resoluções do CONARE*. Brasília, MJ, 2000.
- PEYTRIGNET, Gérard, SANTIAGO, Jaime Ruiz e TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana: Direitos Humanos, Direito Humanitário e Direito dos Refugiados*. San José/ Brasília: CICV, IIDH e ACNUR, 1996.
- SANTIAGO, Jaime Ruiz e TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*. Costa Rica: ACNUR, 2001.

NOTAS

- * As opiniões e as conclusões expressas neste trabalho são exclusivamente da responsabilidade do autor e não necessariamente representam aquelas do ACNUR.
1. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, cujo Estatuto foi constituído pela Resolução 428 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950.
 2. A Lei 9.474 define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências.
 3. Adotada por uma Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários, em 28 de julho de 1951, entrou em vigor em 21 de abril de 1954.
 4. Aberto para adesão em 31 de janeiro de 1967, entrou em vigor em 4 de outubro de 1967.
 5. Lei 9.474, Artigo 1º, Inciso III.
 6. Sobre o tema ler a memória do Colóquio Internacional *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Declaración de San José, 1994*. IIDH-ACNUR, 1995.
 7. O fechamento do Escritório no Brasil não significa a saída definitiva do ACNUR do país, pois foram mantidos acordos e convênios com instituições locais para recepção, acolhida, integração local, suporte legal e apoio técnico ao governo, que foram esclarecidos ao longo do artigo. Ademais, a supervisão internacional do tema no Brasil se dá através do Escritório Regional da Argentina.
 8. Dados relativos ao período compreendido entre 1998 e 2002.
 9. Dados disponíveis no *Relatório de Atividades do CONARE*, período: 1998-2002.

Illusion“ zehrend bezeichnet, womit er auf den moralischen Kern der modernen Form des Rechts verweist, der als eine „sanft zivilisierende Gewalt“ im Rechtsmedium zur Wirkung komme.⁴ Indem Habermas die Qualität der „soft power“ für den Kantischen Ansatz geltend macht, übernimmt er die Aufgabe, diesen gegen die Verächtlichmacher des Rechts in Schutz zu nehmen. Diese Delegitimierung hat jedoch Tradition.

SAINT-PIERRES IDEALISTISCHER FRIEDENSENTWURF

Wenn auch unvoreingenommene Darstellungen Kant heute als „Stammvater des idealistischen Denkens“⁵ charakterisieren, wird damit die in machtpolitischer Absicht getroffene Stigmatisierung Kants übernommen. In dieser Deutung wird Kant zu einem „Phantasten der Vernunft“ (Kant), der allein auf die Einsicht in die Richtigkeit seiner Ideen baut. In ideengeschichtlicher Perspektive wird Kant damit auf den ehrwürdigen Abbé de Saint-Pierre zurückprojiziert, den er doch gerade konzeptionell überwindet.

Das „Projekt zu einem ewigen Frieden“ des Abbé de Saint-Pierre, ab 1713 zunächst in drei, schließlich in insgesamt 23 Bänden ausgearbeitet, war der Versuch einer ungeheuer akribischen Schilderung sämtlicher durch den Frieden zu erwartenden Vorteile. Damit wollte er die Fürsten Europas von seinem Friedensplan überzeugen.⁶ Diese Art Friedensentwurf steht für einen appellativen Idealismus, nach dem bereits die richtige Einsicht zureichen soll, um einen guten Plan zu verwirklichen. Saint-Pierre war, wie sein späterer Bearbeiter und Kritiker Rousseau urteilte, „guten Glaubens, man brauche nur einen Kongreß zu versammeln, dort seine Artikel vorzuschlagen, sie dann zu unterschreiben, und alles sei getan“⁷. Sein Plan sah die Bildung eines ewigen Friedensbundes der 24 christlichen Staaten Europas mit einem ständigen Senat vor, außerdem die Abrüstung der stehenden Heere auf 6000 Mann, das Verbot von Gebietsweiterungen, Streitschlichtung durch ein Schiedsgericht und schließlich das Verbot der Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines Staates.

Rousseau warnte vor den Konsequenzen eines unbedingten Festhaltens an diesem Plan und einer „Ewigkeitsgarantie“ des Bundes: „(W)enn es indessen nicht zu einer Übereinstimmung kommt, kann nur die Gewalt sie ersetzen, und dann geht es nicht mehr darum, die Menschen zu überzeugen, sondern darum, ihnen Gewalt anzutun, dann muss man keine Bücher schreiben, sondern Truppen ausheben.“⁸ Daher kommentiert Rousseau Saint-Pierres Referenz, den Plan Heinrich des

Vierten zur Schaffung der Christlichen Republik Europa, bissig: „Ein Krieg, welcher der letzte sein sollte, bereite einen ewigen Frieden vor.“⁹ Dennoch hält Rousseau das Ziel des ewigen Friedens für bewundernswert – wenn auch unter den gegebenen Umständen für unausführbar. Deshalb schlägt er einen sehr viel „realistischeren“ Umgang mit diesem Umstand vor: „(T)rösten wir uns, dass wir seine Ausführung nicht erleben; denn diese kann nur durch gewaltsame und für die Menschheit schreckliche Mittel geschehen.“¹⁰ Auch Leibniz äußert sich in einem Brief an den Abbé ähnlich lakonisch: „Nur ein Minister, der im Sterben liegt, kann das wagen, und auch dieser nur, wenn er keine Familie hinterlässt.“¹¹

Kant, als er 1795 einen neuen philosophischen Entwurf zum ewigen Frieden vorlegte, kannte diese Debatte genau. Das belegt schon die Übernahme des Titels „Zum ewigen Frieden“. Kant wusste natürlich, dass er sich der Lächerlichkeit preisgeben würde, wenn er einen ähnlich argumentierenden und weitschweifigen Plan wie der Abbé vorlegen würde. Wenn Kant sich an einer Reformulierung des „ewigen Friedens“ versuchte, dann nur, weil er sich der Unzulänglichkeiten von Saint-Pierres Friedensplan bewusst und – nicht zuletzt durch die Kritik Rousseaus – in seinem Problembewusstsein geschärft war.¹²

KANTS REALISMUS DES RECHTS

Diese distanziert-abgeklärte Position wird schon am doppeldeutigen Gebrauch des Titels „Zum ewigen Frieden“ deutlich: Kant hat Rousseaus Kritik an Saint-Pierre verarbeitet, er reflektiert das mögliche Ende der gewaltsamen „Friedens“herbeiführung, wenn er seine Schrift gerade nicht mit einem Lob des Friedens, sondern mit der Frage beginnt, „ob diese satirische Überschrift auf dem Schilde eines holländischen Gastwirts, worauf ein Kirchhof gemalt war“, für die Menschen überhaupt, die Staatsoberhäupter oder nur für die Philosophen gelte.¹³

Kant hatte sich also bereits weit von einem naiven Idealismus entfernt. Seine Einsicht, nach der „allein der kritische Weg noch offen“ sei, was ihn zur „kopernikanischen Wende“ der Philosophie führt, bedeutet das Umstellen von der Frage nach substantieller Wahrheit auf die Frage nach den Bedingungen der Möglichkeit von Erkenntnis, von Glückseligkeit auf Freiheit, von Gerechtigkeit auf Vermeidung von Unrecht, von Moral auf Recht und ergibt schließlich auch die entscheidende Neuerung in der Friedenskonzeption: nämlich das Umstellen vom Ausmalen eines utopischen Traums eines ewigen Friedens auf die Frage nach den Bedingungen seiner Möglichkeit und vom moralischen Appell auf eine ausführbare Rechtslehre.

Wie weit Kant damit einen höchst realistischen Idealismus verfehlt, lässt sich an zentralen inhaltlichen Merkmalen seiner Friedensschrift zeigen:

1. Die Schrift „Zum ewigen Frieden“ entwirft gerade keine Utopie.
 2. Kants Entwurf ist nicht rein idealistisch-moralisch orientiert, sondern immer zuerst Rechtslehre. Das Recht erlaubt die Vermittlung der politisch-gesellschaftlichen Wirklichkeit mit dem von der Vernunft Geforderten.
 3. Kant zeichnet ein Bild der Menschen, das diesen zwar Vernunftbegabung zuspricht, sie aber keineswegs als moralisch „gut“ bewertet.
 4. Die Friedensschrift zielt nicht nur auf den Frieden, sondern zugleich auf Demokratie und Menschenrechte und bringt diese Elemente in einen Zusammenhang, der nicht beliebig zugunsten des einen oder anderen Elements verändert werden kann, ohne die Verwirklichung aller drei zu gefährden.
1. Der ewige Friede ist für Kant keine Utopie im Sinne eines „goldene(n) Zeitalters“¹⁴. Kant sieht sich zwar den „Phantasten der Vernunft“ Saint-Pierre und Rousseau verbunden; denn sie seien „Schwärmer ,nach an sich wahren Ideen’, Träger eines Enthusiasmus ohne den ,niemals (...) in der Welt etwas Großes ausgerichtet’ wurde“¹⁵. Bereits 1784 verteidigte Kant deshalb ihre Idee eines Völkerbundes – „(s)o schwärmerisch diese Idee auch zu sein scheint, und als eine solche an einem Abbé von St. Pierre oder Rousseau verlacht worden“ ist¹⁶ – und hält mit ihnen am Gesollten, nämlich der Herbeiführung von Frieden und Demokratie, fest. Kant steht also bewusst einer vermeintlichen „Realpolitik“, so sie – auch nur eines – dieser Ziele als „unrealistische“ Ideen aufgeben will, entgegen. Aber, wie oben bereits gezeigt, hat in der distanziert-idealistischen Betrachtung Kants der ewige Friede zwei Bedeutungen: Er ist das angestrebte Ideal, der „süße Traum“, und er ist zugleich sein eigenes Scheitern – als allgemeine Totenruhe auf dem Friedhof. Diese zweite Bedeutung taucht in Kants Traktat mehrfach auf. Frieden in der ersten Bedeutung muss gestiftet werden, er ist Menschenwerk, liegt im Bereich des politisch Machbaren, und Kant stellte sich die Aufgabe, den Weg dorthin zu weisen.
 2. Das Mittel dazu aber ist das Recht, Kants Friedenslehre ist demzufolge vor allem eine Rechtslehre.¹⁷ Kriege bewertet er nicht mehr nach -vordemokratischen - moralischen Kategorien,

sondern nach dem Code legal/illegal. Illegal sind demnach alle Kriege, die weder Verteidigungskriege sind noch vom Friedensbund (der heutigen UNO) genehmigt wurden. Rechtsprinzipien können als Forderungen, die keine konkrete Ordnung, sondern nur die abstrakten Verfahren ihrer Gestaltung festlegen, aufgefasst werden. Kants Verbindung einer Vernunftargumentation mit der „Kunst des Möglichen“ ist das Besondere seiner Friedenskonzeption und der entscheidende Unterschied zu seinen Vorgängern.¹⁸

Als „Lehre von den notwendigen Bedingungen der Möglichkeit, Frieden auf Erden zu stiften“ – so ist ihr bescheinigt worden – „zeichnet sie sich durch einen philosophisch einzigartigen Realismus aus.“¹⁹ Zwar beharrt Kant darauf, dass alle Politik ihr Knie vor dem Recht, das als Rechtslehre Teil der Moral ist, beugen muss²⁰, aber er lässt die kalte Strenge, die man beispielsweise vom absoluten Verbot der Lüge kennt, in der Friedensschrift vermissen. Hier werden gerade nicht konstitutive Moralprinzipien, sondern Grundsätze ihrer mittelbaren Verwirklichung im Medium des Rechts unter den Bedingungen der Wirklichkeit untersucht. Als Vermittlungsformen zwischen reinen Rechtsprinzipien und politisch-gesellschaftlicher Wirklichkeit führt Kant den „Grundsatz der Politik“ und das „Erlaubnisgesetz der Vernunft“ ein, das die Beibehaltung unvollkommener Rechtszustände unter der Kennzeichnung „provisorisch“ erlaubt, bis die Zeiten zur Umsetzung des von der Vernunft Geforderten – etwa der Schaffung einer Demokratie – „zur Reife“ gelangt sind.

3. Das Menschenbild Kants ist mitnichten naiv-optimistisch. Für Kant ist die „Bösartigkeit der menschlichen Natur, die sich im freien Verhältnis der Völker unverhohlen blicken lässt“²¹ offensichtlich. Daher ist er in seiner Friedenstheorie gezwungen, völlig ohne moralische Appelle auszukommen. Wenn er das Treiben der Menschen betrachtet, möchte er lieber die „Augen abwenden“ angesichts all der Verletzungen der „heiligsten Menschenrechte“ und zu den Menschen auf Distanz gehen.²² Kant teilt die Auffassung Rousseaus, nach der die Menschen, wenn sie „Engel“ wären, keine Gesetze bräuchten. Doch selbst für ein „Volk von Teufeln (wenn sie nur Verstand haben)“ ist nach Kant die Errichtung der Republik möglich.²³ Diese benötigt zu ihrer Herstellung nicht moralisch-gute Menschen, sondern „zwingt“ die gleichen Menschen dazu, gute Bürger zu sein (ihre Moral mag sein, welche sie wolle – sie ist damit, wie die Religion, Privatsache geworden). Kant geht demzufolge – entgegen der häufig vertretenen Ansicht – auch nicht davon aus, dass die Moralität für die gute Staatsverfassung

(und den Frieden) sorgen werde, vielmehr sei „umgekehrt, von der letzteren allererst die gute moralische Bildung eines Volks zu erwarten“²⁴. Demzufolge ist nicht die Moralität Bedingung der Friedensherstellung, sondern Frieden und Republik sind Bedingung für die Herstellung von Moralität.

4. Demokratie und Menschenrechte sind damit für die Friedenskonzeption Kants konstitutiv. Die einzige der Freiheitsforderung und -sicherung der Menschen angemessene Staatsverfassung ist, dies betont Kant immer wieder, die Republik. Und Republik bedeutet in ihrer „reinen“ Form radikaldemokratische Volkssouveränität und hierarchische Gewaltenteilung, also Selbstgesetzgebung mit strengster Kontrolle der ausführenden Gewalten.²⁵ Was den Krieg betrifft, bedingt dies die permanent beim Volk liegende Entscheidung darüber, „ob Krieg sein solle oder nicht“²⁶. Nach Kant bedeutet Krieg für die Bürger, „selbst zu fechten“ und die Kosten, Mühen und Gefahren selbst zu tragen. Mit dem Krieg sind folglich so elementare persönliche Rechte berührt, dass die Entscheidung schon gar nicht der Regierung, aber auch nicht einmal parlamentarischen Repräsentanten überlassen werden kann.²⁷ Die direktdemokratische Entscheidung über den Kriegseintritt hat auch den Sinn, die damit verbundene Gefährdung der eigenen Verfassung, die in Kriegszeiten sowohl durch die entfesselte Exekutive als auch durch eine mögliche Niederlage bedroht ist, in die Hände der Bürger zu legen. Mit dieser Entscheidungsregel gewinnt Kant innerhalb seines Republik-Begriffs einen kritischen Bewertungsmaßstab für alle real existierenden Demokratien.

Den Staaten, die sich 2003 gegen die eindeutige Mehrheitsmeinung ihrer Bürger am Angriffskrieg gegen den Irakkrieg beteiligt haben, ermangelt es also – außer an Rechtsbewusstsein – an einem wesentlichen Merkmal von Demokratie. Allerdings kann jenen Staaten, die sich nicht am Krieg beteiligten, aufgrund dieser einen Interessenkollision keineswegs eine strukturelle Überlegenheit bescheinigt werden. Auch für sie trifft die bereits lange vor den Demonstrationen des 15. Februar 2003 in genau dieser Perspektive gefundene Bezeichnung „kollektivierte Monarchien“ zu.²⁸ Die verheerende Tendenz zur Selbstermächtigung der Staatsapparate zeigt sich auch bei den Menschenrechten, die historisch ja zunächst einmal Abwehrrechte gegen den Staat und seine Organe waren. Das heutige Verständnis von Demokratie und Menschenrechten passt jedoch die Lehre schlicht den herrschenden Schwundformen von Demokratie und resubstantialisierten Menschenrechten an.²⁹

DEMOKRATIE UND FRIEDEN IM VÖLKERBUND

Kants Friedenslehre benennt als die elementare Bedingung für einen dauerhaften Frieden die Stiftung von Rechtsverhältnissen auf allen Ebenen, in denen es zu Handlungskonflikten kommen kann: zwischen Individuen, zwischen von Individuen gebildeten Staaten und zwischen Individuen und fremden Staaten. Diese Konfliktebenen sind nach Kants Entwurf durch Staats-, Völker- und Weltbürgerrecht zu befrieden, die ihrerseits in einem systematischen Zusammenhang stehen.

Bevor in den drei Definitivartikeln die Gebote zur Ausgestaltung der Rechtssphären genannt werden, formuliert Kant in sechs Präliminarartikeln die praktischen Verbots-Bedingungen für einen (bloß) vorläufigen Frieden, der die Herstellung des komplexen Rechtsverhältnisses erst ermöglichen soll, das seinerseits Bedingung für einen dauerhaften Frieden ist. Die Verbote der Präliminarartikel betreffen (1) Verträge mit geheimen Vorbehalten; (2) die Behandlung von Staaten als Boden mit einer „anhängenden“ Bevölkerung und nicht als Gesellschaft von Menschen, die sich selbst Gesetze, insbesondere Verfassungsgesetze, gibt; (3) stehende Heere; (4) Schulden zum Zwecke des Krieges; (5) Einmischung „in Verfassung und Regierung eines andern Staates“; (6) den Einsatz von Waffen, die das gegenseitige Vertrauen dauerhaft zerstören.³⁰ Auch diese praktischen Bedingungen zeigen die realistische Weise der Annäherung Kants an den „ewigen Frieden“.

Gleiches gilt für die drei Definitivartikel, die die positiven Bedingungen zu einem dauerhaften Friedenszustand, nämlich den komplementären Prozess der Verrechtlichung der internationalen Beziehungen formulieren. Der erste Definitivartikel fordert, „die bürgerliche Verfassung in jedem Staate soll republikanisch sein“³¹. Die Einführung der Republik stellt Kant allerdings unter den Vorbehalt der Friedens- und Rechtssicherung: Gewaltsame Revolutionen mit der Gefahr des Bürgerkriegs und der Rechtsauflösung sind zu vermeiden, dagegen „allmähliche Reformen“ vorzuziehen. Was Kant oft als Revolutionsverbot ausgelegt wird, hat den präzisen Sinn, einen Ablauf der Demokratisierung zu ermöglichen, der die internationalen Eskalationen der Jahre nach 1789 vermeiden kann. Weder soll es der gegnerischen Koalition erlaubt sein, in Frankreich die Revolution rückgängig zu machen, noch habe das (von Kant gefeierte) revolutionäre Frankreich das Recht, in seinen Nachbarstaaten interventionistisch Demokratisierungen durchzuführen oder auch ihm genehmere Regierungen einzusetzen.³²

Der Friedensvorbehalt erklärt sich auch dadurch, dass unter der Bedingung von Kriegsdrohung es sich

kein Staat „erlauben“ könne, sich zu demokratisieren: „Was aber das äußere Staatenverhältnis betrifft, so kann von einem Staat nicht verlangt werden, dass er seine, obgleich despotische, Verfassung (die aber doch die stärkere in Beziehung auf äußere Feinde ist) ablegen solle, solange er Gefahr läuft, von anderen Staaten sofort verschlungen zu werden; mithin muss bei jenem Vorsatz doch auch die Verzögerung der Ausführung bis zu besseren Zeitgelegenheiten erlaubt sein.“³³ Das bedeutet: Soll Demokratie in einem Land befördert werden, muss sie erstens auch vor und während ihrer Entwicklung als Ausdruck der Selbstgesetzgebung des Volkes verstanden werden. Zweitens kann Demokratisierung nur durch den Abbau von Bedrohung unterstützt, nicht aber durch vor den Grenzen aufgetürmte Waffen erzwungen werden und schon gar nicht gewaltsam eingeführt werden. Nicht zuletzt an diesem Punkt zeigt sich angesichts der gegenwärtigen internationalen Praxis und der dazu geführten Debatten die Aktualität Kants.

Der zweite Definitivartikel bestimmt die zwischenstaatliche Rechtsform als das Völkerrecht im Völkerbund. Am Beispiel von Kants Rechtfertigung des Völkerbundes und seiner Ablehnung des Weltstaats erweist sich erneut sein ausgeprägter Realitätssinn. Obwohl der Weltstaat nach der Vernunft auf den ersten Blick die einzige Lösung sei, aus dem zwischenstaatlichen Bedrohungszustand, den Kant bereits als latenten Kriegszustand begreift, zu gelangen, hat der Völkerbund in Anbetracht aller Gegenargumente tatsächlich auch entscheidende Vernunftgründe auf seiner Seite, denn das „negative Surrogat“ des auf Zwangsgesetzen beruhenden „bürgerlichen Gesellschaftsbundes“ ist der „freie Föderalismus“, „den die Vernunft mit dem Begriffe des Völkerrechts notwendig verbinden muss, wenn überall etwas dabei zu denken übrig bleiben soll“³⁴. Während also der Zwangsstaat mit Anmaßung globaler Gewalt notwendig Widerstand hervorrufen müsse, verspräche allein die freiwillige Assoziation der Staaten die Anerkennung des globalen Rechts – eine Beobachtung, die derzeit nicht nur im Irak zu tätigen ist.

Die Gegnerschaft zum Weltstaat ergibt sich für Kant auch aus kulturellen Gründen: den Unterschieden der Religionen und Sprachen.³⁵ Entscheidend aber ist der unbedingt geltende vernunftrechtliche Freiheitsvorbehalt, der für jeden Staat gilt, weil er nichts anderes ist „als eine Gesellschaft von Menschen, über die niemand anders, als er selbst, zu gebieten und zu disponieren hat“³⁶. Gegen die Forderung nach einem globalen Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungsmonopol spricht die Tatsache, dass die Einzelstaaten bereits – wie unvollkommen auch immer – rechtlich verfasst sind. Denn da nur einmal von jedem Menschen gefordert werden kann, den Naturzustand zu

verlassen und in einen rechtlichen Zustand einzutreten, und dies auch nur unter genau der Bedingung, dass dieser Rechtszustand einer der Selbstgesetzgebung ist, besteht kein weiterer Rechtsgrund zur „Nötigung“ in rechtliche Verhältnisse. Eine Weltexekutive bedeutet zudem mehrfachen Despotismus: Sie tendiert in ihrer Entstehung bereits dazu, „Universalmonarchie“ zu werden,³⁷ sie kann demokratisch nicht kontrolliert werden und neigt aufgrund ihrer ungeheuren Stärke zum Despotismus.³⁸ Gleichzeitig kann sie aber nicht die Freiheitssicherung aller Individuen gleichermaßen garantieren; und wenn sie zerfällt, entsteht ein endloser Naturzustand, der alles Recht vernichtet.³⁹ Für den Völkerbund spricht demgegenüber nach Kant seine Realisierbarkeit, nämlich als Bund „ohne jede Macht“, der allein auf Freiwilligkeit beruht und jederzeit kündbar wäre: „Die Ausführbarkeit (objektive Realität) dieser Idee der Föderalität, die sich allmählich über alle Staaten erstrecken soll, und so zum ewigen Frieden hinführt, lässt sich darstellen.“⁴⁰

Heute, nach fünfzig Jahren Existenz der UNO, zeigt sich, dass Kant im Recht war, was die Ausführbarkeit der Idee eines Völkerbunds betrifft. Es steht allerdings zu befürchten, dass er auch Recht behalten wird, was das Zustandekommen von über einen Völkerbund hinausgehenden Weltordnungskonzeptionen samt ihrer absehbaren Deformationen angeht.

SCHUTZ FÜR ALLE MENSCHEN: DAS WELTBÜRGERRECHT

Das Weltbürgerrecht vervollständigt die Verrechtlichung. Der dritte Definitivartikel legt fest: „Das Weltbürgerrecht soll auf Bedingungen der allgemeinen Hospitalität eingeschränkt sein“; das meint „das Recht eines Fremdlings, seiner Ankunft auf dem Boden eines andern wegen von diesem nicht feindselig behandelt zu werden“⁴¹. Ausdrücklich schränkt Kant das Weltbürgerrecht auf ein „Gastrecht“ ein und will es nicht als „Besuchsrecht“ verstanden wissen, weil die europäischen Kolonialherren und Händler „Unrecht wie Wasser trinken“ und „besuchen“ und „erobern“ stets als das Gleiche verstanden hätten und die entdeckten Länder als solche betrachteten, „die keinem angehörten, denn die Einwohner rechneten sie für nichts“⁴². Die Ebene des Weltbürgerrechts betrifft folglich jene Konflikte, die zwischen Individuen und Staaten entstehen. Wenn hier aber von Kant als Individuen die nicht-staatlich (beispielsweise „nomadisch“) lebenden „Völkerschaften“⁴³ (Amerikas) genannt werden und auf der anderen Seite die „handeltreibenden Staaten unseres Weltteils“⁴⁴ (Europas), so wird deutlich, dass Kant hier ein Schutz-Recht für jene Erdenbewohner entwirft, die im Konflikt gegen einen anderen Staat keine Zuflucht

zu einem eigenen Staat nehmen können und also selbst noch nicht in einem der bürgerlichen Verfassung ähnlichen Rechtsverhältnis stehen, aber mit allen Menschen „das Recht des gemeinschaftlichen Besitzes der Erdoberfläche teilen“ und auch als Staatenlose das Recht eines Weltbürgers besitzen, da, wo sie der Zufall hinverschlagen hat, nicht rechtlos behandelt zu werden. Folglich handelt es sich bei dem Weltbürgerrecht um eine Einschränkung des Gastrechts auf ein Besuchsrecht, das sich ausdrücklich gegen das „inhospitale Betragen“ der Europäer richtet. So wird deutlich, was Kant meint, wenn er die Reichweite des „Hospitalitätsrechts“ „auf die Bedingung der Möglichkeit, einen Verkehr mit den alten Einwohnern zu versuchen“ einschränkt.⁴⁵

Kant hat damit einen ganz klaren Maßstab für jenen weltbürgerlichen Zustand in einer sich bereits damals globalisierenden Ordnung entworfen, der nicht „Bürgern auch gegen die eigene kriminelle Regierung Rechtsschutz gewährt“⁴⁶, sondern gerade Staatenlose und Nicht-Bürger gegenüber kriminellen Bürgern und Organen fremder Staaten an jedem Ort der Erde schützen soll. Kant denkt dabei beispielsweise an Sklaverei, die als Rechtsverletzung an allen Plätzen der Erde wahrgenommen werde. Für diese staatenlosen Opfer der Europäer soll das Weltbürgerrecht ein „öffentliches Menschenrecht“ werden. Heute bedeutet dies Ausweitung des weltweiten Asylrechts und die Gewährleistung rechtlicher Standards in den entrechtlichten Produktionszonen der Peripherie.

Der Schluss des Artikels betont noch einmal diesen Zusammenhang: „Da es nun mit der unter den Völkern der Erde einmal durchgängig überhand genommenen (engeren oder weiteren) Gemeinschaft so weit gekommen ist, dass die Rechtsverletzung an einem Platz der Erde an allen gefühlt wird: So ist die Idee eines Weltbürgerrechts keine phantastische und überspannte Vorstellungsart des Rechts, sondern eine notwendige Ergänzung des ungeschriebenen Kodex, sowohl des Staats- als Völkerrechts zum öffentlichen Menschenrechte überhaupt, und so zum ewigen Frieden, zu dem man sich in der kontinuierlichen Annäherung zu befinden nur unter diesen Bedingungen schmeicheln darf.“⁴⁷

Kant verbindet Frieden und Demokratie auf einzigartige - nämlich friedenserhaltende - Weise und vergisst dabei auch nicht die rechtlich Unterprivilegierten der Welt. Die Heterogenität der sozialen und rechtlichen Verhältnisse weltweit und die Ungleichzeitigkeit ihrer Entwicklung macht Kant dabei zum Ausgangspunkt seines Friedensentwurfs. Dass er hiermit neuralgische Punkte berührt, belegen paradoxerweise gerade Spott und Häme der „Realisten“, die in ihm zu Recht eine ernsthafte Alternative zu ihren

Konzepten sehen und ihn daher als realitätsfernen „Idealisten“ verunglimpfen. Ihre Strategie wird aber angesichts einer Lage, die alle militärischen Methoden, „Frieden und Demokratie“ herzustellen, offenkundig immer mehr delegitimiert, zusehends unhaltbar.

VOM IDEALISMUS OHNE ILLUSION ZURÜCK ZUM „REALISMUS“

Dies ist nicht neu: Trotz dieser sehr pragmatischen Überlegungen Kants folgte der Idealismusvorwurf auf den Fuß. Bereits Friedrich Gentz, Kants Schüler und Antipode sowie Anhänger der Restauration, wird von Kurt von Raumer als die Weiterentwicklung vom idealistischen zum realistischen Friedensgedanken dargestellt. Zwar bescheinigt Raumer auch Kant „Wirklichkeitsnähe“, aber er bewertet – ganz ähnlich wie heutige Interpreten – den Verzicht auf exekutive Instanzen in Kants Völkerbund-Konzeption als Fehlen einer Bestandsgarantie des Völkerbundes, der auf den „bloßen fortwährenden Willen“ der Mitglieder angewiesen bleibe. Es spreche für Gentz, dass dieser sich nicht geniere, „das alte, vielverlästerte Mittel zum staatlichen Ausgleich hervorzuholen (...): das politische Gleichgewicht“⁴⁸.

Raumer sieht in ebendieser Entscheidung das realistische Moment von Gentz, das seine Konzeption wirklichkeitstauglicher als die Kants mache. Dabei sehen beide – Kant und Gentz – nur eine auf Freiwilligkeit beruhende Föderation als möglichen Weg der Kooperation an. Gentz, der Weltstaat und Fichteschen Isolationsstaat ebenso wie Kant als Vernichtung des Völkerrechts ansieht und daher beide ablehnt, entdeckt – ebenfalls wie Kant – auch im machtbewehrten Völkerbund einen Widerspruch: „Von Stunde an haben die übrigen Teilnehmer an dem Bunde kein anderes Mittel mehr, die Widerstrebenden zur Unterwürfigkeit unter den Ausspruch der Schiedsrichter oder der Majorität oder des Kongresses zu zwingen, als *Krieg*. Nun sollte ja aber die Vermeidung des Krieges der einzige Zweck der großen Verbindung sein. Mithin kann diese Verbindung nur durch Mittel aufrechterhalten werden, die ihren Zweck, anstatt ihn zu befördern, zerstören würden; und folglich ist sie eine Idee, die sich selbst widerspricht.“⁴⁹ Aus diesem Dilemma führt für Gentz dann allerdings – im Gegensatz zu Kant – nur die alte und erprobte Politik des Gleichgewichts der vorrepublikanischen und restaurativen Mächte, von der er hofft, dass sie wenigstens „einige Kriege“ verhindern kann. Raumer bewertet diese Einschätzung als „realistisch“ – tatsächlich aber muss sie, wie Raumer an anderer Stelle einräumt, als „Widerspiel und Verneinung“ von Kants Theorie begriffen werden.⁵⁰

Auch in diesem historischen Moment einer Neuordnung der Welt war die Abkehr von Kant keine zukunftsgerichtete Rechtsentwicklung. Im Gegenteil: Die Überwindung von Kants „Idealismus ohne Illusion“ führte historisch zurück zum „Realismus“ einer vermeintlichen Gleichgewichtsordnung, führte von der Aufklärung zur Gegenaufklärung und damit zu der Substantialisierung der Nationalstaaten des 19. Jahrhunderts, deren Folgen Europa erst im 20. Jahrhundert erleiden musste. Was aber erleben wir heute? Wenn die Kriege der letzten beiden Jahre der Auftakt zu den „Kriegen des 21. Jahrhunderts“ sind, was erwartet die Welt dann im 22. Jahrhundert? Wenn Realismus Gleichgewichts- und Machtpolitik meint, was bedeutet dann die gegenwärtig zu beobachtende Politik der Stärkung der Kontinentalstaaten? Wird damit nicht gerade einem Aufleben der Gleichgewichtspolitik – neben oder anstelle der UNO – der Weg geebnet?

Offenbar vertritt sogar Habermas neuerdings diesen Standpunkt, wenn er formuliert: „Eine noch so gelungene Reform der Vereinten Nationen würde gar nichts bewirken, wenn sich nicht die Nationalstaaten in den verschiedenen Weltteilen zu kontinentalen Regimen nach dem Muster der Europäischen Union zusammenschließen. Dazu gibt es erst bescheidene Ansätze. Hier, nicht in der Reform der UNO, liegt das eigentlich utopische Element eines weltbürgerlichen

Zustandes.“⁵¹ Aber auch eine aus der Konstituierung der Kontinente erwachsende multipolare Ordnung hebt die gegenseitige Bedrohung nicht auf, denn, wie bereits Kant realistischerweise erkannte, „selbst ein Weltteil, wenn er sich einem anderen (...) überlegen fühlt, wird das Mittel der Verstärkung seiner Macht durch Beraubung oder gar Beherrschung desselben nicht unbenutzt lassen“⁵². Das Beispiel Amerikas belehrt uns derzeit über die Richtigkeit dieser These.

Wenn aber, wie Kagan sagt, Amerika auch einmal friedlich war und erst später zu einer Politik der Macht fand, warum sollte genau dies nicht in der Zukunft auch mit Europa geschehen? Alle europäischen Erfahrungen, Europas historisch gewachsener Unterschied zu Amerika, der derzeit seine angebliche Nähe zum „ewigen Frieden“ ausmacht, könnte spätestens dann endgültig der Vergangenheit angehören, wenn jener wehrhafte Ersatz für Kagens angebliches Venus-Europa gefunden wäre, für den bereits nach Symbolen gesucht wird.⁵³ Wer wollte ernsthaft daran zweifeln, dass auch Europa dann (wieder) der imperialen Versuchung erliegen könnte? Auch hier erweist sich deshalb das Kantische Festhalten an der universellen Ordnung des freiwilligen Völkerbundes und seiner langfristig befriedenden Wirkung als die wohl noch immer realistischste Option, den Frieden zu bewahren.

LITERATUR

1. Robert Kagan, Macht und Schwäche. Was die Vereinigten Staaten und Europa auseinander treibt, in: „Blätter für deutsche und internationale Politik“, 10/2002, S. 1194.
2. Ebd., S. 1201.
3. Jürgen Habermas, Wege aus der Weltunordnung (Interview), in: „Blätter für deutsche und internationale Politik“, 1/2004, S. 33. Dies trifft wohl auch auf die europäische Politik zu.
4. Ebd., S. 42. Vgl. die Auseinandersetzung zwischen Jürgen Habermas, Karl-Otto Apel und Ingeborg Maus, die gesammelt und reflektiert ist in: René von Schomberg und Peter Niesen (Hg.), Zwischen Recht und Moral. Neuere Ansätze der Rechts- und Demokratietheorie, Münster 2002.
5. Ulrich Menzel, Globalisierung versus Fragmentierung, Frankfurt a. M. 1998, S. 244.
6. Siehe dazu: Karlheinz Koppe, Der vergessene Frieden. Friedensvorstellungen von der Antike bis zur Gegenwart, Opladen 2001, S. 165 ff. und Kurt von Raumer, Ewiger Friede. Friedensrufe und Friedenspläne seit der Renaissance, Freiburg und München 1953.
7. Jean Jacques Rousseau, Gutachten über den Plan eines ewigen Friedens, in: Ders., Sozialphilosophische und Politische Schriften, München 1981, S. 399.
8. Ebd., S. 399.
9. Ebd., S. 403.
10. Ebd. S. 404.
11. Zitiert nach Günther Patzig, Kants Schrift „Zum ewigen Frieden“, in: Reinhard Merkel und Roland Wittmann (Hg.), „Zum ewigen Frieden“. Grundlagen, Aktualität und Aussichten einer Idee von Immanuel Kant, Frankfurt a. M. 1996, S. 15.
12. Siehe bezogen auf die Friedensfrage: Ingeborg Maus, Vom Nationalstaat zum Globalstaat oder: der Niedergang der Demokratie, in: Matthias Lutz-Bachmann und James Bohman (Hg), Weltstaat oder Staatenwelt? Für und Wider die Idee einer Weltrepublik, Frankfurt a. M. 2002, S. 226 ff. und bezogen auf die Rechts- und Demokratietheorie allgemein: dies., Zur Aufklärung der Demokratietheorie. Rechts- und demokratietheoretische Überlegungen im Anschluss an Kant, Frankfurt a. M. 1994, besonders S. 196-202.
13. Immanuel Kant, Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, in: Werke Bd. XI, hrsg. von W. Weischedel, S. 195. Als einer der wenigen Autoren macht Koppe, a.a.O., S. 169, auf die Satire aufmerksam.
14. Vgl. Immanuel Kant, Mutmaßlicher Anfang der Menschengeschichte, in: Werke Bd. XI, S. 101.
15. Von Raumer, a.a.O., S. 153, dort die Nachweise für die zitierten Stellen von Kant.
16. Immanuel Kant, Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, in: Werke Bd. XI, S. 42. Vgl. die ähnlich lautende Schlussentenz von Über den Gemeinspruch, in: Werke Bd. XI, S. 172.
17. Vgl. Georg Geismann, Kants Rechtslehre vom Weltfrieden, in: „Zeitschrift für philosophische Forschung“, 3/1983, S. 363 ff.
18. Ulrich Thiele, Terminologische Neuerungen in Kants Völkerrechtstheorie und ihre Konsequenzen, in: Ulrich Kronauer und Jörn Garber (Hg.), Recht und Sprache in der deutschen Aufklärung, Tübingen 2001, S. 186 f.
19. Georg Geismann, Warum Kants Friedenslehre für die Praxis taugt, in: Klaus-M. Kodalle (Hg.), Der Vernunftfrieden: Kants Entwurf im Widerstreit, Würzburg 1996, S. 37.
20. Vgl. Zum ewigen Frieden S. 244 und 250.
21. Ebd., S. 210.
22. Vgl. Über den Gemeinspruch, S. 165.
23. Zum ewigen Frieden, S. 224. Vgl. Peter Niesen, Volk-von-Teufeln-Republikanismus. Zur Frage nach den moralischen Ressourcen der liberalen Demokratie, in: Lutz Wingert und Klaus Günther (Hg.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, Frankfurt a. M. 2001, S. 568-604.
24. Zum ewigen Frieden, S. 224.
25. Vgl. Ingeborg Maus, Zur Aufklärung der Demokratietheorie, a.a.O.
26. Zum ewigen Frieden, S. 205.
27. Vgl. Ulrich Thiele, Repräsentation und Autonomieprinzip. Kants Demokratiekritik und ihre Hintergründe, Berlin 2003, S. 97 f.

28. Ernst-Otto Czempiel, Kants Theorem und die zeitgenössische Theorie der internationalen Beziehungen, in: Matthias Lutz-Bachmann und James Bohman (Hg.), Frieden durch Recht. Kants Friedensidee und das Problem einer neuen Weltordnung, Frankfurt a. M. 1996, S. 307.
29. Ingeborg Maus, Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie, in: Hauke Brunkhorst, Wolfgang R. Köhler und Matthias Lutz-Bachmann (Hg.), Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik, Frankfurt a. M. 1999.
30. Vgl. Zum ewigen Frieden, S. 196-202.
31. Ebd., S. 204.
32. Vgl. Ingeborg Maus, Volkssouveränität und das Prinzip der Nichtintervention in der Friedensphilosophie Immanuel Kants, in: Hauke Brunkhorst (Hg.), Einmischung erwünscht? Menschenrechte und bewaffnete Intervention, Frankfurt a. M. 1998.
33. Zum ewigen Frieden, S. 234.
34. Ebd., S. 212.
35. Ebd., S. 225f.
36. Ebd., S. 197.
37. Siehe zur aktuellen Entwicklung Gerd Steffens, Der Weltbürger als Untertan. Von der zwischenstaatlichen zur innergesellschaftlichen Brutalisierung der Gewalt, in: „Blätter für deutsche und internationale Politik“, 11/2003, S. 1133 ff.
38. Siehe Ingeborg Maus, Vom Nationalstaat zum Globalstaat, a.a.O.
39. Vgl. Zum ewigen Frieden, S. 225.
40. Ebd., S. 211.
41. Ebd., S. 213.
42. Ebd., S. 214.
43. Siehe zur Bedeutung dieses Terminus: Ingeborg Maus, „Volk“ und „Nation“ im Denken der Aufklärung, in: „Blätter für deutsche und internationale Politik“, 5/1994, S. 602 ff.
44. Zum ewigen Frieden, S. 214.
45. Ebd., S. 214.
46. Habermas, a.a.O., S. 28. Ein Recht der Individuen gegen den eigenen Staat scheint mir nicht anvisiert, weil dieses konzeptionell bereits durch die republikanische Verfassung gesichert wird. Überschreitet die Rechtsverletzung der „schlechten Verfassung“ im eigenen Land das erträgliche Maß, bleibt den Einwohnern wohl nur Kampf um Verfassungsänderung oder Auswanderung. Hier zeigt sich auch, welche Bedeutung das Asylrecht in unvollkommenen Rechtsverhältnissen hat und dass ein weltweit funktionierendes Asylrecht besser geeignet wäre, eine Ausgestaltung des Weltbürgerrechts abzugeben als seine Umwandlung in einen Rechtsschutz durch eine supranationale Exekutive.
47. Zum ewigen Frieden, S. 216 f.
48. Von Raumer, a.a.O., S. 200.
49. Friedrich Gentz, Über den ewigen Frieden, in: von Raumer, a.a.O., S. 479.
50. Von Raumer, a.a.O., S. 190.
51. Habermas, a.a.O., S. 43f.
52. Zum ewigen Frieden, S. 231.
53. Herfried Münkler, Die Botschaft der Athene. Zivilisatorische Entwicklung und kriegerische Selbstbehauptung: Europa braucht einen weltpolitischen Gestaltungswillen, in: „Frankfurter Rundschau“, 27.12.2003, S. 7. Siehe neuerdings auch: Alte Hegemonie und Neue Kriege, Herfried Münkler und Dieter Senghaas im Streitgespräch, in „Blätter für deutsche und internationale Politik“ 05/2004.

ANEXOS

PRESENTACIÓN DEL PRESIDENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, JUEZ ANTÔNIO A. CANÇADO TRINDADE, ANTE EL CONSEJO PERMANENTE DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS (OEA): - “EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA INTERNACIONAL Y LAS CONDICIONES PARA SU REALIZACIÓN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS” (WASHINGTON, D.C., 16 DE OCTUBRE DE 2002)

Excelentísimo Señor Presidente del Consejo Permanente de la OEA y Representante Permanente de Grenada, Embajador Denis G. Antoine;

Excelentísimos Señores Secretario General de la OEA, Dr. César Gaviria, y Secretario Adjunto de la OEA, Dr. Luigi Einaudi;

Excelentísimo Señor Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) de la OEA y Representante Permanente de Guatemala, Embajador Arturo Duarte Ortiz;

Excelentísimas Señoras y Señores Embajadores y Representantes de los Estados Miembros de la OEA;

Excelentísimos Señores Subsecretario de Asuntos Jurídicos de la OEA, Dr. Enrique Lagos, y Director del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, Dr. Jean Michel Arrighi;

Señoras y Señores.

I. INTRODUCCIÓN

Tengo el honor de dirigirme esta mañana, día 16 de octubre de 2002, al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos (OEA), con el propósito de dar cumplimiento a varios mandatos de la Asamblea General de la OEA que se celebró el mes de junio pasado en Bridgetown, Barbados, los cuales se originaron, a su vez, de mandatos que los Jefes de Estado y de Gobierno atribuyeron a la OEA en la III Cumbre de las Américas, celebrada en Québec, Canadá, en abril de 2001. El momento para dirigirles esta presentación no podría ser más oportuno, por cuanto se encuentra en la mesa de discusión, tanto de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) como de la Comisión de Asuntos Administrativos y Presupuestarios (CAAP) de la OEA, una serie de mandatos expresos que son determinantes para el futuro inmediato del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, en particular, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Trátase de un momento oportuno, además, en especial porque nos encontramos a ocho meses de la realización de la próxima Asamblea General de la OEA, que se celebrará en junio de 2003 en Santiago de Chile, e importa que los órganos responsables de cumplir y hacer efectivos los referidos mandatos cuenten con el tiempo suficiente para tomar el conjunto de medidas necesarias para implementarlos. Es esta, en realidad, la séptima vez que tengo el honor de dirigirme a los órganos competentes de la OEA este año. Y mañana, día 17 de octubre, nuevamente me dirigiré, a los Estados Miembros que integran la CAJP de la OEA, en mi octava intervención en el seno de la Organización regional este año.

Como se acuerdan los Señores Embajadores y Representantes de los Estados, entre los días 16 y 19 del pasado mes de abril, aquí en la sede de la OEA en Washington D.C., tuve la ocasión de presentar cuatro *Informes*, a ese mismo Consejo Permanente, a la CAJP (dos veces) y a la CAAP, y en los días 03 y 04 de junio último, en la Asamblea General de la OEA en Barbados,

hice dos otras presentaciones, ante la Comisión General y ante el plenario, respectivamente, de dicha Asamblea General. El hecho de que vuelvo, la mañana de hoy, 16 de octubre de 2002, a presentar un nuevo *Informe* a los Señores Embajadores y Representantes de los Estados, en la sede de la OEA en Washington D.C., revela la importancia que atribuye la Corte al rol de los Estados Partes como garantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Mucho agradezco, pues, Señor Presidente, por la inserción, en la agenda de esta importante sesión ordinaria del Consejo Permanente de la OEA, de la presentación de este nuevo *Informe* a que tengo el honor de proceder en nombre de la Corte Interamericana.

Los mandatos a que he hecho referencia, y que se encuentran en la mesa de discusión en el presente, provienen de las siguientes resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la OEA realizada en Barbados en junio pasado: a) resolución AG/RES.1850 (XXXII-O/02) denominada “*Observaciones y Recomendaciones de los Estados Miembros al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”; b) resolución AG/RES.1890 (XXXII-O/02) titulada “*Evaluación del Funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos para su Perfeccionamiento y su Fortalecimiento*”; y c) resolución AG/RES.1895 (XXXII-O/02) denominada “*Estudio sobre el Acceso de las Personas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. En el mismo orden en que fueron aprobadas estas tres relevantes resoluciones, me iré refiriendo a cada una de ellas.

II. OBSERVACIONES Y RECOMENDACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS AL INFORME ANUAL DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (RESOLUCIÓN AG/RES.1850 (XXXII-O/02))

Como es de conocimiento de los Señores Embajadores y Representantes de los Estados, la Corte Interamericana, después de un largo estudio para dar cumplimiento a un mandato que le fue atribuido por la Asamblea General de la OEA, reformó su Reglamento, con el fin de hacer más expedita la tramitación de los casos, sin perjuicio de la seguridad jurídica, y de asegurar la presencia y participación de las presuntas víctimas, o sus representantes legales, en todas las

etapas del procedimiento ante el Tribunal. El actual Reglamento de la Corte incorpora estas reformas de trascendencia histórica.

La Corte emprendió esta reforma en el entendimiento de que existía un compromiso por parte de los Estados Miembros de la OEA de acompañar dicha reforma con un aumento presupuestario acorde con las nuevas necesidades funcionales que de ahí surgirían. Es lo que se desprende claramente de la resolución 1828 de 2001, de la Asamblea General de la OEA, tal como me permití señalar en mi presentación del 17 de abril de 2002 ante este mismo Consejo Permanente de la OEA. Transcurridos 18 meses –o sea, un año y medio– desde la introducción de la mencionada reforma, ésta no ha sido acompañada por el incremento correspondiente en el presupuesto de la Corte.

En el marco de la reciente resolución AG/RES.1850 (XXXII-O/02) de la Asamblea General de 2002 de la OEA, debo referirme específicamente al punto 3 de su parte resolutive, que estipula lo siguiente:

“Encomendar al Consejo Permanente que presente al XXXIII período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA un proyecto de presupuesto para el año 2004 en el que se realice un efectivo y adecuado incremento de los recursos económicos asignados a la Corte a la luz de las necesidades y metas descritas en el documento presentado por el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CP/CAJP-1921/02/Corr.1)”.

Señores Embajadores y Representantes de los Estados, este es un tema de la mayor trascendencia y actualidad para el presente y futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque de no tomarse medidas inmediatas la Institución corre el peligro de colapsar como consecuencia del considerable incremento del número de casos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos está sometiendo y continuará a someter a su consideración, producto de las reformas de los Reglamentos de la Corte y la Comisión Interamericanas que en el año 2001 ordenó efectuar la propia Asamblea General de la OEA.

El creciente aumento en el número de casos sometidos al conocimiento de la Corte es un hecho irreversible, que provocará, de no tomarse las medidas necesarias, una saturación en la resolución de dichos casos, a pesar del gran esfuerzo que está haciendo la Corte Interamericana para resolverlos con su actual asignación de recursos tanto humanos como económicos. Los primeros casos contenciosos fueron sometidos a consideración de la Corte en el año de 1986, y se ha estimado y se espera que, para finales del año 2003, la Corte habrá considerado alrededor de 40 casos contenciosos durante 17 años.

Las proyecciones de ingreso de nuevos casos a la Corte nos han hecho estimar que ésta, a partir de enero del año 2004, tendría un rezago de alrededor de 25 casos contenciosos por considerar, lo que significa un 63% del total de casos considerados en los últimos 17 años. Reflexionemos lo que este rezago significaría si no se aumenta, de manera inmediata, los recursos humanos y financieros solicitados. Cabe resaltar, además, la estimación de que el ingreso de casos sometidos a la Corte siga creciendo a un ritmo anual de alrededor de 20, como producto de las reformas reglamentarias anteriormente citadas. Para hacer frente a esta situación, la Corte deberá, necesariamente, recibir los recursos necesarios para solventar las situaciones que resumo a continuación.

1. AUMENTO DEL PERSONAL DE LA CORTE INTERAMERICANA Y FORTALECIMIENTO DE SU SECRETARÍA

¿Sabían los Señores Embajadores y Representantes de los Estados Miembros de la OEA que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, único órgano judicial de esta Organización, para cumplir con sus importantes y delicadas funciones cuenta, además de sus dos Secretarios, con solamente cuatro abogadas de nivel P-1, a quienes asisten cuatro jóvenes abogados locales que reciben un salario neto de \$800 (ochocientos) dólares mensuales? ¿No creen, Señores Embajadores y Representantes, que llegó el momento de aumentar el número de profesionales de la Corte y dar a éstos el nivel profesional y salarial que les corresponde?

En este sentido, la Corte necesita de modo inmediato tres abogados adicionales cuya lengua nativa sea el inglés, el portugués y el francés, respectivamente. Para esto deben darse a la Corte los recursos necesarios no sólo para pagar un salario acorde con sus responsabilidades profesionales sino, también, para poder pagar su tiquete de avión y el traslado de su menaje de casa a Costa Rica. ¿Sabían los Señores Embajadores y Representantes de los Estados que, si un profesional viene a trabajar a la Corte Interamericana, debe pagar su tiquete de avión, el de su familia y el traslado de su menaje de casa de su propio bolsillo, porque la Secretaría General de la OEA suprimió ese renglón presupuestario del Convenio de Autonomía Administrativa de la Corte?

Además, para hacer operativa el Área Legal de la Corte, deberán prontamente contratarse a dos secretarías, ya que solamente hay dos trabajando para dicha Área Legal, y a tres abogados asistentes con sueldos locales. Lo que la Corte pretende, con el

fortalecimiento de su Secretaría, es tener siete abogados y siete abogados asistentes locales, para que cada uno de los siete Jueces titulares pueda contar con un equipo formado por un abogado y un abogado asistente local asistiéndole permanentemente en la elaboración de proyectos de sentencias. De otra manera, sería imposible cumplir con las metas de trabajo propuestas, si algunos Jueces tienen que estar trabajando al mismo tiempo con los mismos abogados.

2. INCREMENTO DE LOS COSTOS DE TRAMITACIÓN DE LOS CASOS ANTE LA CORTE

Como consecuencia de la reforma reglamentaria solicitada por los Estados Miembros de la OEA, a los representantes de las supuestas víctimas se les otorgó *locus standi in judicio* desde junio de 2001, lo que ha significado, desde el punto de vista de la tramitación de los casos, un incremento en los costos de aproximadamente un 35%, que, sumado al incremento en el número de casos que serán sometidos a conocimiento del Tribunal, forma un cuadro que debe quedar claro para los Señores Embajadores y Representantes de los Estados, en el sentido de que los costos de operación del Tribunal son siempre crecientes. Permítome traer a colación dos ejemplos actuales.

En el caso *Lori Berenson*, relativo al Perú, por ejemplo, solamente el Estado ha presentado como prueba 58 cintas de video y 12 mil páginas de documentación, que debe ser reproducida y transmitida a las otras dos partes procesales, lo que ha significado un elevado costo inicial de tramitación. Y en el caso *Mirna Mack*, referente a Guatemala, las partes han presentado más de 6 mil páginas de documentación, la cual debe de ser enviada vía *courier* a las otras partes procesales. Y ambos los casos citados se encuentran al puro inicio del trámite respectivo. Estos son apenas dos ejemplos actuales, a los cuales se podrían agregar otros.

3. AUMENTO DE LA DURACIÓN DE LOS PERÍODOS DE SESIONES DE LA CORTE

La Secretaría de la Corte ha hecho estimaciones del tiempo que debe sesionar la Corte para atender al incremento de trabajo ocasionado por el aumento en el flujo de casos. Se ha estimado que, para el año de 2004, el Tribunal debe sesionar 16 semanas al año, es decir, celebrar cuatro sesiones de 4 semanas de duración cada una, lo que se estima le permitiría emitir un número de sentencias proporcional al número de casos que se reciben, además de celebrar audiencias públicas para recabar la prueba testimonial y pericial, emitir opiniones

consultivas y dictar medidas provisionales de protección.

Debo hacer notar a los Señores Embajadores y Representantes de los Estados Miembros de la OEA que, si a los cuatro meses de sesiones se suma el tiempo que los Señores Jueces deben dedicar en sus países de origen a leer y estudiar los casos y a lo que es conveniente que el Presidente y el Vicepresidente puedan prestar sus servicios permanentemente en la sede del Tribunal, es inevitable que la Corte se convierta en un Tribunal semipermanente, que les pague a sus Jueces además de las sesiones en la sede, el trabajo y el estudio de los casos que ellos realizan en sus propios países. Quiero hacer énfasis en que las 16 semanas de trabajo en la sede del Tribunal son únicamente para considerar y resolver los casos, así como para la celebración de audiencias públicas. Adicionalmente, deberá reconocerse las horas que los Señores Jueces deberán dedicar en sus respectivos países al estudio de los casos previamente a las sesiones de trabajo del Tribunal.

¿Sabían los Señores Embajadores y Representantes de los Estados Miembros de la OEA que, entre los tribunales internacionales existentes en el mundo hoy día, que tienen la misma jerarquía que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta última es la única que no paga salario a sus Jueces? El trabajo de éstos se transforma en un verdadero apostolado, por cuanto tienen que desdoblarse en esfuerzos en sus actividades profesionales permanentes en sus respectivos países de origen. Y, con el pasar de los años, y la aproximación del crepúsculo de la vida funcional, por mayor que sea el ánimo de los Señores Magistrados –que afortunadamente siempre ha sido muy grande,– quizás ya ni siempre reste suficiente energía y salud para tanto.

La verdad es que el presupuesto de la Corte Interamericana, comparado con el de otros tribunales internacionales contemporáneos, es simplemente patético. La Corte, durante los últimos tres años, ha solicitado reiteradamente a los órganos competentes de la OEA el incremento correspondiente de su presupuesto para atender sus necesidades inmediatas; pero como ese incremento no ha sido concedido y las necesidades del Tribunal han continuado aumentando considerablemente, la necesidad inmediata del Tribunal ya se ha tornado la de un presupuesto que le permita trabajar en forma semipermanente.

Esto debe llevar, posteriormente, dentro de un tiempo razonable, a que el Tribunal se convierta en una Corte operando en base permanente, en la que sus Jueces puedan dictar las sentencias, medidas provisionales y opiniones consultivas sin la presión de la falta de tiempo y de los recursos originada por el actual régimen de

trabajo, insatisfactorio y precario. Señores Embajadores y Representantes, una vez que en nuestro hemisferio la Corte Interamericana de Derechos Humanos pueda funcionar en forma semipermanente (y más adelante permanente) y los habitantes del hemisferio puedan contar con acceso directo al Tribunal, podremos sentirnos orgullosos de haber dotado a los hombres y mujeres del continente americano de un mecanismo internacional capaz de proteger efectivamente sus derechos humanos, cuando las instancias nacionales se muestren incapaces de hacerlo.

4. FINANCIACIÓN DEL COSTO FINANCIERO DEL AUMENTO DE LOS JUECES AD HOC

Me veo en la obligación de hacer notar a los Señores Embajadores y Representantes de los Estados Miembros de la OEA el considerable aumento, en los últimos años, del número de Jueces *ad hoc* en la Corte (que acompaña el notable aumento del número de casos a ésta enviados recientemente por la Comisión) y del costo financiero de los mismos. Como Ustedes bien saben, cuando es sometido un caso a conocimiento del Tribunal, los Estados Partes tienen la facultad –como lo dispone la Convención Americana– de designar un Juez *ad hoc* en aquellos casos en que no exista un Juez titular de la nacionalidad del Estado demandado integrando el Tribunal.

Actualmente integran la Corte 10 Jueces *ad hoc*, los que, como consecuencia de la reciente reforma de los Reglamentos de la Comisión y la Corte y del incremento en el número de casos, pueden llegar a convertirse, dentro de un plazo de dos años, en una cantidad que supere en más de cuatro veces el número de Jueces titulares (siete). Esta situación sería logística y financieramente inmanejable para la Corte con los recursos con que cuenta actualmente.

5. FINANCIACIÓN DE LAS PUBLICACIONES DE LA CORTE POR LA PROPIA OEA

Debo hacer notar también a los Señores Embajadores y Representantes de los Estados Miembros de la OEA que las publicaciones oficiales de la Corte, durante los últimos 10 años, han sido financiadas por la Unión Europea y los Gobiernos de los Estados Unidos Mexicanos, de la República Federativa de Brasil, de Dinamarca y de Finlandia. Solamente la confección, traducción y distribución del *Informe Anual* de la Corte supera los 100 mil dólares anuales, a los que habría que sumar el proceso completo de la publicación y distribución de las sentencias de la Corte a los Estados Miembros de la OEA y a los

diferentes usuarios del sistema, tales como representantes de la sociedad civil, Universidades, centros académicos y de estudios e investigación, profesores universitarios, entre otros.

El constante aumento del volumen del *Informe Anual* de la Corte en los últimos años es revelador de la expansión constante de su jurisprudencia, así como del hecho de que nunca una generación de Jueces ha sido tan exigida como la actual. La Corte Interamericana, en este inicio del siglo XXI, ha en definitiva alcanzado su madurez institucional. Sin embargo, para atender a sus crecientes necesidades funcionales, la Corte necesita considerables recursos adicionales, –humanos y materiales, y dichas necesidades incluyen los medios para asegurar la publicación y divulgación periódicas de su jurisprudencia.

Nunca es demás recordar que un Tribunal que no publica sus sentencias, opiniones consultivas y decisiones, y cuya jurisprudencia no es conocida ni citada, no realiza cabalmente los fines para los cuales fue creado. Las publicaciones oficiales de la Corte deberían estar a cargo de nuestra Organización regional, en forma permanente, y no depender de contribuciones voluntarias, que pueden inclusive ser interrumpidas (como han sido, a finales de 1997, las de la Unión Europea), aleatoriamente, creando el riesgo constante de suspender la publicación de la jurisprudencia de la Corte, a pesar de su extraordinaria importancia (cf. *infra*).

6. AMPLIACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA DE LA CORTE INTERAMERICANA

Me veo, además, en el deber de informar a los Señores Embajadores y Representantes de los Estados Miembros de la OEA de que se han hecho importantes mejoras en los dos edificios que hoy albergan la Corte, y su Biblioteca, de los cuales es propietario el Tribunal, resultantes de generosas donaciones de Costa Rica, a quien la Corte es particularmente grata como país sede. A pesar de estas mejoras, la Corte se encuentra actualmente en la imperiosa necesidad de ampliar su infraestructura física para poder contar con una adecuada sala de audiencias públicas. Dicha sala debe hoy poder acomodar las tres partes procesales que, según el Reglamento vigente de la Corte, comparecen ante el Tribunal, a saber, el Estado, la Comisión Interamericana y las presuntas víctimas o sus representantes legales.

¿Sabían los Señores Embajadores y Representantes de los Estados Miembros de la OEA que, en virtud de lo dispuesto en el actual Reglamento de la Corte, que contempla la participación en el procedimiento ante el Tribunal de las tres mencionadas

partes procesales, estas últimas se sientan conjuntamente, mal acomodadas, en la sala de audiencias, inclusive levantándose y cediendo espacio físico mutuamente al momento de la presentación de sus respectivos alegatos orales? Esto, por cierto, no es conveniente.

¿Sabían los Señores Embajadores y Representantes de los Estados Miembros de la OEA que los Señores Jueces no tienen siquiera oficinas propias, debiendo compartir espacio físico con los abogados integrantes del Área Legal de la Secretaría, o entonces trabajar solos en el propio hotel? Esto, por cierto, tampoco es conveniente. Es, además, incomprensible, considerándose que la valiosa labor en la defensa de los derechos humanos es hoy quizás lo que más justifica la continuada existencia de la propia OEA.

Debe dotarse la Corte de una adecuada sala de audiencias, de una adecuada sala de deliberaciones, y de oficinas individuales para los Señores Jueces. La ampliación de la infraestructura de la Corte Interamericana se ha tornado una meta de particular urgencia, en razón de los ya mencionados aumentos en el número de casos, y los consecuentes y necesarios aumentos del personal y de los períodos de sesiones del Tribunal (cf. *supra*).

7. ESTABLECIMIENTO DE UN MECANISMO DE ASISTENCIA JUDICIAL GRATUITA

En mis anteriores intervenciones ante los órganos competentes de la OEA, –a ejemplo de la del día 19 de abril pasado ante la CAJP–, he insistido en la necesidad de estudiarse una posible y futura alocaión de recursos materiales con miras al establecimiento de un mecanismo de asistencia judicial gratuita (*free legal aid*) para peticionarios carentes de recursos materiales, –tal como se hizo hace algunos años en el ámbito del sistema europeo de protección. Trátase de un punto directa y estrechamente ligado al tema central del propio derecho de acceso a la justicia a nivel internacional.

Dicha futura alocaión de recursos, para este fin, podría ser vinculada a la oportuna propuesta de Costa Rica de incrementar, en forma escalonada, el presupuesto de la Corte y la Comisión Interamericanas 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. Tal 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, por los efectos benéficos que tendría para los usuarios del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

8. OBSERVACIONES ADICIONALES

Quiero rendir un muy especial agradecimiento a Costa Rica, Estado sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que durante los últimos 23 años ha hecho un aporte anual de US\$ 100.000 a la Corte, casi igual a la cuota que paga a la OEA. Con este aporte de Costa Rica se han atendido gastos urgentes de la Corte y se ha pagado al personal local de apoyo que ésta necesita para su funcionamiento, en rubros tales como seguridad, limpieza, chófer-mensajero, recepción y gastos administrativos. Además, el Gobierno de Costa Rica, como ya señalé, donó la casa sede de la Corte, y consiguió los fondos necesarios de la cooperación internacional para la compra del edificio de la Biblioteca de la Corte hace dos años, así como los equipos de cómputo y programas necesarios para el funcionamiento y presencia de la Corte en internet.

Cabe resaltar también, en este particular, la cooperación que dio a la Corte durante algunos años la Unión Europea, hasta fines de 1997. Y si hoy día la publicación de la jurisprudencia de la Corte se encuentra actualizada, esto se debe a la donación de México, renovada hace tres semanas, y a una donación de Brasil, hace dos años, y otra más reciente de Finlandia, por las cuales quisiera agradecer en nombre del Tribunal.

Creo, Señores Embajadores y Representantes de los Estados, que si la OEA no ha financiado ni los edificios de la Corte, ni sus publicaciones oficiales, ni sus sistemas de cómputo, ni todo el personal de apoyo que la Corte como máximo Tribunal de las Américas necesita para su funcionamiento, debiéramos pensar seriamente en tomar las medidas para que, a partir del año 2004, le brinden al Tribunal los recursos humanos y financieros necesarios para que el sistema no colapse con el aumento de los casos sometidos a su consideración.

Señores Embajadores y Representantes de los Estados, mis palabras son hoy un grito de alerta para que no colapse el sistema interamericano de derechos humanos. Mis palabras son un llamado a la conciencia de los Señores Embajadores y Representantes de los Estados Miembros de la OEA para que el órgano judicial del sistema interamericano de derechos humanos, que protege los derechos fundamentales de los habitantes de nuestra región, pueda cumplir con las altas responsabilidades que le asigna la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pero, sobre todo, mis palabras constituyen un mensaje, respetuoso pero franco, que me permito dirigir a Ustedes, en este máximo foro político permanente de la OEA, a fin de salvaguardar la responsabilidad histórica de los Jueces que tenemos el honor de integrar el Tribunal, en caso de que los fondos requeridos no sean asignados y el sistema interamericano de derechos humanos colapse.

III. EVALUACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA SU PERFECCIONAMIENTO Y SU FORTALECIMIENTO (RESOLUCIÓN AG/RES.1890 (XXXII-O/02))

Al aprobar la resolución 1890 (XXXII-O/02), la OEA reafirmó su compromiso de dar seguimiento a las acciones concretas tendientes al cumplimiento de los mandatos de los Jefes de Estado y de Gobierno relacionados con el fortalecimiento y perfeccionamiento del sistema interamericano de derechos humanos contenidas en el Plan de Acción de la III Cumbre de las Américas. En la parte anterior de mi exposición ya hice referencia a dos de los puntos resolutivos de la citada resolución 1890, a saber, el incremento sustancial del presupuesto de la Corte, y la posibilidad de que ésta funcione de manera permanente.

Me referiré, a continuación, a dos otros puntos mencionados en dicha resolución, a saber, el cumplimiento de las decisiones de la Corte y la jurisdiccionalización del sistema interamericano de derechos humanos; y, a continuación, en la parte siguiente de mi presentación, al abordar la resolución 1895 de la última Asamblea General de la OEA, me referiré a la cuestión del acceso directo de los individuos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. CUMPLIMIENTO DE LAS DECISIONES DE LA CORTE Y SEGUIMIENTO DE LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN

En la Asamblea General de la OEA realizada en San José de Costa Rica en junio de 2001, se adoptó la resolución AG/RES.1828 (XXXI-O/02) 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 para este propósito debían concentrarse en “el cumplimiento de las decisiones de la Corte y el seguimiento de las

recomendaciones de la Comisión” (letra b). Asimismo, mediante dicha resolución se instó a los Estados Partes a que adoptasen las medidas necesarias para cumplir con las sentencias o decisiones de la Corte Interamericana y realizaran sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión Interamericana; y a que tornasen efectivo el deber que les incumbe de asegurar el cumplimiento de sus obligaciones convencionales.

En efecto, los Estados Partes asumen, cada uno individualmente, el deber de cumplir las sentencias y decisiones de la Corte, como lo establece el artículo 68 de la Convención Americana en aplicación del principio *pacta sunt servanda*, y por tratarse, además, de una obligación de su propio derecho interno. Los Estados Partes en la Convención 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.

Al crear obligaciones para los Estados Partes *vis-à-vis* todos los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones, la Convención Americana requiere el ejercicio de la *garantía colectiva* para la plena realización de su objeto y fin. Como lo señalé el pasado 19 de abril de 2002 en mis dos presentaciones ante la CAJP de la OEA, la Corte Interamericana está convencida de que, mediante el ejercicio permanente de dicha garantía colectiva, se contribuirá efectivamente al fortalecimiento del mecanismo de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en este inicio del siglo XXI.

El fiel cumplimiento o ejecución de sus sentencias es una preocupación legítima de todos los tribunales internacionales. En el sistema europeo de protección, por ejemplo, que cuenta inclusive con un mecanismo de supervisión de ejecución de sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, por parte del Comité de Ministros del Consejo de Europa (órgano que históricamente antecedió la propia Convención Europea), la cuestión ha estado siempre en la agenda del referido Consejo. ¿Por qué, en nuestro continente, la OEA no asume su responsabilidad en esta área, aún más por no disponer hasta la fecha de un órgano con función análoga?

Al respecto, la Corte Interamericana tiene actualmente una especial preocupación en cuanto a un aspecto del cumplimiento de sus sentencias. Los Estados, por lo general, cumplen con las reparaciones que se refieren a indemnizaciones de carácter pecuniario, pero no sucede necesariamente lo mismo con las reparaciones de carácter no pecuniario, en especial las que se refieren a la investigación efectiva de los hechos

que originaron las violaciones, y la identificación y sanción de los responsables, –imprescindibles para poner fin a la impunidad (con sus consecuencias negativas para el tejido social como un todo).

Actualmente, dada la carencia institucional del sistema interamericano de protección en esta área específica, la Corte Interamericana viene ejerciendo *motu proprio* la supervisión de la ejecución de sus sentencias, dedicándole uno o dos días de cada período de sesiones. Pero la supervisión –en el ejercicio de la *garantía colectiva*– de la fiel ejecución de las sentencias y decisiones de la Corte es una tarea que recae sobre el conjunto de los Estados Partes en la Convención. En mi Informe a la CAJP de la OEA, del 05 de abril de 2001, avancé propuestas concretas para asegurar el *monitoreo internacional permanente* del fiel cumplimiento de todas las obligaciones convencionales de protección, y en particular de las sentencias de la Corte Interamericana, abarcando medidas tanto de *prevención* como de *seguimiento*.

Permítome reiterar mi entendimiento, que expresé también en mis Informes del 17 y 19 de abril de 2002, ante este mismo Consejo Permanente y ante la CAJP de la OEA, respectivamente, en el sentido de que

“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”.

Asimismo, en mi presentación ante este mismo Consejo Permanente de la OEA, el día 17 de abril de 2002, me permití reiterar que, en un eventual futuro Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se agregara, *inter alia*, al final del artículo 65 de la Convención, la siguiente frase:

“La Asamblea General los remitirá al Consejo Permanente, para estudiar la materia y rendir un informe, para que la Asamblea General delibere al respecto”.

Además, –tal como lo propuse en mis Informes anteriores a los órganos competentes de la OEA,– se

encargaría a un Grupo de Trabajo permanente de la CAJP, integrado por Representantes de los Estados Partes en la Convención Americana, la tarea de supervisar con base permanente el estado de cumplimiento, por los Estados demandados, de las sentencias y decisiones de la Corte Interamericana, dicho Grupo de Trabajo presentaría sus propios informes a la CAJP, y esta, a su vez, relataría al Consejo Permanente de la OEA, para preparar su informe para la deliberación de la Asamblea General de la OEA al respecto.

De ese modo, se supliría una laguna atinente a un mecanismo que operara 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 Interamericana. Dicho Grupo de Trabajo permanente sería un foro en el que, una vez recibido un informe de la Corte sobre el incumplimiento de una sentencia, el Estado demandado, la Comisión y, naturalmente la Corte, harían ver sus puntos de vista con miras a la decisión que debe adoptar la Asamblea General de la OEA sobre cada caso.

Esta necesaria iniciativa, a nivel internacional, debe tener por complemento ineluctable, a nivel de derecho interno, la serie de providencias que debería tomar cada Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos para asegurar, en una base permanente, la fiel ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana, mediante la creación de un procedimiento de derecho interno con tal fin. Los desarrollos, en pro del *pacta sunt servanda*, deben aquí efectuarse *pari passu*, en los planos tanto internacional como nacional.

2. LA JURISDICCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

En nuestros días, finalmente gana cuerpo el viejo ideal de la justicia internacional, de la jurisdicción internacional obligatoria y permanente. Lo ilustran los importantes desarrollos al respecto, que hoy día tenemos el privilegio de testimoniar. En este sentido, como me permití observar el pasado 16 de abril de 2002, en mi presentación y en los debates en la reunión conjunta de la CAJP y de la CAAP de este Consejo Permanente de la OEA, todos los Estados miembros del Consejo de Europa son hoy 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 (UE). Todos los Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana (OUA) son hoy Partes en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y han decidido (mediante la adopción del Protocolo de Burkina Faso de 1998) establecer una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; y el 01 de julio de este año el Estatuto de Roma de 1998 sobre el establecimiento del Tribunal Penal Internacional entró en vigor, estableciendo una jurisdicción penal internacional permanente, obligatoria para todos los Estados Partes.

Todos estos ejemplos apuntan inequívocamente en la misma dirección: la *jurisdiccionalización* de los mecanismos internacionales de protección de los derechos de la persona humana, y la centralidad de éstos últimos en el Derecho Internacional de este inicio del siglo XXI. Tales desarrollos han sido posibles gracias, en última instancia, al grado más elevado de evolución que ha alcanzado la conciencia humana en nuestros tiempos. A la par de ese desarrollo, hay otro punto que requiere atención especial.

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 de que, mediante el ejercicio permanente de dicha *garantía colectiva*, se contribuirá al fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

IV. ESTUDIO SOBRE EL ACCESO DE LAS PERSONAS A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (RESOLUCIÓN AG/ RES.1895 (XXXII-O/02))

He tenido el honor de haber introducido la cuestión fundamental del acceso directo del individuo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la agenda de nuestro sistema regional de protección hace casi ocho años, en el año de 1995, con ocasión de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (realizada en San José

de Costa Rica), así como en *todas* las reuniones conjuntas de la Corte y la Comisión Interamericanas, realizadas desde 1995 hasta la fecha. Este es un hecho, que se encuentra clara y fehacientemente documentado.

Presentada la tesis originalmente en las reuniones conjuntas entre la Corte y la Comisión y en el referido evento académico de 1995, gradualmente pasó a ser considerada en foros más amplios, en el marco del sistema interamericano de protección. Cabe aquí recordar, por ejemplo, el Seminario que la Corte Interamericana de Derechos Humanos celebró en noviembre de 1999 (con ocasión de cumplirse 30 años de la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 20 años de la creación de la Corte), al cual concurren los Jueces de la Corte y Miembros de la Comisión Interamericana, además del Secretario General de la OEA, Dr. César Gaviria, –quien se encuentra aquí a mi lado en la mesa de la presidencia de la presente sesión del Consejo Permanente de la OEA,– así como destacados expertos en el campo de los derechos humanos de numerosos países.

Estos expertos también trabajaron, en cuatro memorables reuniones que me permití convocar, antes y después del referido Seminario, en la sede de la Corte Interamericana, aún antes de que lo hicieran los Representantes de los Cancilleres de los países de la región, que evaluaron el funcionamiento de los órganos de protección del sistema de derechos humanos en San José de Costa Rica (en enero de 2001). La Corte recogió y publicó todos los trabajos presentados al Seminario de 1999, así como su propuesta titulada “*Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*”, que tuve el honor de redactar como su relator, por designación de mis pares, los Señores Jueces de la Corte, –como lo testimoniaron el Vicepresidente de la Corte, Juez Alirio Abreu Burelli, y el Secretario de la misma, Licenciado Manuel E. Ventura Robles, quienes me acompañan en esta sesión.

Las actas del Seminario de 1999 y la propuesta oficial de la Corte para fortalecer el sistema interamericano de derechos humanos se encuentran reproducidas en dos voluminosos tomos editados por el propio Tribunal, los cuales han sido repartidos a las Cancillerías de los Estados Miembros de la OEA, a las Misiones Permanentes acreditadas ante ella, en este Consejo Permanente y en la CAJP, en sucesivas ocasiones en el bienio 2000-2002. Cabe agregar que, con posterioridad al Seminario de la Corte de 1999, la referida tesis pasó a ser discutida también en las instancias políticas de la OEA. Esto se debió a la iniciativa positiva por parte de Costa Rica de, después de haber consultado la Corte, haber presentado en el año de 2001, en los meses que antecedieron la realización

de la Asamblea General de la OEA en San José en aquel año, su propio Proyecto de Protocolo Facultativo a la Convención Americana. La idea pasó a ganar cuerpo, también en el plano político, y es de esperarse que otros Estados también apoyen la iniciativa de las reformas, tal como ya lo ha hecho Costa Rica.

Las Bases del Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos presentadas por la Corte van más allá de un Protocolo Facultativo (que crearía una dualidad de sistemas procesales bajo la Convención Americana). Dichas *Bases* contemplan un verdadero *Protocolo de Enmiendas* a la Convención Americana, con miras a fortalecer su mecanismo de protección. Importa proceder a un estudio sistemático y serio de la iniciativa de dicho fortalecimiento, con amplias consultas a todos los interesados, para lograr consensos en esta dirección.

Al respecto, me permito recordar que, el 01 de junio de 2001, con la entrada en vigor del actual Reglamento de la Corte (adoptado el 24 de noviembre de 2000), el cuarto de su historia, se introdujo un cambio que 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: me refiero al otorgamiento del *locus standi in iudicio* a los peticionarios, en todas las etapas del procedimiento ante la Corte. Mediante esta histórica iniciativa de la Corte, los individuos han logrado el reconocimiento de su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotados de capacidad jurídico-procesal internacional.

Como se sabe, el anterior Reglamento de la Corte, 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 de los derechos humanos.

Con el otorgamiento del *locus standi in iudicio* a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes legales, en todas las etapas del proceso ante la Corte, pasaron ellos a disfrutar de todas las facultades y obligaciones, en materia procesal, que, hasta el Reglamento de 1996, eran privativos únicamente

de la Comisión Interamericana y del Estado demandado (excepto en la etapa de reparaciones). Esto implica que, en el procedimiento ante la Corte, pasaron a coexistir, y a manifestarse, tres posturas distintas: la de la presunta víctima (o sus familiares o representantes legales), como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; la de la Comisión, 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.

Este salto cualitativo 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. El pasado 17 de abril de 2002, señalé ante este Consejo Permanente, que tengo la plena convicción de que ese notable avance procesal amerita, más que una base reglamentaria, una base convencional, para asegurar el real compromiso de todos los Estados al respecto.

Hoy día se reconoce la necesidad de restituir a la persona humana la posición central que le corresponde, como *sujeto del derecho tanto interno como internacional*. La búsqueda de la plena salvaguardia y predominio de los derechos inherentes al ser humano, en todas y cualesquiera circunstancias, corresponde al nuevo *ethos* de nuestros tiempos, en una clara manifestación, en nuestra parte del mundo, de la *conciencia jurídica universal*, en este inicio del siglo XXI. El despertar de esta conciencia, fuente material de todo el Derecho, conlleva al reconocimiento inequívoco de que ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos.

Esto me conduce a la cuestión del 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 [tercer] 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 (de enmiendas) 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.

V. EL AMPLIO ALCANCE DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA A NIVEL INTERNACIONAL

En mi *Informe* del 19 de abril de 2002 ante la CAJP de la OEA, expresé mi entendimiento en el sentido de que

“El otorgamiento del *locus standi in judicio* 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 los 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 *legitimatío 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 universal. Asistimos, en este inicio del siglo XXI, a un proceso histórico de *humanización* del propio Derecho Internacional contemporáneo”.

De lo anteriormente expuesto se desprende el amplio alcance del derecho de acceso a la justicia a nivel internacional. Tal derecho no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial internacional. En realidad, el derecho de acceso a la justicia abarca el

acceso a la Corte Interamericana, y encuéntrase implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana, además de permear el derecho interno de los Estados Partes. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, como un derecho autónomo, a la propia *realización* de la justicia.

Uno de los componentes principales de ese derecho es precisamente el acceso directo a un tribunal competente, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional. Si a dicho tribunal no son atribuidos los recursos humanos y materiales necesarios para el ejercicio de sus funciones, se está privando a los justiciables del derecho de acceso a la justicia. Sin estos recursos necesarios, tal derecho se torna ilusorio. Como me permití señalar en una obra reciente, podemos aquí visualizar un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico –a niveles tanto nacional como internacional que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana.

VI. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA COMO PATRIMONIO JURÍDICO DE TODOS LOS PAÍSES Y PUEBLOS DE LA REGIÓN

He insistido, en esta presentación como en mis anteriores intervenciones ante los órganos competentes de la OEA, en que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye hoy un verdadero patrimonio jurídico de todos los países y pueblos de la región. La mayor parte de esta jurisprudencia ha sido fruto de la labor de la actual generación de Jueces que integran la Corte, con el inestimable apoyo de la Secretaría del Tribunal. Para sostener este patrimonio jurídico, se necesitan hoy los recursos adicionales, imprescindibles, a los cuales me he referido en el curso de la presente exposición. Velar por el funcionamiento satisfactorio del máximo órgano judicial de derechos humanos de nuestra región, dotándolo de los recursos necesarios al fiel desempeño de sus funciones, es un deber ineluctable de todos los Estados Partes en la Convención Americana y de todos los Estados Miembros de la OEA.

La función consultiva de la Corte Interamericana, como Ustedes saben, tiene una base jurisdiccional amplia (artículo 64 de la Convención Americana), sin paralelos en el Derecho Internacional contemporáneo. Eso ha posibilitado al Tribunal ejercer dicha función con frecuencia, pronunciándose sobre cuestiones de

gran relevancia tanto para la protección internacional de los derechos humanos como para el propio orden jurídico internacional, en el marco de su competencia consultiva.

La jurisprudencia de la Corte en materia consultiva ha efectivamente sentado los fundamentos para la interpretación adecuada de los tratados de derechos humanos como la Convención Americana, ha aclarado puntos-clave de la operación del sistema de protección (v.g., las reservas a aquellos tratados, la intangibilidad de las garantías judiciales en situaciones de emergencia, la admisibilidad de peticiones de derechos humanos, los informes de la Comisión Interamericana), y ha identificado el contenido propio y los efectos jurídicos de determinados derechos protegidos por la Convención Americana (v.g., derecho a la libertad de expresión, derecho de rectificación o respuesta, derechos a garantías judiciales y a la protección judicial, y, recientemente, hace algunas semanas, los derechos del niño).

Además, ha dado un aporte al desarrollo progresivo del propio Derecho Internacional Público contemporáneo a la luz del impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en determinadas áreas, como, v.g., la asistencia consular. Al respecto, la 16a. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana (de 1999), verdaderamente pionera, está inclusive sirviendo de inspiración para otros tribunales internacionales y para la jurisprudencia internacional emergente, *in statu nascendi*, sobre la materia, como lo viene reconociendo prontamente la bibliografía especializada, y está ejerciendo un impacto sensible en la práctica de los Estados de la región sobre la cuestión.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia contenciosa, igualmente rica, a su vez, además de haber resuelto casos concretos, ha irradiado su influencia en los países de la región para elevar los estándares de comportamiento humano en las relaciones entre el poder público y los seres humanos. A veces ha inclusive puesto fin a determinadas prácticas, y ha generado cambios legislativos, de modo a armonizarlos con la normativa de protección de la Convención Americana. En la última media década se han multiplicado los casos cuyas implicaciones se han mostrado transcendentales.

Para recordar algunos de ellos, el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros*), v.g., es paradigmático, y ha atraído bastante atención en los círculos jurídicos de la región. Los casos del *Tribunal Constitucional*, de *Ivcher Bronstein*, y de *Hilaire, Benjamin, y Constantine*, se revisten de especial importancia para el estudio de las bases de la jurisdicción obligatoria de la Corte. Hay casos de gran trascendencia por su densidad cultural, como lo son, por ejemplo, los

de *Bámaca Velázquez* y de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni*. Otro caso emblemático, para la libertad de expresión, es el de la “*Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y Otros*). El caso de los *Barrios Altos* ha sido considerado histórico, para la determinación de la incompatibilidad de determinadas disposiciones legales con la Convención Americana. Y hay sucesivos casos –a partir del de *Castillo Páez*– que son esenciales para el estudio de las garantías del debido proceso legal y del derecho a un recurso efectivo ante un tribunal nacional competente.

No han que pasar desapercibidos los casos en que los Estados han reconocido su responsabilidad bajo la Convención Americana, contribuyendo de ese modos, positivamente, al desarrollo de nuestro sistema regional de protección. Recuérdense, en ese sentido, a lo largo de la última década, los casos *Aloeboetoe*, *El Amparo*, *Garrido y Baigorria*, *Benavides Cevallos*, *El Caracazo*, *Trujillo Oroza* y *Barrios Altos*. Gracias a los referidos allanamientos por parte de los Estados en estos casos, se ha podido pasar prontamente a la etapa de reparaciones y se ha logrado, en uno de ellos, una satisfactoria solución amistosa ante la propia Corte.

Además, el creciente número de medidas provisionales de protección ordenadas por la Corte Interamericana en los últimos años, en casos de extrema gravedad y urgencia, y para evitar daños irreparables a las personas, ha salvado vidas y protegido la integridad personal (física, psíquica y moral) de un total también creciente de individuos, alcanzando hoy cerca de 1500 personas, lo que revela su extraordinario potencial como medidas de salvaguardia de carácter preventivo. Hay, pues, en suma, que dotar la Corte Interamericana de los recursos necesarios, imprescindibles, para que pueda continuar a construir su ya rica jurisprudencia de protección del ser humano en nuestro continente.

VII. CONCLUSIONES

Tal como lo señalé en ocasiones anteriores ante los órganos competentes de la OEA, –y, recientemente, el día 04 de junio de 2002, en mi intervención ante el plenario de la Asamblea General de la OEA realizada en Barbados–, en nuestro sistema regional de protección subsisten, en mi entender, cuatro prerequisites básicos de todo progreso real en el presente dominio de protección, a saber: a) la ratificación de la Convención Americana por todos los Estados miembros de la OEA, o la adhesión a la misma; b) la aceptación (integral y sin restricciones) por todos los Estados miembros de la OEA, de la jurisdicción obligatoria –automática– de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; c) la incorporación de la normativa sustantiva (atinente a los derechos protegidos) de la Convención Americana al derecho interno de los Estados Partes; y d) el fiel

cumplimiento de las sentencias y decisiones de la Corte por los Estados Partes en la Convención Americana.

Como observé, en adición, en mi presentación ante la CAJP de la OEA, el día 19 de abril pasado, 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, para operar en el ámbito de la universalidad e indivisibilidad de todos los derechos humanos. En primer lugar, se impone, como acabo de indicar, 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. Los Estados que se han autoexcluido del régimen jurídico del sistema interamericano de protección de los derechos humanos tienen una deuda histórica con el mismo que hay que rescatar.

En mi exposición del pasado 17 de abril de 2002, en esta misma sede de la OEA en Washington D.C., expresé mi convicción 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.

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.

Todo lo anterior debe venir necesariamente acompañado de la adopción de las medidas nacionales indispensables de implementación de la Convención Americana, para asegurar la aplicabilidad directa de las normas convencionales 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.

Al finalizar mi exposición del día de hoy, 16 de octubre de 2002, en esta importante sesión ordinaria del Consejo Permanente de la OEA, estimo necesario resumir los puntos esenciales de lo expuesto en mi presente *Informe*. En su resolución AG/RES.1701 (XXX-O/00) de 2000, la Asamblea General de la OEA solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que reformara su Reglamento a la luz de las directrices indicadas en la misma, tal como la propia Corte venía contemplando desde la entrada en vigor de su tercer Reglamento (de 1996). La Corte Interamericana, después de un largo estudio, reformó su Reglamento, con el fin de hacer más expedita la tramitación de los casos, sin perjuicio de la seguridad jurídica, y de tomar el importante paso de asegurar la presencia y participación de las presuntas víctimas, o sus representantes legales, en todas las etapas del procedimiento ante el Tribunal.

La Corte emprendió esta reforma, –como me permití señalar al inicio de mi exposición,– bajo el entendimiento de que existía un compromiso por parte de los Estados Miembros de la OEA de acompañar dicha reforma con un aumento presupuestario acorde con las nuevas necesidades funcionales que de ahí surgirían. Dieciocho meses –o sea, un año y medio– después de introducida, esta reforma no ha sido acompañada por el incremento correspondiente en el presupuesto de la Corte. De no hacerse el incremento presupuestario en el corto plazo, puede convertirse en reforma meramente ilusoria, ya que en vez de lograr una tramitación más expedita de los casos se va a producir un estancamiento en la resolución de los mismos.

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 transcendencia consistió en el otorgamiento de participación directa de las presuntas víctimas, sus familiares, o sus representantes legales, en *todas* las etapas del procedimiento ante la Corte. 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 uno de los documentos que presenté el pasado mes de abril a consideración del Consejo Permanente, se encuentran claramente señaladas las necesidades del Tribunal en materia presupuestaria y los recursos que éste necesita a corto plazo (fortalecimiento de la Secretaría de la Corte, aumento de los períodos de sesiones y Corte semipermanente) y a largo plazo (Corte permanente). En los sucesivos y extensos *Informes* que, durante los últimos tres años (1999-2002), he presentado a este Consejo Permanente, a la CAJP y a la CAAP de la OEA, se encuentra toda la justificación doctrinaria que fundamenta la evolución institucional, reglamentaria y operativa del Tribunal, y que justifica los fondos requeridos en el documento anteriormente citado. También ya me referí a los dos voluminosos tomos publicados por la Corte, resultantes del Seminario que realizó en 1999 y otras actividades conexas, y, en particular, a la propuesta de la Corte titulada “*Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*”, de la cual tuve el honor de haber sido el relator (cf. *supra*).

Señores Embajadores y Representantes de los Estados Miembros de la OEA, ya hemos entregado a Ustedes, en las literalmente centenas de páginas que conforman toda nuestra documentación, todos los elementos y la información de que necesitan para tomar las decisiones políticas, jurídicas y presupuestarias necesarias para fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte ha actuado a la altura de sus responsabilidades, con un mínimo de recursos. Cabe ahora a Ustedes tomar las decisiones correspondientes. La hora de pedir y recibir informes ya terminó.

Tengo la confianza de que Ustedes tomarán las decisiones apropiadas acordes al momento histórico que vivimos y a las necesidades de protección de nuestros habitantes y pueblos en materia de derechos humanos. Señores Embajadores y Representantes de los Estados, ha llegado el momento, en la actual etapa de evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, de tornar una realidad el derecho del ser humano de acceso directo a la justicia internacional y de realización de esta justicia, así como de dotar la Corte Interamericana de los recursos necesarios para actuar en una base semipermanente. Espero y confío en que procedan en consecuencia.

Es este el llamado, respetuoso pero franco, que me permito hoy reformular a Ustedes, y que espero repercuta debidamente en la conciencia jurídica de la totalidad de los Estados Miembros de la OEA. Al tornarse Partes en la Convención Americana y demás tratados de derechos humanos, los Estados de la región se comprometieron a contribuir a que la razón de humanidad tenga primacía sobre la razón de Estado, tornando así los derechos humanos el lenguaje común de todos los individuos y pueblos de nuestra región del mundo. Cabe tomar todas las medidas para que los derechos protegidos por aquellos tratados sean realmente *efectivos*. Sólo de ese modo lograremos construir un *ordre public* interamericano basado en la fiel observancia de los derechos humanos, emanados directamente del ordenamiento jurídico internacional. Muchas gracias a todos por la atención con que me han distinguido.

VIII. ADDENDUM

Al concluir los trabajos de esta memorable sesión ordinaria del Consejo Permanente de la OEA, Señor Presidente y Señores Embajadores y Representantes de los Estados Miembros de la OEA, quisiera agradecer a las 16 Delegaciones que acaban de hacer uso de la palabra, todas ellas en respaldo a la labor de la Corte Interamericana y al *Informe* que he tenido el honor de presentar la mañana de hoy ante este Consejo. Permítome destacar, entre las intervenciones de los Estados Miembros de la OEA, la propuesta a que se confíe de inmediato a la CAAP de la OEA —con la cual me reuniré esta tarde— el estudio de un aumento sustancial del presupuesto de la Corte (Perú, Chile, El Salvador, Antigua y Barbuda, República Dominicana, Venezuela, Honduras, Grenada y Brasil) y a que se confíe de inmediato a la CAJP de la OEA —a la cual me dirigiré el día de mañana— el estudio de mi tesis del acceso directo de los individuos a la Corte Interamericana (Perú), así como de mi propuesta para la creación de un mecanismo de monitoreo internacional del cumplimiento de las sentencias de la Corte (México).

Tomo nota con satisfacción del firme respaldo a mis consideraciones sobre la necesidad de universalización del sistema interamericano de protección y de aceptación por todos los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la competencia de la Corte Interamericana en materia contenciosa (Chile, Costa Rica, México, Guatemala y Brasil), así como la importancia de la publicación continuada de toda la jurisprudencia de la Corte (México y República Dominicana), y de la aplicabilidad directa de las normas convencionales en el derecho interno de los Estados Partes (El Salvador). Coincido enteramente con la posición de que es la propia OEA quien debe

asegurar, a través de su presupuesto regular, los recursos adicionales para la Corte (Chile y Brasil).

Ya en mi extensa exposición de esta mañana, me permití señalar que la Corte puede recibir las donaciones voluntarias que se le hagan (como lo ha hecho, y por las cuales está agradecida), pero no puede depender de ellas para su funcionamiento permanente. Los fondos voluntarios han sido y son utilizados para proyectos específicos, o para determinadas actividades. Pero la operación regular y permanente de la Corte no puede estar a la merced de donaciones voluntarias, pues de otro modo podría estar afectada la propia autonomía del máximo Tribunal interamericano. Al igual que ocurre con otros tribunales internacionales, es la organización internacional respectiva que debe asegurarle los recursos humanos y materiales indispensables para el fiel desempeño de sus funciones.

La Corte Interamericana entiende, en lo que le concierne, que es una obligación insoslayable de la propia OEA asumir, a través de su presupuesto regular, el costo del mantenimiento del Tribunal. Es este un deber ineludible de la propia OEA, cuya labor contemporánea en el dominio de la salvaguardia de los derechos humanos es la razón mayor de su continuada existencia como nuestra Organización regional. Es este un punto-clave que trasciende la simple cuestión administrativa de alocación de recursos materiales adicionales, por cuanto se encuentra ineluctable ligada a la realización del propio derecho de acceso a la justicia internacional y a la construcción de un verdadero *ordre public* interamericano basado en la plena observancia de los derechos fundamentales de la persona humana.

Reitero, pues, mis más sinceros agradecimientos a las 16 Delegaciones que intervienen en este rico y prolongado debate sobre mi *Informe* presentado esta mañana ante este Consejo Permanente de la OEA, por las manifestaciones unánimes de respaldo a la Corte Interamericana. No podría concluir estas palabras sin una reflexión final. Tengo plena confianza en que tendremos todos el valor de avanzar en el perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema interamericano de protección, en las líneas de las propuestas que me permití someter a la consideración de Ustedes.

En perspectiva histórica, de nuestro continente americano han emanado iniciativas que han enriquecido mucho el Derecho Internacional, a pesar de las dificultades crónicas por que pasa nuestra región. Hay que rescatar, hoy día, los verdaderos valores que han inspirado tales iniciativas que han florecido en el continente americano a lo largo de las últimas décadas. No debemos jamás olvidar de que contamos con el valioso —y varias veces pionero— aporte latinoamericano a la doctrina y práctica del Derecho Internacional,

reflejado en la consagración de los principios de la prohibición del uso de la fuerza, y de la igualdad jurídica de los Estados (en la Carta de las Naciones Unidas), entre tantas otras contribuciones a distintos capítulos del Derecho Internacional, como los de la protección internacional de los derechos humanos, de la solución pacífica de controversias internacionales, de la reglamentación de los espacios (sobre todo en el derecho del mar), del reconocimiento de Estados y Gobiernos, y de la propia codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional.

Recuérdese, para evocar algunos ejemplos históricos concretos, que la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre precedió en siete meses la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y la inserción en esta última del *derecho a la justicia* (artículo 8 de la Declaración Universal) se debió precisamente a una iniciativa latinoamericana. El principio básico de la prohibición del uso de la fuerza ya era propugnado por los latinoamericanos más de cuatro décadas antes de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, o sea, en la II Conferencia de Paz de La Haya en 1907.

En Centroamérica se estableció el primer tribunal internacional permanente de la era moderna, la Corte Centroamericana de Justicia (1907-1917), que precedió la Corte Permanente de Justicia Internacional (antecesora de la Corte Internacional de Justicia). En Latinoamérica se impulsaron con entusiasmo, a lo largo de la primera mitad del siglo XX, algunos de los primeros esfuerzos de codificación del Derecho Internacional, con miras a buscar asegurar la eficacia de sus normas. Latinoamérica estableció la primera de las cuatro zonas desnuclearizadas hoy existentes en el mundo, y ha siempre insistido en la proscripción de todas las armas de destrucción masiva, inclusive las nucleares. Y las pocas referencias expresas a la justicia y al Derecho Internacional que hoy se encuentran en la Carta de las Naciones Unidas se debieron en gran parte a la iniciativa

y el firme respaldo, en este sentido, de las Delegaciones de los países latinoamericanos.

Los países latinoamericanos han actuado a la altura de los desafíos de nuestros tiempos, y, acompañados por algunos países del Caribe, han dado el buen ejemplo de ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de aceptar la competencia obligatoria de la Corte Americana de Derechos Humanos en materia contenciosa. Han demostrado ser posible, en medio a dificultades crónicas de orden material, lograr notables avances en el derecho de gentes, como manifestaciones de la *conciencia jurídica universal*, fuente *material* última de todo Derecho.

Todo el debate de la mañana de hoy ha sido conducido en un espíritu verdaderamente constructivo, ejemplar, y revelador del entendimiento compartido por todos nosotros, presentes en este Consejo Permanente de la OEA, de que el fortalecimiento del sistema interamericano de protección es una tarea común a todos: los Estados Partes en la Convención Americana, los órganos de supervisión de esta última, los Estados Miembros de la OEA en general, los usuarios y beneficiarios del sistema, además de la sociedad civil de todos nuestros países. Esta importante sesión ordinaria del Consejo Permanente de la OEA puede tornarse verdaderamente histórica, si lograr marcar el inicio –como sinceramente espero– de un nuevo capítulo en la evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y, en particular, el comienzo de una Corte Interamericana fortalecida y operando, a partir de ahora, en base semipermanente. La decisión está en las manos de Ustedes, la Corte ha cumplido su parte. El predominio de los derechos humanos es una tarea de todos. Muchas gracias por la atención.

Washington D.C.,
16 de octubre de 2002.

NOTAS

1. 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.
2. Y, anteriormente, de las recomendaciones del Grupo de Trabajo *ad hoc* sobre los Derechos Humanos de los Representantes de los Cancilleres, adoptadas el día 11 de febrero de 2000.
3. Trátase del documento CP/CAJP-1921/02/Corr.1, “*El Financiamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*”, presentado por el Presidente de la Corte Interamericana, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante la CAAP, de la OEA, el día 16 de abril de 2002, –documento éste que se encuentra actualizado a la fecha de su presentación.
4. 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.
5. 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.
6. En el último bienio, la Corte ha señalado, en los dos últimos proyectos de presupuesto transmitidos (en 2000-2001) a la CAAP 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.
7. Cf. OEA, documento OEA/Ser.G-CP/doc.3407/01, del 23.01.2001, p. 3.
8. Cf., recientemente, Council of Europe, *Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights*, Strasbourg, C.E., 27.09.2001, pp. 30-32.
9. OEA, *Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, 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”* (del 19.04.2002), documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1933/02, del 25.04.2002, pp. 24-25.
10. Para un estudio, 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* (Nov. 1999), tomo I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68; A.A. Cançado Trindade, “La perspective trans-atlantique: La contribution de l’oeuvre des Cours internationales des droits de l’homme au développement du droit public international”, in *La Convention européenne des droits de l’homme à 50 ans –Bulletin d’information sur les droits de l’homme*, n. 50 (numéro spécial), Strasbourg, Conseil de l’Europe, 2000, pp. 8-9 (publicado también en otros idiomas del Consejo de Europa).
11. Cf. A.A. Cançado Trindade, “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas”, in *Derecho Internacional y Derechos Humanos/Droit international et droits de l’homme* (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 - eds. D. Bardonnnet y A.A. Cançado Trindade), La Haya/San José, IIDH/Académie de Droit International de La Haya, 1996, pp. 47-95, esp. pp. 78-89.

12. Cf. *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección* (Relator: A.A. Cançado Trindade), tomo II, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 1-669.
13. 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...
14. 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)...”, *op. cit. supra* n. (11), 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...”, *op. cit. supra* n. (10), 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.
15. 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, “A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional”, in *Jornadas de Derecho Internacional* (UNAM, Ciudad de México, diciembre de 2001), Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2002, pp. 311-347.
16. 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; tomo II, 1999, pp. 1-440; y tomo III, 2002, pp. 1-651.
17. OEA, *Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, 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” (del 19.04.2002), documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1933/02, del 25.04.2002, p. 3.
18. En ese sentido, cf. E.A. Alkema, “Access to Justice under the ECHR and Judicial Policy - A Netherlands View”, in *Afmaelisrit þór Vilhjálmsson*, Reykjavík, Bókaútgáfa Orators, 2000, pp. 21-37.
19. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2002, cap. XX, par. 187.
20. Cf. nota (5), *supra*.
21. Cf., v.g., G Cohen-Jonathan, “Cour Européenne des Droits de l’Homme et droit international général (2000)”, 46 *Annuaire français de Droit international* (2000) p. 642; M. Mennecke, “Towards the Humanization of the Vienna Convention of Consular Rights - The *LaGrand* Case before the International Court of Justice”, 44 *German Yearbook of International Law/Jahrbuch für internationale Recht* (2001) pp. 430-432, 453-455, 459-460 y 467-468; Ph. Weckel, M.S.E. Helali and M. Sastre, “Chronique de jurisprudence internationale”, 104 *Revue générale de Droit international public* (2000) pp. 794 y 791; Ph. Weckel, “Chronique de jurisprudence internationale”, 105 *Revue générale de Droit international public* (2001) pp. 764-765 y 770.
22. CtIADH, “Prólogo del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Juez Antônio A. Cançado Trindade)”, in *Medidas Provisionales*, tomo III, Serie F, 2002, párrs. 21 y 27.
23. Documento OEA/CP/CAJP-1921/02/Corr.1, que anexo a esta presentación.

24. A saber, por orden de intervención: Perú, Chile, Uruguay, Costa Rica, El Salvador, México, Antigua y Barbuda, Colombia, República Dominicana, Guatemala, Venezuela, Honduras, Panamá, Nicaragua, Grenada y Brasil.
25. Como la Corte Europea de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Corte Internacional de Justicia, entre otros.

RESENHA DO LIVRO: CRIANÇAS E ADOLESCENTES: JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. RIO DE JANEIRO: CEJIL, 2003, 237 pp.

•••••
ANA LAURA BECKER DE AGUIAR

Bacharelada em Relações Internacionais da Universidade de Brasília (UnB).

O presente livro é uma iniciativa do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), uma organização não-governamental com fins não lucrativos, que se dedica à promoção dos direitos humanos nos países do hemisfério americano. O livro reúne a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativa às crianças e adolescentes na forma de compilação das sentenças, de mérito e de reparações, do *Caso Villagrán Morales e Outros versus Guatemala* (“Meninos de Rua”) e da *Opinião Consultiva sobre a Condição Jurídica e os Direitos Humanos da Criança* (OC-17). A iniciativa contribui para promoção da proteção dos direitos humanos das crianças e adolescentes no Brasil à medida que permite uma ampla difusão, pela primeira vez em português, da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos referente ao tema.

O caso “Meninos de Rua” foi apresentado pelo próprio CEJIL e pela Casa Alianza, organização dedicada à reabilitação e defesa de crianças de rua. No referido caso, foram denunciados os homicídios de cinco “meninos de rua”, bem como a tortura e seqüestro de quatro deles. A Corte considerou que havia evidências numerosas e concorrentes de que tais atos foram perpetrados por dois agentes da Polícia Nacional. Considerou comprovado, também, que quatro dos jovens foram detidos, arbitrariamente, em plena luz do dia, sem que lhes fosse garantido o direito de acesso à justiça. Concluiu que após terem sido indevidamente detidos, os meninos ficaram retidos, clandestinamente, durante um período que pode ter variado entre 10 e 21 horas, no qual considerou “razoável inferir que, ainda que não tenham sido apresentadas outras evidências a respeito, o tratamento que receberam durante aquelas horas foi agressivo ao extremo”.¹ Após os homicídios, os corpos dos meninos foram abandonados em um bosque. Tal prática é considerada per se como um

tratamento desumano e afeta, não apenas as vítimas diretas, mas as indiretas (familiares das vítimas).

A Corte assinalou a gravidade do caso devido ao fato das vítimas serem jovens e, principalmente, por serem, três delas, menores de idade. Ao avaliar o caso quanto ao mérito, a Corte considerou não apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos como também a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e a Convenção dos Direitos da Criança das Nações Unidas. Essa prática reflete o desenvolvimento do direito internacional no sentido de conferir uma interpretação ampla e completa do direito, abarcando todo *corpus juris* internacional referente ao tema, segundo a idéia de que uma Corte não pode ignorar a evolução e o enriquecimento do conjunto do sistema jurídico vigente no momento em que se aplica a interpretação para o fiel desempenho de suas funções.²

A Corte concluiu, ainda, que houve violação do direito à vida não apenas pela constatação de privação arbitrária da vida de todos os meninos assassinados, mas também pela violação da obrigação positiva do Estado em proteger e preservar esse direito. Essa asserção deu-se, primeiro, pelo fato de os próprios violadores serem agentes do Estado, o que levou a Corte a considerar que os cinco homicídios são, necessariamente, imputáveis ao próprio Estado. Segundo, pela inexistência de medidas de proteção contra essa violação. Essa decisão da Corte reconhece a amplitude do direito à vida e fortalece os direitos econômicos, sociais e culturais à medida que indica que sua observância é condição necessária para assegurar a completa realização do direito à vida.

Quanto aos direitos violados das crianças, deve-se destacar a seguinte afirmação da Corte: “...quando os Estados violam, nesses termos, os direitos das crianças em situação de risco, como os ‘meninos de

rua', os fazem vítimas de uma dupla agressão".³ A primeira agressão caracteriza-se pela não garantia por parte do Estado das condições mínimas necessárias para que os meninos de rua desenvolvam uma vida digna e sua personalidade. O Estado, ao permitir que suas crianças vivam em condições de miséria e pobreza, não lhes garante o direito de desenvolver um projeto de vida, afetando, assim, não apenas o futuro deles mesmos, mas da própria sociedade. Como destacou o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, presidente da Corte à época: "um mundo que abandona suas crianças nas ruas não tem futuro; já não possibilita criar e desenvolver um projeto de vida".⁴ Por sua vez, a segunda agressão caracteriza-se por o Estado guatemalteco atentar contra a integridade física, psíquica e moral, e mesmo contra a própria vida das vítimas.

O caso "Meninos de Rua" adquire valor ainda mais emblemático e inovador quanto às decisões tomadas na sentença de reparações. Além de reparações dos danos na via pecuniária tendo em vista indenizações por danos materiais e compensações por danos morais, a Corte estabeleceu formas de reparações não-pecuniárias as quais centram-se nas vítimas e no seu sofrimento.⁵ Essa prática demonstra uma tendência que acompanha o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos à medida que resgata a centralidade do ser humano e seu bem-estar como foco do direito das gentes, ou aquilo que o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade chamou de "processo em curso da necessária humanização do Direito Internacional".⁶ Assim sendo, a Corte decidiu que o Estado da Guatemala devia designar um centro educativo com um nome alusivo às jovens vítimas, e colocar, no mencionado centro, uma placa com os nomes das últimas.⁷ Essa decisão visa, portanto, despertar a consciência no sentido de evitar repetição do ocorrido e conservar viva a memória das vítimas.

Além disso, a Corte decidiu que o Estado devia oferecer os recursos e adotar as demais medidas necessárias para o traslado dos restos mortais da vítima, Henry Giovanni Contreras, e sua posterior inumação no local de escolha de seus familiares. A decisão buscou, ainda, respeitar os costumes e crenças dos familiares das vítimas, garantindo-lhes um alívio de seu sofrimento por meio do respeito à sua espiritualidade.

Enfim, o caso "meninos de rua" destaca-se pelas características especiais das vítimas apontando para uma evolução da proteção dos direitos humanos tendo em vista que confere acesso à justiça àqueles indivíduos que sofrem de sistemática exclusão, em todos os âmbitos, inspirando esperança no sistema de proteção interamericano de direitos humanos.

A Opinião Consultiva nº 17 (OC-17), de 28 de agosto de 2002, sobre a Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, insere-se nesse mesmo contexto de evolução do direito internacional dos direitos humanos. Nesse sentido, ao opinar que as crianças são titulares de direito e não apenas objeto de proteção, a Corte reafirma e consolida a concepção do ser humano como sujeito de direito internacional. Dessa forma, a opinião contribui para a "cristalização da personalidade jurídica internacional do ser humano e do advento da criança como sujeito de direitos no plano internacional".⁸

A OC-17 responde a consulta da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a interpretação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos referentes, respectivamente, às garantias judiciais e à proteção judicial. O objetivo da consulta era de determinar se as medidas especiais estabelecidas no artigo 19 da mesma Convenção, referente aos direitos das crianças, constituem "limites ao arbítrio ou à discricionariedade dos Estados em relação aos menores" e de formular "critérios gerais válidos sobre a matéria dentro dos limites da Convenção".⁹

A Comissão Interamericana argumentou que sua consulta tem como precedente a restrição ou menosprezo dos direitos de garantias judiciais e de proteção judicial devido à assunção, por parte de alguns Estados, que a obrigação de proteção pelo Estado para suprir a falta de juízo dos menores (as medidas de proteção estabelecidas no artigo 19 da Convenção Interamericana) pode passar para segundo plano a vigência desses direitos e garantias. Assim sendo, há uma prática de interpretação das medidas especiais de proteção que leva a um enfraquecimento do efetivo respeito aos direitos estabelecidos na Convenção e, principalmente, dos direitos da criança. Destarte, a Corte fornece uma rica análise sobre os mencionados artigos da Convenção e sobre os direitos das crianças, em geral, no sentido de estabelecer qual é a correta interpretação de tais garantias e promover o adequado respeito aos direitos e garantias estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Destaca-se da presente consulta a opinião da Corte de que as crianças são titulares de direitos no plano internacional e, portanto, possuem personalidade jurídica internacional. Tal opinião fortalece a titularidade jurídica internacional do ser humano e acompanha o desenvolvimento do direito internacional rumo à emancipação jurídica do mesmo.

Ressalta-se ainda, a opinião de que a expressão de que os "interesses superiores da criança" deve ser entendida como critérios norteadores para a elaboração

e aplicação de normas. Essa interpretação ressalta o interesse particular da criança e sua vontade própria distinguindo-a da de seus responsáveis e caracterizando-a como elemento assegurador da personalidade jurídica particular da criança.

Destaca-se, também, a importância da efetiva garantia dos artigos 17 e 19 da Convenção Americana (acerca dos direitos de proteção à família e da criança, respectivamente) e o dever dos Estados-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos de “tomarem medidas positivas que assegurem a proteção das crianças contra maus tratos, seja na sua relação com as autoridades públicas, ou nas relações pessoais ou com agentes não estatais”.¹⁰ Essa obrigação expressa a idéia de uma responsabilidade de proteção *erga omnes* à medida que impõe aos Estados-parte o dever de garantir o exercício do gozo dos direitos dos indivíduos, face ao poder do Estado, e também, às ações de terceiros particulares.

Enfim, a presente opinião esclarece, que “o fato de as crianças não desfrutarem de plena capacidade jurídica para atuar, e que tenham que exercer seus direitos por meio de outras pessoas, não as priva de sua condição jurídica de sujeitos de direito”,¹¹ consolidando, assim, a personalidade jurídica internacional das crianças frente a qualquer limitação de sua capacidade jurídica.

Assim, verifica-se que a presente coletânea constitui-se numa excelente ferramenta para a proteção dos direitos humanos, possibilitando divulgação da mais recente jurisprudência e do desenvolvimento do direito internacional e, mais especificamente, do direito internacional dos direitos humanos. Quiçá esse material possa ser instrumento que viabilize uma maior conscientização sobre a matéria e o fortalecimento da proteção dos direitos humanos no Brasil.

NOTAS

1. Um relatório da Anistia Internacional incorporado ao processo e que não foi contestado pelo Estado, assinalou que “os cadáveres apresentavam sinais de tortura: haviam-lhes cortado as orelhas e a língua, e haviam-lhes queimado ou tirado os olhos”. Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*, Sentença (quanto ao mérito) de 19.11.1999, Série C, n.63 par. 159.
2. O direito à informação sobre assistência consular no marco da garantia do devido processo legal. Opinião Consultiva OC-16/99 de 1º de outubro de 1999. Série A N° 16. pars 58 e 113-115.
3. Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*, Sentença (quanto ao mérito) de 19.11.1999, Série C, n.63 par. 191.
4. Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso *Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*, Sentença (quanto às reparações) de 26.05.2001, Série C, n.77, voto arrazoado do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, par. 21.
5. Essa decisão possui caráter bastante inovador uma vez que, ao contrário da clássica doutrina do *punitive damage* americano, centrada na punição do causador do dano, focaliza-se nas vítimas, tanto diretas quanto indiretas.
6. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva sobre a Condição Jurídica e os Direitos dos Trabalhadores Indocumentados, OC-18/03 de 17 de Setembro de 2003, Série A, n.18, voto arrazoado do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade. par. 89.
7. Quais sejam: Anstrum Aman Villagrán Morales, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juarez Cifuentes, Henry Giovanni Contreras e Federico Clemente Figueroa Túnchez.
8. Corte Interamericana de Direitos Humanos, supra nota 3, voto arrazoado do juiz Antônio Augusto Cançado Trindade capítulos II e IV. pp. 188-194 e 201-205.
9. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva sobre Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Série A, n.17, par. 1.
10. Corte Interamericana de Direitos Humanos, supra nota 9, opinião n. 9.
11. Ibid. Voto concorrente do Juiz A. A. Cançado Trindade, par. 53.

colectivo, como en lo que concierne al tiempo y a las circunstancias en los que éste aparece, que en cierto modo son su signo del zodiaco. Es oportuna la publicación porque se hace cuando conviene insistir voluntariosamente en el tema que aborda: una hora de batalla para preservar la intención, el espíritu, el proyecto humanista y justiciero que anima al Derecho de gentes, que corre el más grave riesgo. Los golpes de mano no suplantán las ideas ni derogan las buenas intenciones, pero pueden retrasar su implantación en la vida y empañar los pasos que varias generaciones dieron en torno al pensamiento que ilumina la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Gérard Peytrignet desarrolla un panorama ilustrativo sobre el Derecho internacional humanitario, sustentado en la antigua idea grociana –con precedentes milenarios– de que también en la guerra se mantiene viva la dignidad humana y se pone límites al ímpetu de los contendientes. El tratadista, que recuerda la raíz de aquel nuevo Derecho en la terrible experiencia de Solferino, lo define como el “cuerpo de normas jurídicas de origen convencional o consuetudinario, específicamente aplicable a los conflictos armados, internacionales o no internacionales, que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto de escoger libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra, evitando que las personas y los bienes legalmente protegidos sean afectados”.

Jaime Ruíz de Santiago distribuye en dos partes su maciza contribución a la obra. La primera se dedica a la protección jurídica internacional de la persona humana, en el doble plano universal y regional, y la segunda se aplica al examen de la protección internacional de los refugiados, otra rama poderosa –pero siempre asediada– de aquella tutela. En el curso de sus reflexiones, el tratadista pondera el recorrido que va del llamado “pasaporte Nansen” –en homenaje a quien convocó a pueblos y gobiernos, desde la tribuna de la Sociedad de las Naciones, a “rodear al mundo con una cadena de hermandad”– hasta la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967. En el terreno minado que abarca el Derecho internacional de los refugiados, se halla en juego la “dignidad de la persona humana”, como bien expresa, al cabo de su texto, Ruíz de Santiago.

El tercer capítulo de la obra colectiva –según el orden de aparición en la escena, como se acostumbra decir en otro género de obras– se debe a Antônio Cançado Trindade. En él analiza detalladamente las vertientes de la protección internacional de la persona humana y tiende los puentes que las comunican. A partir de un análisis particular de aquéllas, de su sentido, de su ámbito material y subjetivo, examina aproximaciones

y convergencias que le permiten establecer una visión unitaria particularmente útil si se quiere, como en efecto queremos, conferir el más amplio alcance al manto protector del Derecho de gentes y la más dilatada vigencia a sus principios, programas y preceptos. En este sentido, el autor asegura que “ni el Derecho internacional humanitario, ni el Derecho internacional de los refugiados, excluyen la aplicación concomitante de las normas básicas del derecho internacional de los derechos humanos”. En seguida, estudia aquellas aproximaciones y convergencias en los planos normativo, hermenéutico y operativo. El estudio se desenvuelve sobre los órdenes regionales de Europa y América y sobre el plano mundial. La conclusión es enfática: “La visión fraccionada de las tres grandes vertientes de la protección internacional de la persona humana se encuentra hoy definitivamente superada (...) Cabe seguir avanzando en esta dirección”.

Puesto que la presentación de esta obra, por parte de la Universidad Iberoamericana, se hace en oportunidad de una visita a México de mi buen amigo, el profesor Antônio Cançado Trindade, quisiera referirme con mayor detalle a la personalidad y a la tarea de este internacionalista brasileño, cuyo trabajo no se encierra en las fronteras de su enorme país –que tiene dimensiones continentales–, sino ha trascendido esos linderos y hoy posee relevancia internacional.

Conocí a don Antônio personalmente en mi desempeño como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El profesor Cançado integró este tribunal, por primera vez, en calidad de juez *ad-hoc* para intervenir en un caso célebre: *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*, fallado en diciembre de 1991. He compartido con él las andanzas, venturas y desventuras de esta jurisdicción internacional a lo largo de casi seis años, desde que llegué a continuar –sin su envidia personal y profesional– la tarea cumplida durante doce por mi compatriota, el profesor Fix-Zamudio. Entonces, Cançado Trindade era Vicepresidente del tribunal, en el que ahora se desempeña como infatigable Presidente. Mi pertenencia a la Corte me ha dado la oportunidad de conocer mejor a Cançado Trindade, verle y estimarle en su ejercicio judicial –sustentado en un sólido cimiento académico, difícilmente igualable– y secundarle, modestamente, en algunas tareas.

Ser Presidente de un tribunal internacional –pero especialmente de este tribunal– no es misión sencilla. Lo sabe bien el doctor Fix-Zamudio, que lo fue, y lo vive Cançado Trindade, que lo es. Se diría que esa Presidencia representa un gran honor, e incluso que puede constituir el punto culminante de una vida aplicada a la justicia. Ciertamente, pero eso no es todo. Quien preside la Corte Interamericana también debe cifrar su desvelo e invocar su buena suerte en el trabajo cotidiano de abastecer la

Corte con los recursos, la comprensión y la confianza de la comunidad internacional y de las comunidades nacionales. Aquella debe favorecer el desarrollo y la fortaleza del tribunal, y éstas deben aceptar la novedad internacional y ensanchar el horizonte, a menudo reticente, de la tutela jurisdiccional de los derechos de sus integrantes. Los Estados son –o debieran ser– los aliados naturales en la empresa de construir un sistema internacional protector de aquellos derechos, que constituya, por eso mismo, el signo de un compromiso político, jurídico y moral.

La Corte Interamericana es joven todavía. Dos décadas no son mucho en la vida de una institución de su naturaleza: apenas el tiempo de nacer, establecerse, dar algunos pasos en el sentido de su vocación y acreditar su necesidad y su beneficio. En los años de esta etapa juvenil, la Corte ha podido construir una jurisprudencia vigorosa, que crece y avanza en temas tradicionales y novedosos. En el *corpus juris* de dieciocho opiniones consultivas –dos de ellas solicitadas por México; la última, emitida hace pocos días– y decenas de sentencias sobre excepciones preliminares, puntos de fondo y reparaciones, la Corte ha sustentado los criterios de la nueva jurisprudencia internacional, que constituye –para decirlo en palabras del propio Cançado Trindade– un patrimonio jurídico de los países americanos. En esta misión tiene un lugar descollante el actual Presidente del Tribunal.

Hace más de medio siglo se instituyó la otra jurisdicción internacional de derechos humanos, fundada sobre la Convención de Roma. Estaba muy cerca la experiencia de la Segunda Guerra, que había puesto al mundo en la frontera del abismo. El incendio que cundió en Europa tuvo la virtud de agitar las conciencias y reivindicar la condición primordial de los derechos del ser humano y la imperiosa necesidad de protegerlos. Son, es verdad, prenda de la dignidad del hombre, pero también condición de subsistencia de nuestra especie. Esa emergencia de las ideas, de los sentimientos, de las esperanzas, creó una circunstancia favorable al reconocimiento de los derechos fundamentales y al desarrollo de unos medios de tutela que culminarían en el orden internacional el desenvolvimiento iniciado –y a menudo frustrado, como se vio antes de entonces y se ha visto luego– en el orden nacional.

La Corte Europea ha conseguido un lozano desenvolvimiento. Enfrenta problemas importantes, que seguramente sorteará con acierto, pero entre ellos ya no figura la resistencia y mucho menos la desconfianza o el rechazo de aquella sociedad continental, que hoy abarca –bajo las banderas de una cultura compartida y unos valores comunes– a ochocientos millones de personas. Había quedado en claro, una vez más, que la

sociedad política se crea, como dijeron la Declaración de Independencia de los Estados Unidos y la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, para preservar los derechos fundamentales del individuo; unos derechos, por cierto, que hoy no se agotan en el puñado de libertades y prerrogativas que proclamaron aquellas cartas revolucionarias, sino agregan –en número creciente– los nuevos derechos que han traído consigo las también nuevas revoluciones, violentas o apacibles, de la humanidad.

La jurisprudencia de la Corte Europea –ampliamente valorada, en su condición de fuente de Derecho internacional, por el tribunal interamericano– ha tenido ya la repercusión que merece y que debe ser el efecto principal de los criterios que se recogen o establecen en las sentencias de la justicia internacional. En este sentido, ha contribuido a la renovación de las normas nacionales, a la reorientación de las decisiones judiciales internas y a la formación de nuevas prácticas en materia de derechos humanos. La jurisdicción internacional sería infecunda –o tendría alcance menor– si se contrajera a nutrir la doctrina de los tratadistas y a resolver, en el marco estrecho de cada contienda particular, los litigios sobre los que se pronuncia. Debe aspirar –y en efecto aspira– a la trascendencia hacia los órdenes nacionales, que significa, en definitiva, trascendencia hacia la conducta del poder público y la vida misma de las personas. El camino que se recorre desde la violación de una norma hasta la decisión del tribunal internacional, se vuelve a transitar, de retorno, entre esa decisión y su influencia sobre la realidad nacional.

La breve historia de nuestra Corte Interamericana viaja en esa misma dirección. En ella se hallan su vocación y sus pretensiones. A partir de 1969, año en que se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de 1979, fecha en que se estableció la Corte Interamericana mediante solemne instalación celebrada en el Teatro Nacional de San José –la capital de una república hospitalaria para la democracia y los derechos fundamentales–, el tribunal ha cumplido un incesante programa de desarrollo y consolidación. A él han contribuido muchos hombres y mujeres de buena voluntad, afianzando su raíz ideológica e institucional, procurando mejores horizontes, convenciendo a los escépticos y manteniendo firme su integridad institucional y su deber jurisdiccional. En este esfuerzo ha tenido también una participación descollante el Presidente Cançado Trindade, viajero infatigable en todos los caminos –muchos en América; otros fuera de ella– que ha sido preciso recorrer para la fortaleza, el prestigio y el crecimiento de la jurisdicción interamericana.

En la obra cuya presentación hacemos se muestra el tránsito del ser humano desde una situación de penumbra, en la que sus derechos –si los había– padecieron opresión, hasta una posición de grandeza, una vez consentido su ingreso a la escena del Derecho internacional. En otras oportunidades me he referido a la doble insurgencia o emergencia del hombre: primero, en el dominio de la naturaleza, cuando pudo alzar su cuerpo y elevar su frente como nunca lograron los otros seres de la creación; y después, en el dominio del derecho y la moral, cuando pudo esgrimir facultades y libertades a partir de su condición humana, sin invocación de otros títulos o poderíos. En este segundo capítulo de la presencia del hombre sobre la Tierra se asentó el constitucionalismo antropocéntrico y se anunció el internacionalismo de la misma naturaleza. De aquí seguiría la copiosa floración del Derecho de gentes en las vertientes que ha presenciado el último siglo y que constituyen tema y propuesta de la obra colectiva: Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho internacional de los refugiados.

El Derecho internacional de los derechos humanos y su personaje crucial, el ser humano, eje del sistema y horizonte de sus apremios, ha constituido, de tiempo tras, un motivo principal en la reflexión jurídica del profesor brasileño. Se ha esforzado en exponer la tradición del hombre en el pensamiento clásico del Derecho internacional –tan grato a los juristas de raíz ibérica– y su relativa declinación, en aras del protagonismo estatal, en el período intermedio entre aquél y la época que ahora cruzamos. Por supuesto, el buen observador de su realidad sabe perfectamente que la reivindicación jurídica –que parece una batalla ganada– no asegura por fuerza la reivindicación real –que es siempre una batalla por librar. Eso lo sabe Cançado Trindade como jurista reflexivo y como juez diligente. En ambos espacios cumple la tarea de recuperar el primado del ser humano y colocarlo como sustrato de esta nueva dimensión del Derecho de gentes. Así se observa en la doctrina que elabora y en la sentencia que concurre a expedir, a la que suele agregar el tono de su propia voz a través de votos particulares que son sustanciosas aportaciones a la doctrina internacional.

Quiero destacar un empeño del juez Cançado Trindade, que ha rendido buenos frutos, en este rumbo de afirmación de los derechos del individuo en el orden internacional. Evidentemente, la jurisdicción de los derechos humanos se alza sobre la convicción y la admisión de que el ser humano ha adquirido la calidad de sujeto del Derecho internacional y de que puede beneficiarse, por lo tanto, de una tutela jurídica de este mismo alcance. Sin embargo, este reconocimiento no entraña por sí mismo la dotación de todos los derechos practicables. Una cosa es exaltar los derechos

sustantivos –vida, libertad, seguridad, pensamiento, creencia, expresión, por ejemplo–, y otra incorporar en el estatuto de la persona los derechos procesales que permitirán reclamar y recuperar esos derechos sustantivos y los bienes jurídicos correspondientes.

Me refiero al problema del *locus standi iudicio* y, en su hora, del *jus standi iudicio*, que en la teoría procesal se resume, desde hace tiempo, como legitimación del individuo. El legitimado para acceder directamente a la justicia y reclamar inmediatamente sus derechos materiales es un actor, no un mero espectador, y ni siquiera un acompañante calificado. En la evolución de la materia jurisdiccional del Derecho internacional de los derechos humanos, esa cuestión ha recibido diversas soluciones, que muestran la menor o mayor evolución del orden internacional en este ámbito.

En el plano europeo, en el que actuaron una Comisión de Derechos Humanos y una Corte de igual especialidad, el recorrido condujo –por medio del Protocolo 11 a la Convención de Roma– a la entrega de legitimación al individuo, con la consecuente desaparición del intermediario promotor, la Comisión. No ha sucedido lo mismo en el orden americano, sujeto a unas disposiciones convencionales que depositan la acción procesal en manos de la Comisión Interamericana, que la esgrime con frecuencia, y de los Estados, que no la utilizan. Finalmente, la Comisión –parte en sentido procesal, subraya siempre Cançado Trindade, como también manifiesta el actual Reglamento de la Corte Interamericana– retiene en este caso una presencia similar a la que tienen, internamente, el Ministerio Público o el ombudsman. Conste que no estoy identificando estrictamente aquélla con éstos, sino sugiriendo –como han hecho diversos autores– una semejanza útil para fines de exposición.

El juez Cançado Trindade, fiel a su convicción, ha trabajado vigorosamente por ampliar la participación de la víctima en el enjuiciamiento ante la Corte Interamericana. Este es uno de los temas que suele desarrollar y defender con maestría. Ante las instancias pertinentes de la Organización de los Estados Americanos, en la exposición frente a públicos especializados o generales y en la elaboración de estudios, proyectos y ponencias, Cançado se refiere con juiciosos argumentos al ingreso más franco y más extenso de la víctima en los actos del proceso internacional, de manera que su prestancia procesal se empareje con la prestancia material que ya ha conseguido.

En este orden de consideraciones, son particularmente apreciables sus trabajos publicados en la extensa *Memoria del Seminario sobre “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI”*, realizado en San José de

Costa Rica, en noviembre de 1999. En el primer volumen de dicha *Memoria* aparece un trabajo excelente que abarca esta materia, entre otras, bajo el título: “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”. En el segundo volumen se recoge su informe como relator de las “Bases para un proyecto de protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección”.

En este informe –como en otros trabajos preparados y presentados con el objetivo de favorecer el desenvolvimiento del Derecho internacional de los derechos humanos, extendiendo para ello los derechos procesales de la víctima–, el juez Presidente Cançado Trindade ofrece una noticia pormenorizada de la evolución del Reglamento de la Corte. Es trascendente este punto en función de las características del Reglamento como pieza fundamental del enjuiciamiento internacional. Tomando en cuenta los linderos que establecen la Convención y el Estatuto de la Corte, el papel de la víctima se ha llevado tan lejos como ha parecido posible mediante sucesivos progresos en esa norma reglamentaria.

El autor se refiere, sobre todo, al tercer Reglamento de la Corte, de 1996 –primero a cuya aplicación tuvo oportunidad de concurrir– que abrió la posibilidad de que la víctima actuase con cierta autonomía con respecto a la Comisión en la etapa de reparaciones y para los efectos de éstas. En el año 2000, la Corte adoptó un nuevo Reglamento, el cuarto de la serie, actualmente en vigor, que va mucho más allá: las presuntas víctimas, sus representantes o sus familiares debidamente acreditados –dice el artículo 23– podrán presentar sus “solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso”.

Esta ya es una “pica en Flandes”, aunque no se constituya la víctima, todavía, en titular de la acción procesal. Reconocido que aquélla es parte en sentido material –como diría Carnelutti–, es decir, sujeto del litigio, se adelanta un paso en el rumbo que pudiera convertirla en parte formal, esto es, sujeto del proceso. Cançado Trindade celebra el avance con satisfacción. No lo considera el final del camino, pero reconoce que marca un hito estimable en el recorrido que lleva a una posible participación plena de la víctima en la promoción y reclamación de sus derechos ante el órgano jurisdiccional. He destacado este asunto –entre otros que podría traer a estas consideraciones– por la importancia que don Antônio le ha concedido en sus trabajos como jurista y como magistrado Presidente del órgano internacional.

México, mi patria, y Brasil, la patria de Antônio Cançado Trindade, llegaron casi simultáneamente ante la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, a través de sus respectivos actos de reconocimiento, que estuvieron pendientes durante muchos años. Con ello, doscientos setenta –o más– millones de iberoamericanos vieron elevarse una nueva garantía de sus derechos fundamentales, encarnada en la justicia internacional. El compromiso jurídico, ético y político de ambos países ha contribuido de manera muy significativa, en mi concepto, al fortalecimiento de la Corte y de lo que ella representa y promete. Aguardamos todavía, es verdad, la incorporación de otros países de Norteamérica y el Caribe, pero el paso dado por México y Brasil al final de 1998 ha tenido enorme relevancia en la empresa de construir un sistema continental tutelar de los derechos humanos.

Hay otros pasos que dar. Cada quien podrá reflexionar sobre ellos y exponer su propia versión. Por lo que hace a México, el trayecto hasta el punto en el que nos encontramos ha sido arduo y accidentado. Respeto y aprecio, como el que más, las razones de mi país en su vida internacional. Es preciso conocerlas y entenderlas, para comprender las distintas etapas de nuestro acercamiento a la jurisdicción internacional, en general, y a la de los derechos humanos, en particular. En su hora, esto permitirá examinar con objetividad y resolver por consenso –este es mi voto– la incorporación al sistema de justicia penal internacional. Es conocida la posición del Gobierno mexicano antes de la Conferencia que examinó y aprobó, en 1969, la Convención Americana y, en ésta, la creación de la Corte Interamericana, posición que sostuvo la delegación mexicana –encabezada por el esclarecido profesor Antonio Martínez Báez– casi hasta el final de ese encuentro, antes de aceptar, como consta en el Acta Final, el establecimiento de la Corte.

También es conocido el curso de los acontecimientos que vinieron más tarde: adhesión a la Convención, simpatía por la causa jurisdiccional en el seno de la Organización de los Estados Americanos, participación de jueces mexicanos en el tribunal, solicitud de opinión consultiva sobre el derecho de información acerca de la asistencia consular, admisión de la competencia contenciosa, nueva solicitud de opinión en torno a los derechos laborales de los trabajadores indocumentados, entre otras estaciones del largo recorrido. Y aquí nos encontramos. Ahora conviene que la República reflexione sobre el puente que es preciso tender entre el orden internacional y el nacional, como lo han tendido otros países del Continente, para evolución del Derecho, progreso de la protección a la persona y claridad de la situación.

Ha llegado el momento de crear un marco jurídico constitucional que haga luz en este campo y facilite la articulación de México en el sistema internacional, no para recibir decisiones extrañas, sino para subrayar la decisión política fundamental central de la nación, que consta en la Ley Suprema: protección al ser humano, valor primordial en el orden jurídico interno; y no para prescindir de soberanía, sino en ejercicio de ésta, un ejercicio consecuente con esa decisión fundamental y, por ende, con el interés superior de la nación.

En la agenda de las reformas constitucionales debiera encontrarse, por otra parte, una que acoja con franqueza y claridad las normas de los tratados internacionales en el ordenamiento nacional, habida cuenta de que ya forman parte de éste, a título de ley suprema de la Unión, y de que es conveniente –o mejor dicho, indispensable– profundizar en las consecuencias de ese mandamiento alojado en el artículo 133 constitucional. Es pertinente que los derechos consagrados en tratados de los que forma parte México –y que son, como observa Fix-Zamudio, norma nacional de fuente internacional– se hallen protegidos por medios jurisdiccionales domésticos, tomando en cuenta que la justicia nacional es la primera línea de protección de los derechos humanos. Para ello, considero procedente la reforma que plantea el proyecto elaborado en 2000 y 2001 por una comisión de juristas designada por la Suprema Corte de Justicia, que plantea incorporar explícitamente en el ámbito material de protección del

juicio de amparo la tutela de los derechos humanos previstos en instrumentos internacionales de los que México sea parte.

La reflexión que suscitan el pensamiento y la obra de Antônio Cançado Trindade, conjuntamente con sus colegas Peytrignet y Ruíz de Santiago, podría llevarnos muy lejos. La presentación de la obra editada por la Universidad Iberoamericana ha servido como oportunidad para revisar algunos temas principales del nuevo orden internacional de los derechos humanos, hoy asediado por regresiones y peligros que han puesto en predicamento la eficacia misma del Derecho de gentes y la integridad y fortaleza de sus instituciones. Si es preocupante el cuestionamiento del sistema de seguridad colectiva, no lo es menos –y hasta pudiera serlo más– la afectación profunda de los derechos humanos, con el consiguiente desmedro de una verdadera democracia, que ha traído consigo la etapa de incertidumbre y relativismo que estamos viviendo. El desconocimiento del derecho en aras del derecho, el desmontaje de la libertad en aras de la libertad, la declinación de la seguridad en aras de la seguridad no sólo encierran paradojas inadmisibles, sino peligros gravísimos que deben ser señalados y conjurados. A esto –entre otros fines plausibles– sirve la celebración de las ideas y las aportaciones a la ciencia del Derecho por parte de un jurista descollante al que mucho debe el internacionalismo contemporáneo de nuestra América.

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (2° SECT.), 16 DÉCEMBRE 2003, 64927/01, PALAU-MARTÍNEZ C. FRANCE



LAURENCE BURGORGUE-LARSEN

Professeur à l'Université de Rouen; Directeur du Centre de Recherches et d'Etudes sur les Droits de l'Homme et le Droit Humanitaire.

Mots clés: Vie familiale – Divorce – Droit de garde des enfants – Religion – Témoins de Jéhovah – Discrimination.

Gare aux motivations judiciaires qui stigmatisent grossièrement l'appartenance religieuse en matière d'exercice des droits parentaux. "Le débat sur le voile à l'école" porté sous les feux médiatiques suite aux travaux de la "Commission Stasi" (rapport du 11 décembre 2003 publié dans *Le Monde* du 12 décembre), aurait presque fait oublier que le fait religieux – bien précieux du "for intérieur" – peut se manifester également, et peut-être avant tout, dans l'espace restreint du cercle familial. Toutefois, quand celui-ci se délite et se solde par un divorce, la pratique religieuse d'un des parents peut devenir un sujet supplémentaire de discorde entre les ex-époux, notamment quand se trouve en jeu la garde des enfants. L'affaire *Hoffman c. Autriche* du 23 juin 1993 (série A 255-C) avait été une première manifestation de cette dialectique: le juge européen n'avait pas hésité à condamner l'Autriche dans la mesure où ses tribunaux avaient attribué l'exercice de l'autorité parentale au père en se basant sur la seule qualité de Témoin de Jéhovah de la mère pour la lui refuser. Avec l'affaire *Palau-Martinez*, c'est à un *bis repetita* auquel on assiste.

La requérante s'était vue confier la garde de ses deux enfants par le Tribunal de Grande Instance de Nîmes, son mari ayant abandonné le domicile conjugal afin de vivre avec sa maîtresse. L'exercice de l'autorité parentale était toutefois conjoint et le père bénéficiait d'un droit de visite et d'hébergement s'exerçant librement. Insatisfaite des conditions matérielles et financières de l'exercice de l'autorité parentale, Mme Palau-Martinez fit appel de ce jugement, tandis que son ex-mari – bravant le jugement de première instance – en profitait pour garder ses enfants et refuser qu'ils puissent retourner vivre avec leur mère à Valence (Espagne). Alors que l'arrêt de la Cour d'appel donnait satisfaction à la requérante sur l'allocation d'une prestation compensatoire, elle lui déniait toutefois le

droit de résider avec ses enfants sur la base d'une motivation qui, le moins que l'on puisse dire, ne laissait guère de doute sur la perception négative des juges sur les pratiques des Témoins de Jéhovah. La maladresse de l'argumentation de la Cour d'appel est telle, qu'il apparaît opportun d'en reproduire les passages les plus révélateurs: "Attendu que les règles éducatives imposées par les Témoins de Jéhovah aux enfants de leurs adeptes sont essentiellement critiquables en raison de leur dureté, de leur intolérance et des obligations imposées aux enfants de pratiquer le prosélytisme; attendu que l'intérêt des enfants est d'échapper aux contraintes et interdits imposés par une religion structurée comme une secte; attendu qu'il n'y a pas lieu de procéder à une enquête sociale qui, en l'état, ne pourrait que perturber les enfants." Sur la base de ces considérations, la cour d'appel estima – contrairement au premier jugement – qu'il convenait de fixer la résidence des deux enfants mineurs au domicile du père, tandis que la Cour de Cassation (arrêt du 13 juillet 2000) confirmait l'arrêt d'appel.

Une telle motivation ne fut pas admise par la Cour européenne qui releva – pour la condamner – la "différence de traitement reposant sur la religion de la requérante, au nom d'une critique sévère des principes d'éducation qui seraient imposés par cette religion." (§38). Ce constat réprobateur effectué, il restait toutefois à déterminer si une telle discrimination était motivée "par une justification objective et raisonnable" conformément à une jurisprudence classique et abondante en la matière (*ad ex. Darby c. Suède*, 23 octobre 1990, série A n°187) (§39). Ainsi, il fallut que le juge européen identifie le "but poursuivi". A cet égard, il ne put que constater qu'il était non seulement présent ("protéger l'intérêt des enfants"), mais aussi et surtout "légitime". Il fallut également que la Cour européenne établisse le rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés, c'est-à-dire la fixation de la résidence des enfants au domicile de leur père, et le but poursuivi. Or,

ici, les reproches adressés au juge français (*i.e.* la cour d'appel), sont de deux ordres (§42): *primo*, une motivation *in abstracto* effectuée "en fonction de considérations de caractère général" et qui n'a démontré à aucun moment, «l'influence de la religion de la requérante sur l'éducation et la vie quotidienne des enfants»; *secondo*, le refus d'accéder à la requête de Mme Palau-Martinez qui avait pourtant réclamé la tenue d'une enquête sociale "pratique courante en matière de garde d'enfants". Or, cette enquête aurait justement permis de "réunir des éléments concrets sur la vie des enfants avec l'un et l'autre de leurs parents et sur les incidences éventuelles de la pratique religieuse de leur mère sur leur vie et sur leur éducation.» Les dés étaient jetés : la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 était donc prononcée par la Cour qui ne jugea pas nécessaire de statuer tant sur l'article 8 pris isolément, que sur la violation alléguée des articles 6§1 et 9 pris isolément et combiné avec l'article 14. Pour la petite histoire des pratiques judiciaires, alors qu'elle allouait 10.000 euros à la requérante au titre du préjudice moral, elle refusa de prendre en charge la partie des honoraires de l'avocat qui correspondait à une consultation d'un professeur d'université d'un montant de 4573,47 euros. Et la Cour d'affirmer sèchement, que "compte tenu de la nature de l'affaire et du précédent jurisprudentiel existant, la consultation demandée à un universitaire n'était pas nécessaire et que l'avocat de la requérante aurait pu procéder lui-même aux recherches nécessaires." Autant dire que cette incise devrait décourager plus d'un avocat à se retrancher derrière les confortables expertises universitaires plus rapides et simples à solliciter qu'à effectuer; surtout, elle devrait attirer la vigilance de leurs clients sur la pertinence effective de recourir à ce genre de consultations qui ont comme effet immédiat d'alourdir la note d'honoraires à régler...

Si les juges avaient été particulièrement divisés dans l'affaire *Hoffman* – puisque quatre sur cinq avaient pris le soin d'émettre des opinions séparées où ils regrettaient que le bien-être des enfants n'ait pas prévalu devant les "dogmes" d'une "secte religieuse" (*dixit* le juge Walsh) – dix ans plus tard, on ne relève qu'une seule voix dissidente, celle du juge Thomassen. Autre temps, autres mœurs. La question du statut ou non de religion des Témoins de Jéhovah n'est plus un enjeu de la dissidence. Si de traitement discriminatoire il ne fut point question selon le juge minoritaire entre les parents, il releva cependant l'opportunité qu'il y aurait eu à condamner la France sur la base du seul article 8 pour défaut de participation de la mère au processus décisionnel qui a amené la cour d'appel à lui retirer le droit de résidence avec ses enfants. Et de rappeler "l'acte illégal" du père qui ne s'est pas conformé au premier jugement ; surtout, de pointer du doigt sa "confirmation" par la cour d'appel qui, ce faisant, a privé

la mère de son droit à la vie familiale avec ses enfants. Une telle violation ne pouvait se justifier sans entendre les enfants et/ou ordonner une enquête sociale. Sans le dire, le juge dissident faisait ici référence à la jurisprudence *Elsholz c. Allemagne* du 13 juillet 2000 dont on sait qu'elle étendit la protection procédurale des droits parentaux (CEDH, *W. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 1987, série A 121 A) aux procédures concernant l'autorité parentale. On pourra regretter sur ce point que la Cour ait opté *in fine* pour une évidente économie de moyens et qu'elle n'ait pas étoffé le versant procédural de sa jurisprudence en reconnaissant *expressis verbis* que l'absence d'enquête sociale était une violation du droit procédural à la vie familiale de la requérante.

CEDH, 9 janvier 2003, L. et V. c. Autriche (Section I)

et CEDH, 9 janvier 2003, *S. L. c. Autriche* du 9 janvier 2003 (Section I).

Mots clés: Discrimination – Différence de l'âge de consentement entre homosexuels et hétérosexuels / lesbiennes – Violation – Unanimité (Article 14 combiné avec article 8)

La banalisation du contentieux homosexuel devant la Cour de Strasbourg pourrait faire oublier, y compris au lecteur attentif, que la notion de "victime potentielle" est décidément entrée dans les us et coutumes méthodologiques du juge européen, au point qu'il ne discute même plus ce qui est pourtant une dérogation de nature prétorienne à la lettre de l'article 34 de la Convention. L'*actio popularis* apparaît ainsi systématique pour les requérants homosexuels qui se plaignent d'une législation discriminatoire sous l'empire de laquelle ils sont susceptibles de tomber. Initiée avec l'arrêt fondateur *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, confirmée avec les arrêts non moins célèbres *Norris c. Royaume-Uni* du 26 octobre 1988 et *Modinos c. Chypre* du 22 avril 1993, elle se poursuit ici avec l'arrêt *S.L. c. Autriche* du 9 janvier 2003¹, après avoir été réitéré plus discrètement dans l'affaire *Sutherland c. Royaume-Uni* (v. Comm.EDH, rapport du 1^o juillet 1997, req. n°25186/94), celle-ci ayant été *in fine* radiée du rôle (arrêt du 27 mars 2001).

La "victime" est un jeune homme qui se plaint de ne pas avoir pu entretenir de relations sexuelles avec un homme adulte de plus de dix-huit ans. La sévérité de la législation pénale autrichienne qui érigeait en infraction les actes sexuels entre un adulte et une personne du même sexe âgée de 14 à 18 ans – en incriminant l'adulte – l'en ayant irrémédiablement dissuadé. Ainsi, le seul maintien en vigueur de l'article 209 du Code pénal – encouragé en son temps par la Cour constitutionnelle qui estima que cette disposition

n'enfreignait pas le principe d'égalité (Cour Const. autrichienne, 3 octobre 1989) – a empêché le requérant de s'épanouir sexuellement – violant ainsi sa vie privée (dont on sait qu'elle inclut les aspects les plus intimes de celle-ci, *i.e.* sa vie sexuelle), contrairement aux hétérosexuels et aux lesbiennes pour qui l'âge de consentement aux relations sexuelles était fixé à 16 ans.

L'arrêt ne frapperait pas autant s'il n'était pas lu de façon combinée avec l'affaire *L. et V. c. Autriche* rendue le même jour et qui reprend, à l'identique, le même argumentaire. Or, il y a pourtant une différence essentielle entre les deux espèces: *L.* et *V.* – nés respectivement en 1967 et 1968 – ont été condamnés pour avoir eu des relations sexuelles avec des adolescents âgés de 14 à 18 ans, autrement dit pour avoir enfreint les dispositions du Code pénal autrichien, tandis que *S.L.* n'a pas voulu les enfreindre de peur de voir un partenaire éventuel tomber sous le coup d'une condamnation pénale. La démarche de la Cour n'est pas critiquable sur le fond ; elle l'est assurément sur la forme. Ne pas rappeler dans l'affaire *S.L.*, même de façon laconique, que la notion de "victime potentielle" est une dérogation – de taille – à la particularité du recours individuel qui a pour fondement axiologique l'existence de l'application *in concreto* à un individu d'une "loi" (au sens européen du terme), c'est banaliser la dérogation, c'est banaliser le flou conceptuel et pratique entre les requêtes individuelles et inter-étatiques. On pourrait rétorquer, en guise de contre-attaque argumentaire, que la technique qui permet de stigmatiser *in abstracto* une législation manifestement inconventionnelle a permis à la Cour de reléguer aux magasins des souvenirs juridiques et politiques la pénalisation de l'homosexualité en tant que telle (*v.* arrêts précités *Dudgeon, Norris et Modinos*). Elle ferait de même ce faisant avec la pénalisation des actes homosexuels masculins effectués entre adultes et adolescents âgés de 14 à 18 ans. Or ici une fois encore, le bât blesse. Si aujourd'hui en Autriche la Cour constitutionnelle (Cour const. Autrichienne, 21 juin 2002) comme le législateur (réforme du code pénal entrée en vigueur le 14 août 2002), ont fini par se rallier au principe de non-discrimination à l'endroit des homosexuels, ce n'est certes pas à la suite de ces deux arrêts de condamnation, *postérieurs aux réformes*. Les condamnations à l'unanimité de l'Autriche (pour violation de l'article 8 combinée avec l'article 14) mettent

à l'index une législation qui, au moment du prononcé des arrêts, n'était plus en vigueur. Certes, la chose n'est pas inédite, mais elle aurait d'autant plus mérité que la Cour rappela en un paragraphe de principe sa doctrine sur la notion de "victime potentielle", à tout le moins dans l'affaire *S.L.* Au lieu de cela, le juge strasbourgeois s'évertua à suivre le chemin tracé par la Commission européenne dans l'affaire *Sutherland* qui, s'appuyant sur le verdict des experts psychiatres (de façon excessive?) et arc-boutée sur l'existence d'un "consensus européen"²² avait décidée de mettre fin à sa doctrine antérieure qui, pendant longtemps pourtant, n'avait trouvée rien à redire à la législation pénale discriminatoire autrichienne (Comm.EDH, décision du 13 mai 1992, *Z c. Autriche*; Comm.EDH, 26 juin 1995, *H.F. c. Autriche*). Dans ce contexte, la Cour minimisa la différence avec l'affaire britannique : le fait qu'en droit autrichien le mineur homosexuel ne soit pas condamné ne fut pas jugé central, tandis que fut à l'inverse valorisée l'existence du fameux "consensus" entre les Etats membres du Conseil de l'Europe (§42, *S.L.*; §50 *L. et V.*).

Condamner à l'unanimité l'Autriche pour une législation obsolète, sur la base d'une notion qui ne fut à aucun moment rappelée, celle de "victime potentielle" (arrêt *S.L.*), n'a pas suffi pas à la Cour. S'écartant des précédents *Dudgeon, Norris et Modinos*, elle alloua 5.000 euros au requérant pour dommage moral. Et d'expliquer rapidement que ces arrêts fondateurs avaient été rendus il y a plus de vingt et dix ans (laissant sous-entendre qu'ils ne pouvaient plus être sur ce point des références) et qu'elle accordait de l'importance "au fait que le requérant ait été empêché de nouer des relations sexuelles correspondant à son orientation jusqu'à l'âge de dix-huit ans" (§52). Si on peut comprendre que dans l'affaire quasi-jumelle du même jour, les requérants *L.* et *V.* aient quant à eux perçu respectivement 15.000 euros pour dommage moral du fait de leur condamnation et du préjudice découlant de leur procès où les aspects les plus intimes de leur vie sexuelle ont été fustigés publiquement (§60), on pourra se montrer plus circonspect sur l'allocation pécuniaire allouée à *S.L.* à l'instar de trois juges dissidents. "Victime" sans avoir eu à subir la législation pénale discriminatoire autrichienne, "dédommagé" pour ne pas avoir pu suivre ses dispositions d'ordre sexuel... La Cour n'en fait-elle pas trop?

NOTES

1. Il est uniquement disponible en anglais à l'instar de l'arrêt *L. et V. c. Autriche*.
2. Consensus démontrant une équivalence de l'âge de consentement aux relations sexuelles entre les homosexuels et les hétérosexuels / lesbiennes.

CONSELHO EDITORIAL

Antônio Augusto Cançado Trindade (Presidente de Honra)

Ph.D. (Cambridge – Prêmio Yorke) em Direito Internacional; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; Juiz e ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; ex-Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Membro da Assembléia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e do Conselho Diretor do Instituto Internacional de Direitos Humanos (Estrasburgo); Membro Titular do “Institut de Droit International”; Presidente de Honra do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos; Membro do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional de Haia, Holanda.

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 do Ministério da Justiça; Membro da Assembléia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; 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.

Antonio Otávio Sá Ricarte

Professor Assistente do Instituto Rio Branco; ex-Delegado no Brasil ante o Escritório das Nações Unidas em Genebra.

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; Professor do Curso de Especialização em Política Criminal, Segurança Pública e Direitos Humanos, promovido pela Escola do Governo do Distrito Federal, em parceria com a Faculdade de Direito Farias Brito; Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça.

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.

Juan Carlos Murillo

Representante Regional do ACNUR para a América Central (Encarregado de Capacitação em Direito dos Refugiados).

Laurence Burgogue-Larsen

Doutora em Direito Público; Catedrática de Direito Público na Universidade de Rouen; Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos e em Direito Internacional Humanitário (CREDHO-Rouen).

Manuel E. Ventura-Robles

Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Membro 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).

Pablo Saavedra Alessandri

Secretário da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Advogado; Bacharel e Mestre em Relações Internacionais; Professor de Direito Internacional Público do UniCEUB e da Faculdade de Relações Internacionais da Universidade de Brasília; Diretor-Presidente do Centro de Proteção Internacional dos Direitos Humanos – CPIDH; Consultor Jurídico para o Brasil do Escritório Regional para o Sul da América Latina do ACNUR.

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

Professora de Direito Constitucional da Universidade Estadual do Amazonas; Mestre em Direito pela Universidade de Brasília; Advogada do Centro de Direitos Humanos de Manaus (Amazonas).