



ISSN 1677-1419

Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 6, Vol. 6, Número 6 - 2005



ORGANIZADORES

ANTÔNIO AUGUSTO CAÑADO TRINDADE
CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL



Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 6, Vol. 6, Número 6 - 2005



Revista do
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 6, Vol. 6, Número 6 - 2005

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 Burgorgue-Larsen
Manuel E. Ventura-Robles
Margarida Genevois
Maria Glaucéria 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. 6, N. 6 (2005). Fortaleza, Ceará.
Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, 2005.
Anual.

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

CDU

.....



ORGANIZADORES
 ANTÔNIO AUGUSTO CAÑADO TRINDADE
 CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL

● Conselho Consultivo	05
● Apresentação	09
I - The Illegality Under Contemporary International Law of all Weapons of Mass Destruction Antônio Augusto Cañado Trindade	11
II - O Tratamento Legislativo do Terrorismo no Brasil em Face dos Direitos Humanos Carlos Weis	31
III - Alcances y Perspectivas de la Prevención y del Control Social como Instrumentos de Política Criminal (Una Visión del Problema a la Luz de los Derechos Humanos) César Oliveira de Barros Leal	45
IV - Responsabilidade Internacional Agravada do Estado: Violações Graves de Normas de <i>Jus Cogens</i> e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos Clara Martins Sólón	59
V - El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Desafío de Reparar las Violaciones de estos Derechos Claudio Nash Rojas	81
VI - Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana Emmanuel Teófilo Furtado	103
VII - O § 3º do Art. 5º da Constituição Federal: Um Retrocesso para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Brasil George Rodrigo Bandeira Galindo	121
VIII - Los Delinquentes Violentos también son Seres Humanos José Martín Amenabar Beitia	133
IX - La Corte Interamericana de Derechos Humanos: La Necesidad Inmediata de Convertirse en un Tribunal Permanente Manuel E. Ventura Robles	141
X - Reparações às Vítimas da Tortura no Brasil: Uma Questão Inadiável Márcia Canário de Oliveira Gomes	155
XI - Geschichte und Freiheitsbewusstsein: Grenzen der Assoziationsfreiheit in Europa Peter Niesen	165
XII - O Prazo Razoável do Processo à Luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica/1969) Ranieri Lima Resende	177
XIII - Un Análisis acerca de la Fragmentación de los Tratados Multilaterales a la Luz del Informe de 2004 de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas Renato Zerbini Ribeiro Leão	191
XIV - O Desmonte Silencioso do Modelo Aberto de Proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais Sílvia Maria da Silveira Loureiro	197
ANEXOS	
XV - Le Développement du Droit International des Droits de L'homme à Travers L'activité et la Jurisprudence des Cours Européenne et Interaméricaine des Droits de L'homme Antônio Augusto Cañado Trindade	213
● Conselho Editorial.....	219

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 dos Conselhos Diretores do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e do Instituto Internacional de Direitos Humanos; Membro Titular do “Institut de Droit International”; Membro do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional da Haia.

César Oliveira de Barros Leal (Presidente)

Mestre em Direito; Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Membro da Sociedade Americana de Criminologia e da Academia Brasileira de Direito Criminal; Membro da Academia Cearense de Letras e da Academia de Ciências Sociais do Ceará.

Paulo Bonavides (1º vice-Presidente)

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

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

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

Andrew Drzemczewski

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

Alexandre Charles Kiss

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

Antonio Sánchez Galindo

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

Celso Albuquerque Mello †

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

Christophe Swinarski

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

Dalmo de Abreu Dallari

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

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.

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 Autônoma do México; Juiz e ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Membro da Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias das Nações Unidas; Membro do Conselho Diretor do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

Jaime Ruiz de Santiago

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

Jayme Benvenuto Lima Júnior

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

Jean François Flauss

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

Karel Vasak

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

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 e 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 sexto 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 sexto número da *Revista do IBDH* enfeixam um variedade de tópicos relevantes à temática dos direitos humanos. As contribuições enfocam pontos de extrema relevância: The Illegality Under Contemporary International Law of all Weapons of Mass Destruction; O Tratamento Legislativo do Terrorismo no Brasil em Face dos Direitos Humanos; Alcances y Perspectivas de la Prevención y del Control Social como Instrumentos de Política Criminal (Una Visión del Problema a la Luz de los Derechos Humanos); Responsabilidade Internacional Agravada do Estado: Violações Graves de Normas de *Jus Cogens* e o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos; El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Desafío de Reparar las Violaciones de estos Derechos; Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; O §3º do Art. 5º da Constituição Federal: Um Retrocesso para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos

no Brasil; Los Delincuentes Violentos También son Seres Humanos; La Corte Interamericana de Derechos Humanos: La Necesidad Inmediata de Convertirse en un Tribunal Permanente; Reparações às Vítimas da Tortura no Brasil: Uma Questão Inadiável; Geschichte und Freiheitsbewusstsein: Grenzen der Assoziationsfreiheit in Europa; O Prazo Razoável do Processo à Luz da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica/1969); Un Análisis acerca de la Fragmentación de los Tratados Multilaterales a la Luz del Informe de 2004 de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas; O Desmonte Silencioso do Modelo Aberto de Proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais; Le Développement du Droit International des Droits de L'homme à Travers L'activité et la Jurisprudence des Cours Européenne et Interaméricaine des Droits de L'homme.

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.

Nesse sentido, o IBDH repudia as alterações introduzidas pelo novo art. 5, §3º, da recente emenda constitucional n. 45 (promulgada em 08.12.2004), o qual revela inteiro desconhecimento da matéria, da perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dando ensejo a todo tipo de incongruências, – inclusive em relação a tratados de direitos humanos anteriores à referida emenda, – ao sujeitar o status constitucional de novos tratados de direitos humanos à forma de aprovação parlamentar dos mesmos. Esta bizonha novidade, sem precedentes e sem paralelos, leva o IBDH a reafirmar, com ainda maior veemência, a autosuficiência e autoaplicabilidade do art. 5, §2º, da Constituição Federal brasileira.

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

THE ILLEGALITY UNDER CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW OF ALL WEAPONS OF MASS DESTRUCTION¹



ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge); Judge and Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Professor of International Law at the University of Brasilia; Member of the Institut de Droit International; Member of the Curatorium of the Hague Academy of International Law.

I. INTRODUCTION

It is a great privilege to me to have been invited by the Ministry of Foreign Affairs of Japan and the University of Hiroshima to address this distinguished audience today, 20 December 2004, at the end of the present academic semester, here in Hiroshima, a city which became historically associated with the awakening of the universal conscience of mankind as to the pressing need to restrain the sad technological capacity achieved by human beings to destroy themselves. This is the first time that a Judge from the Inter-American Court of Human Rights is especially invited by the government and the academic circles of Japan (in Tokyo, Kyoto and Hiroshima) to come all the way from Latin America and visit their country, and to benefit from the exchanges of ideas as to the future of international law and of humankind.

It was here, in Hiroshima, that the limitless insanity of man heralded the arrival of a new era, the nuclear one (with the detonation of the atomic bombs in Hiroshima on 06.08.1945 and in Nagasaki on 09.08.1945), which, after six decades, - having permeated the whole cold war period, - remains a stalemate which continues to threaten the future of humankind. It was from here, from Hiroshima, that the outcry of humankind began to echo around the world as to the pressing need of international law to outlaw all weapons of mass destruction, starting with nuclear weapons. This is the task which still remains before us today. This is the topic which I purport to address at this academic event in Hiroshima today.

There could, in fact, hardly be a more appropriate occasion to dwell upon the subject I have selected for this ceremony, which I see fit to name “*The Right to Live: The Illegality under Contemporary International Law of All Weapons of Mass Destruction*”. This title

reflects the position that I sustain in my book *International Law in a World in Transformation (O Direito Internacional em um Mundo em Transformação)*, published in Brazil in 2002. I propose to focus on the topic as from the following sequential aspects: firstly, the search for peace through the conception of zones of peace and the formulation of the right to peace; secondly, the establishment of nuclear-weapon-free zones; thirdly, the endeavours towards general and complete disarmament; and fourthly, the illegality of nuclear weapons. I shall then present my final remarks.

II. THE SEARCH FOR PEACE: ZONES OF PEACE AND THE RIGHT TO PEACE

1. THE ATTAINMENT OF PEACE AND HUMAN SECURITY: A PERMANENT GOAL

In 1999, on the occasion of the celebration of the centennial of the I Hague Peace Conference, the Hague Agenda for Peace and Justice for the XXIst Century², adopted on the occasion, included among its main topics those of disarmament and human security, and of prevention of conflicts. The document recalled the long quest of humankind for peace, and the recurring protest against the use of nuclear weapons on the ground that

“their effects allegedly cannot be limited to legitimate military targets and that they are thus by nature indiscriminate, and on the ground of excessive cruelty (heat and radiation)”³.

The aforementioned Hague Agenda warned emphatically as to the dangers of all weapons of mass destruction, and, as part of a universal effort to abolish them, called upon all States to ratify the existing Conventions against Biological Weapons and against Chemical Weapons (cf. *infra*) and to adopt national measures of implementation. It further called upon all States to “negotiate and conclude within five years” a Convention against Nuclear Weapons, which would prohibit their production, use and threat, and would provide for “verification and enforcement of their destruction”⁴. The document well pondered that

“The continued existence of nuclear weapons and their threat or use by accident, miscalculation or design threaten the survival of all humanity and life on earth”⁵.

Weapons of mass destruction continue to constitute a grave threat to the survival of humankind. Comparing with biological weapons and chemical weapons, the risks raised by nuclear weapons are further aggravated by the virtually total lack of control over their effects (of radioactive fall-out, thermal radiation, and ionizing radiation) in time. For ionizing radiation, in particular, the consequences may extend for days, weeks or years, before the appearance of symptoms of ill-health; it may precipitate certain diseases (some terminal ones), and delay the healing of other injuries⁶.

The same reasons which have led to the express prohibition of other weapons of mass destruction, and weapons that cause unnecessary and cruel suffering with indiscriminate effects, apply likewise - and even more forcefully to nuclear weapons, the most inhumane of all weapons⁷. The damage caused by them has a *temporal* dimension, which can extend for years and years, distinguishing them from other weapons for their extreme cruelty, and causing a suffering which can simply not be measured. This should be kept in mind by all international lawyers, which, in my view, have a duty to sustain their utter illegality in contemporary international law, particularly if they bear in mind - as they ought to - not only the States, but also - and above all - humankind as a whole.

In any case, any consideration of the matter cannot fail to start from the general principle, enunciated in the Hague Conventions of 1899 and 1907⁸, that the choice, by belligerents, of means and methods of combat of the enemy is not unlimited, as well as from the principle - also set forth in those Conventions - of the prohibition of any weapons and methods of combat that may cause unnecessary suffering⁹, with indiscriminate effects¹⁰. The persistence of the arsenals of such weapons nowadays, and the dangers of their proliferation, despite

decades of endeavours towards general and complete disarmament frustrated to a large extent by the oscillations of the politics of the great powers¹¹, has drawn attention in our days to what has come to be termed the *human* security.

Just that the logic of development has developed from the past framework of inter-State state relations into the new conception of *human* development, so has the logic of security: conceived in the past to apply in inter-State relations (including in the renewal scheme of collective security under the U.N. Charter), it nowadays transcends that dimension to shift attention to *human* security. In one and the other contexts, the central concern is no longer with States¹² properly, but rather - and more precisely, as it ought to - with human beings “within and across State borders”, thus replacing the old State-centric approach of the matter by an anthropocentric one¹³. The concern is, ultimately, with humankind as a whole, pointing, once again, to the new *jus gentium* of our days, the international law for humankind.

Some words of precision are here called for. In order to develop a new approach to the whole subject of security, the United Nations determined the creation, in the framework of the Millennium Summit (2000), of its Commission on Human Security. In its *Report* of 2003, the Commission reaffirmed the importance of multilateralism and categorically rejected unilateral action for the peaceful settlement of disputes. Its approach was based on rights and “humanitarian strategies”, thus clearly avoiding to refer to the concept of security of the State. Precisely for that, it insisted on the new concept of “human security”¹⁴. Moreover, it called for the necessary control of weapons, in order to guarantee the “security of the persons”¹⁵.

In a similar line of thinking, another recent international document, the Declaration on Security in the Americas, adopted in Mexico City by the Special Conference on Security, of the Organization of American States (OAS), of October 2003, singled out the “multidimensional character” of security¹⁶, invoked the principles of the U.N. Charter and of the OAS Charter¹⁷, emphasized the “human dimension” of the issue¹⁸, and affirmed its commitment with multilateralism¹⁹. In sum, it can thus be fairly concluded, on this particular point, that human security is nowadays conceived - mainly at United Nations level - not at all to allow for unwarranted “humanitarian intervention” at inter-State level, nor for any manifestation of undue unilateralism, but rather, quite on the contrary, it is devised to strengthen multilateralism, so as to find common and generally accepted solutions to the current needs of security of human beings, and, ultimately, of the humankind.

2. THE INITIATIVE OF ZONES OF PEACE

In order to avoid the proliferation of weapons of mass destruction, and to put an end to the existing arsenals of those weapons, multilateral mechanisms of their control and prohibition, as well as their destruction, have been conceived, and created by international conventions, which ought to be applied and strengthened, towards world disarmament²⁰ (cf. *infra*). Likewise, the initiative was taken of establishing *zones of peace* in distinct continents, to give concrete expression to the emerging right to peace. In the mid-eighties, the issue occupied an important place in the international agenda, with the proposal to set up zones of peace, like the one in the Indian Ocean, also in the Mediterranean and in South-East Asia²¹. In 1990 a similar zone of peace was contemplated for the whole of South America²².

In fact, the concept of zones of peace (sometimes used interchangeably with that of nuclear-weapon-free zones) appears intermingled with that of right to peace (cf. *infra*). The concepts of zones of peace (found, e.g., in the 1971 U.N. Declaration of the Indian Ocean as a Zone of Peace, not to speak of the 1959 Antarctic Treaty itself²³), as well as of nuclear-weapon-free zones (finding expression in such instruments as the treaties creating the current four nuclear-weapon-free zones - *infra*), were advanced for curbing the geographical spread of the weapons race²⁴.

When the U.N. General Assembly proclaimed in 1971 the Indian Ocean as a zone of peace²⁵, and the States of the region took the initiative of assuming the primary collective responsibility for the preservation of peace therein, the concept of zone of peace was devised as one which would free the region from “great power rivalry”, would exclude the setting up of military bases therein in the context of “great power confrontation”, and would furthermore lead to measures of arms control and disarmament and of promotion of peace²⁶. It was, thus, a general concept.

Although invoked interchangeably, the concept of zones of peace (such as those proclaimed by the United Nations in the Indian Ocean and in the South Atlantic) is not exactly the same as that of nuclear-weapon-free zones. These latter are based on treaties, while the zones of peace, in turn, give expression to an essentially political conception; but even though based on non-binding instruments, they reflect a consensus, emerging out of debates at the U.N. General Assembly, which cannot be overlooked or ignored, so as to endeavour to secure the total absence of all weapons of mass destruction, including nuclear weapons, in the respective zones of peace²⁷.

3. THE FORMULATION OF THE RIGHT TO PEACE

On its turn, the right to peace has antecedents in successive initiatives taken at international level, in distinct contexts, along the XXth century²⁸. Elements provided by Public International Law of relevance for the acknowledgement of the right to peace can be found in the 1928 General Treaty for the Renunciation of War (the so-called Briand-Kellog Pact)²⁹; in Articles 1 and 2(4) of the United Nations Charter³⁰, complemented by the 1970 U.N. Declaration on Principles of International Law Governing Friendly Relations and Cooperation among States³¹, the 1970 Declaration on the Strengthening of International Security³², and the 1974 Definition of Aggression³³; in the Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, drafted by the U.N. International Law Commission; and in resolutions of the U.N. General Assembly pertaining to the right to peace³⁴, relating it to disarmament.

The 1974 Charter on Economic Rights and Duties of States in fact acknowledged the States' duty to coexist in peace and to achieve disarmament³⁵. Likewise, references to the right to peace and disarmament can be found in the 1982 World Charter for Nature³⁶. It has been argued that the right to peace entails as a corollary the right to disarmament; attention has in this regard been drawn to the fact that limitations to, or violations of, the rights of the human person have often been associated with the outbreak of conflicts, the process of militarization and the expenditure of arms (especially nuclear weapons and other weapons of mass destruction)³⁷, which have often led to arbitrary deprivation of human life in large scale. International law, moved ultimately by the universal juridical conscience, has reacted to that, in prohibiting the threat or use of all weapons of mass destruction, including nuclear weapons.

The antecedents of the right to peace also comprise the long-standing tradition of UNESCO of sponsoring studies to foster a culture of peace³⁸. Within the framework of this tradition, UNESCO launched the initiative, in 1997, of the formulation of the *human right to peace*. To that end, the then Director-General of UNESCO (F. Mayor) convened a Group of Legal Experts (acting in their individual capacity)³⁹ which, at the end of their meetings of Las Palmas Island (February 1997) and Oslo (June 1997), produced the *Draft Declaration on the Human Right to Peace*. Its preamble⁴⁰ read that

“Peace, a common good of humanity, is a universal and fundamental value to which all individuals and all peoples, and in particular the youth of the world, aspire”.

The right to peace was duly inserted into the framework of human rights⁴¹, which was taken into account to assert peace as a right and a duty. It was asserted as a right inherent in all human beings, embodying demands of the human person and of peoples to the ultimate benefit of humankind. The Draft Declaration called upon all subjects of international law (States, international organizations and individuals) to promote and implement that right as the foundation of a genuine culture of peace. The document was prepared as a contribution of UNESCO to the 50th anniversary (in 1998) of the Universal Declaration of Human Rights.

After the Las Palmas and Oslo meetings, UNESCO launched consultations with member States, 42 of which having replied a letter of the Director-General until the end of October 1997⁴². The Draft Declaration became object of much attention when revised by governmental experts from 117 member States, at UNESCO headquarters in Paris, in March 1998. The document, as submitted to them, affirmed that “violence in all its forms is intrinsically incompatible with the right of every human being to peace”⁴³, and added categorically that peace ought to be based upon “the intellectual and moral solidarity of mankind”⁴⁴. At the end of the debates, three main positions of the participants were discernible: those fully in support of the recognition of the right to peace as a human right, those who regarded it rather as a “moral right”, and those to whom it was an “aspiration” of human beings⁴⁵.

The main difficulty, as acknowledged by the *Report* of the Paris meeting, was its official recognition as a legal right⁴⁶. While there was general agreement in regarding peace as a universal value and a common good of humankind, some governmental representatives expressed difficulties in reckoning the existence of true human *right* to peace and its legal consequences⁴⁷. Thus, at the close of the XXth century, it so appeared that some governments were not yet prepared to assume legal obligations ensuing from the formulated right to peace...

This was surely regrettable, though perhaps not so surprising, given the turmoiled world in which we live. States seem to be oversensitive, perhaps more than human beings, particularly when what they realize to be at stake is not the well-being of the human beings they represent and are supposed to protect, but rather what they regard - in their often incongruous practice - as being their own vital interests, in the perception of power-holders.

Be that as it may, the aforementioned UNESCO exercise of formulation of the right to peace is rightly oriented towards an international law for humankind. It is a conceptual construction which is helpful to the formation of a new *jus gentium*, responsive to the needs and aspirations of human beings and peoples. In recent

years it has been fostered by the advent and evolution of the International Law of Human Rights⁴⁸ and of International Environmental Law; the conception of sustainable development, as endorsed by the 1992 U.N. Conference on Environment and Development, e.g., points to the ineluctable relationship between the rights to peace and to development. Other relevant elements to the attainment of peace can be found in the domain of disarmament, to which I shall now turn.

III. THE ESTABLISHMENT OF NUCLEAR-WEAPON-FREE ZONES

The establishment, in the second half of the XXth century, of nuclear-weapon-free zones, surely responded to the needs and aspirations of humankind, so as to rid the world of the threat of nuclear weapons; furthermore, it gave expression to the growing disapproval of nuclear weapons by the international community. The pioneering initiative in this domain was that of Latin America⁴⁹, which resulted in the adoption of the 1967 Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean and its two Additional Protocols. This initiative, which was originally prompted by a reaction to the *Cuban missiles crisis* of 1962, was followed by three others (duly concluded to date) of the kind, in distinct regions of the world, conducive to the adoption of the 1985 South Pacific (Rarotonga) Nuclear-Free Zone Treaty, the 1995 Treaty on the Southeast Asia (Bangkok) Nuclear-Weapon-Free Zone Treaty, and the 1996 African (Pelindaba) Nuclear-Weapon-Free Zone Treaty⁵⁰.

Basic considerations of humanity have surely been taken into account for the establishment of the nuclear-weapon-free zones. By the time of the creation of the first of them with the adoption in 1967 of the Treaty of Tlatelolco, it was pointed out that it came as a response to humanity’s concern with its own future (given the threat of nuclear weapons), and in particular with “the survival of the humankind”⁵¹. Its reach transcended Latin America, as evidenced by its two Additional Protocols⁵², and the obligations set forth in its legal regime were wide in scope:

“Le régime consacré dans le Traité n’est pas simplement celui de non-prolifération: c’est un régime d’absence totale d’armes nucléaires, ce qui veut dire que ces armes seront interdites à perpétuité dans les territoires auxquels s’applique le Traité, quel que soit

l’État sous le contrôle duquel pourraient se trouver ces terribles instruments de destruction massive”⁵³.

In fact, besides the Treaty of Tlatelolco, also the Rarotonga, Bangkok and Pelindaba Treaties, purport to extend the obligations enshrined therein, by means of the respective Protocols, not only to the States of the regions at issue, but also to nuclear States, as well as States which are internationally responsible, *de jure* or *de facto*, for territories located in the respective regions. The verification of compliance with the obligations regularly engages the International Atomic Energy Agency (IAEA); the Treaty of Tlatelolco has in addition counted on its own regional organism to that end, the Organism for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America (OPANAL). Each of the four aforementioned treaties (Tlatelolco, Rarotonga, Bangkok and Pelindaba) creating nuclear-weapon-free zones has distinctive features, as to the kinds and extent of obligations and methods of verification⁵⁴, but they share the same ultimate goal of preserving humankind from the threat of nuclear weapons.

The second nuclear-weapon-free zone, established by the Treaty of Rarotonga (1985), with its three Protocols, came as a response⁵⁵ to long-sustained regional aspirations, and increasing frustration of the populations of the countries of the South Pacific with incursions of nuclear-weapons States in the region, “including French testing at Moruroa, U.S. nuclear-armed ship visits, and threats of nuclear waste-dumping”⁵⁶. The Rarotonga Treaty encouraged the negotiation of a similar zone, by the 1995 Bangkok Treaty, in the neighbouring region of Southeast Asia, and confirmed the “continued relevance of zonal approaches” to the goal of disarmament⁵⁷ and the safeguard of humankind from the menace of nuclear weapons⁵⁸.

The third of those treaties, that of Bangkok, of 1995 (with its Protocol), was prompted by the initiative of the Association of South-East Asian Nations (ASEAN) to insulate the region from the policies and rivalries of the nuclear powers. The Bangkok Treaty, besides covering the land territories of all ten Southeast Asian States, is the first treaty of the kind also to encompass their territorial sea, 200-mile exclusive economic zone and continental shelf⁵⁹.

The fourth such treaty, that of Pelindaba, of 1996, in its turn, prompted by the continent’s reaction to nuclear tests in the region (as from the French nuclear tests in the Sahara in 1961), and the desire to keep nuclear weapons out of the region⁶⁰. In fact, as early as in 1964 the Organization of African Unity (OAU) had adopted the “Declaration on the Denuclearization of Africa”, - a goal which was thus deeply-rooted in African thinking⁶¹. The Pelindaba Treaty⁶² (with its three Protocols) appears to have served the purpose to eradicate nuclear weapons from the African continent.

The four treaties at issue, though containing loopholes (e.g., with regard to the transit of nuclear-weapons), have as common denominator the practical value of arrangements that transcend the non-proliferation of nuclear weapons⁶³. The establishment of the nuclear-weapon-free zones has fulfilled the needs and aspirations of peoples living under the fear of nuclear-victimization⁶⁴. Their purpose has been served, also in withholding or containing nuclear ambitions, to the ultimate benefit of humankind as a whole.

Nowadays, the four aforementioned nuclear-weapon-free zones are firmly established in densely populated areas, covering most (almost all) of the landmass of the southern hemisphere land areas (while excluding most sea areas)⁶⁵. The adoption of the 1967 Tlatelolco Treaty, the 1985 Rarotonga Treaty, the 1995 Bangkok Treaty, and the 1996 Pelindaba Treaty disclosed the shortcomings and artificiality of the posture of the so-called political “realists”⁶⁶, which insisted on the suicidal policy of nuclear deterrence, in their characteristic subservience to power politics. The fact that the international community counts today on four nuclear-weapon-free zones, in relation to which States that possess nuclear weapons do have a particular responsibility, reveals an undeniable advance of human reason, of the *recta ratio* of the Grotian thinking in international law at its best.

Moreover, the idea of nuclear-weapon-free zones keeps on clearly gaining ground. In recent years proposals are being examined for the setting up of new denuclearized zones of the kind (e.g., in Central and Eastern Europe, in the Middle East, in Central and North-East and South Asia, and in the whole of the southern hemisphere), as well as of the so-called single-State zone (e.g., Mongolia)⁶⁷. Another proposal, which has retained the attention in particular of the Middle East countries, has been the expansion of the concept of nuclear-weapon-free zones so as to encompass also other weapons (chemical and biological) of mass destruction⁶⁸.

As to this latter, Mongolia in effect declared its territory as a nuclear-weapon-free zone (in 1992), and in February 2000 adopted national legislation defining its status as a nuclear-weapon-free State. The four treaties establishing nuclear-weapon-free zones foresee cooperation schemes with the IAEA; furthermore, the great majority of States Parties to those four treaties have also ratified the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT)⁶⁹. All these developments reflect the increasing disapproval by the international community of nuclear weapons, which, for their hugely destructive capability, represent an affront to sound human reason (*recta ratio*).

IV. THE ENDEAVOURS TOWARDS GENERAL AND COMPLETE DISARMAMENT

At a time when only the nuclear-weapon-free zone established by the Treaty of Tlatelolco existed and the possibility was considered of creation of other zones of the kind (cf. *supra*), the Conference of the Committee on Disarmament presented in 1975 a study on the matter, requested by the U.N. General Assembly in 1974 and undertaken by an *ad hoc* Group of Experts. The study indicated that the creation of future nuclear-weapon-free zones was to take place in conformity with international law, the principles of the U.N. Charter and the fundamental principles of international law that govern mutual relations among States; the effective guarantees of security which nuclear States were to provide to the States which were to create those zones ensued from the general principle of prohibition of the threat or use of force⁷⁰.

The study added that the establishment of such zones was not to be regarded as an end in itself, but rather as a means to achieve the wider aims of “general and complete disarmament” and international peace and security⁷¹. In the preparation of the study it was recalled that other international instruments on disarmament, with which those zones were to coexist in the search for greater protection to the international community, were conceived to the benefit of humankind⁷²; it was argued that such zones had “a fundamentally humanitarian purpose”⁷³.

In fact, it would go almost without saying that the aforementioned nuclear-weapon-free zones, herein envisaged under basic considerations of humanity in relation to territory, are to be duly related to the long-standing endeavours of general and complete disarmament (including non-proliferation of weapons of mass destruction). Non-proliferation of weaponry is but one aspect of the whole matter; thus, the 1968 Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT) belongs to the kind of treaties which aim to restrict the spread of weaponry, without however proscribing or limiting the weapons capability of those States which already possess the specified weapons⁷⁴.

They have contributed to disarmament, but have not escaped the criticism of being discriminatory, in the pursuance of their goals. Furthermore, the techniques of verification regarding disarmament have not proven wholly satisfactory to date, and it has rightly been warned that they should be strengthened in the context of the faithful compliance of international treaties on

the basis of the equilibrium of rights and duties between States Parties⁷⁵.

Other treaties, in turn, have gone further, in properly purporting to abolish given categories of weaponry: it is the case, e.g., of the 1972 Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on Their Destruction, and of the 1993 Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction. The preamble of the 1993 Convention, besides invoking the principles of international law and of the U.N. Charter, states that the complete banning of the use of chemical weapons is for the sake and benefit of all humankind.

Two decades earlier, in the same line of thinking, the preamble of the 1972 Convention expressed likewise the determination to exclude completely the use of bacteriological (biological) weapons, for the sake of all mankind, as their use “would be repugnant to the conscience of mankind”⁷⁶. The preamble further asserted the determination of the States Parties to the 1972 Convention to achieve general and complete disarmament, “including the prohibition and elimination of all types of weapons of mass destruction” (among which the bacteriological [biological] weapons)⁷⁷.

The fact that there have been advances in arms control and reduction in recent years does not mean that disarmament has ceased to be a priority goal. The U.N. General Assembly adopted the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT) on 10 September 1996⁷⁸. Ever since its adoption, the U.N. General Assembly has been attentive to foster the entry into force of the CTBT; a Conference convened to that end in November 2001 counted on the participation of more than one hundred States⁷⁹.

In the post-cold war period, the U.N. Conference on Disarmament (originally set up by the I Special Session on Disarmament in 1978 as the single multilateral forum of the international community for negotiating disarmament) has endeavoured to redefine its role, still reckoning that complete disarmament⁸⁰ remains a continuing necessity of humankind. The Conference contributed decisively to the successful conclusion of the 1993 Convention against Chemical Weapons as well as of the CTBT in 1996. Yet, it has to endeavour to maintain its relevance, as the risks to humankind entailed by weapons of mass destruction remain, the dangers of arms trade likewise persist, and the need to put a definitive end to nuclear tests is still felt; the ultimate aim of the international community cannot be other than the “total elimination” of all weapons of mass destruction, including nuclear weapons⁸¹.

In the early nineties, at the beginning of the post-cold war period, the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT) counted on the accession of 189 States, and in its Review Conference of 1995 its duration was prorogated indefinitely and unconditionally; on the whole, in the domain of disarmament and arms limitation, there remained in force 11 multilateral treaties at global level⁸², 14 multilateral agreements at regional level, and 16 bilateral agreements between the United States and the Russian Federation (the former USSR)⁸³.

In addition to the indefinite extension of the NPT achieved in 1995, the Review Conference of 2000 attained further commitments in the implementation of the Treaty (Article VI). Yet, there remains a long way to go in the present domain (e.g., the prevention of the acquisition of nuclear weapons by private groups). In a report on the matter, a former U.N. Secretary-General, calling for a “concerted effort” towards complete disarmament, rightly pondered that

“Dans le monde d’aujourd’hui, les nations ne peuvent plus se permettre de résoudre les problèmes par la force.

(...) Le désarmement est l’un des moyens les plus importants de réduire la violence dans les relations entre États”⁸⁴.

V. THE ILLEGALITY OF NUCLEAR WEAPONS

On the occasion of the centennial celebration (1999) of the I Hague Peace Conference, it was pondered that the threat or use of nuclear weapons

“is protested both on the ground that their effects allegedly cannot be limited to legitimate military targets and that they are thus by nature indiscriminate, and on the ground of excessive cruelty (heat and radiation)”⁸⁵.

The *opinio juris communis* as to the prohibition of nuclear weapons, and of all weapons of mass destruction, has gradually been formed⁸⁶. Yet, despite the clarity of the formidable threat that nuclear weapons represent, their formal and express prohibition by conventional international law has most regrettably remained permeated by ambiguities⁸⁷, due to resistances on the part of the so-called “realists” of *Realpolitik*, always at the service of power rather than Law.

On two occasions attempts were made, by means of contentious cases, to obtain a pronouncement of the International Court of Justice (ICJ), - in the *Nuclear Tests* (1974 and 1995)⁸⁸, - and on both occasions the Court assumed a rather evasive posture, avoiding to

pronounce clearly on the substance of a matter pertaining to the very survival of humankind. One aspect of those contentious proceedings may be here briefly singled out, given its significance in historical perspective. It should not pass unnoticed that, in the first *Nuclear Tests* case (Australia and New Zealand versus France), one of the applicant States contended, *inter alia*, that the nuclear testing undertaken by the French government in the South Pacific region violated not only the right of New Zealand that no radioactive material enter its territory, air space and territorial waters and those of other Pacific territories but *also*

“the rights of all members of the international community, including New Zealand, that no nuclear tests that give rise to radioactive fall-out be conducted”⁸⁹.

Thus, over three decades ago, the perspective of the application by New Zealand (of 1973) went clearly - and correctly so - beyond the purely inter-State dimension, as the problem at issue pertained to the international community as a whole.

The outcome of the case, however, was quite disappointing: even though the ICJ granted orders of interim measures of protection in the case in June 1973 (requiring France to cease testing), subsequently, in its judgments of 1974⁹⁰, in view of the announcement of France’s voluntary discontinuance of its atmospheric tests, the ICJ found that the claims of Australia and New Zealand no longer had “any object” and it was therefore not called upon to give a decision thereon⁹¹.

The dissenting Judges in the case rightly pointed out that the legal dispute between the parties, far from having ceased, still persisted, since what Australia and New Zealand sought was a declaratory judgment of the ICJ stating that atmospheric nuclear tests were contrary to international law⁹². The reticent position of the Court in that case was even more regrettable if one recalls that the applicants, in referring to the “psychological injury” caused to the peoples of the South Pacific region through “their anxiety as to the possible effects of radioactive fall-out on the well-being of themselves and their descendants”, as a result of the atmospheric nuclear tests, ironically invoked the notion of *erga omnes* obligations as propounded by the ICJ itself in its landmark *obiter dicta* in the *Barcelona Traction* case only four years earlier⁹³.

As the Court reserved itself the right, in certain circumstances, to reopen the 1974 case, it did so two decades later, upon an application instituted by New Zealand versus France. But in its Order of 22.09.1995, the ICJ dismissed the complaint, as it did not fit into the *caveat* of the 1974 Judgment, which concerned atmospheric nuclear tests; here, the complaint was

directed against the underground nuclear tests conducted by France since 1974⁹⁴.

Be that as it may, having lost the historical opportunities, in both contentious cases, to clarify the key point at issue (nuclear tests), the Court was, more recently, in the mid-nineties, seized, in the exercise of its advisory function, of a directly related issue, that of nuclear weapons. The U.N. General Assembly and the World Health Organization (WHO) opened those proceedings before the Court, by means of requests for an Advisory Opinion: such requests no longer referred to nuclear tests (as in the aforementioned contentious cases), but rather to the question of the threat or use of nuclear weapons in the light of international law, for the determination of their illegality or otherwise.

The Court, in the Advisory Opinion of 08.07.1996⁹⁵ on the *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, affirmed that neither customary international law nor conventional international law authorizes specifically the threat or use of nuclear weapons; neither one, nor the other, contains a complete and universal prohibition of the threat or use of nuclear weapons as such; it added that such threat or use which is contrary to Article 2(4) of the U.N. Charter and does not fulfil the requisites of its Article 51, is illicit; moreover, the conduct in armed conflicts should be compatible with the norms applicable in them, including those of International Humanitarian Law; it also affirmed the obligation to undertake in good will negotiations conducive to nuclear disarmament in all its aspects⁹⁶.

In the most controversial part of its Opinion (resolutive point 2E), the Hague Court stated that the threat or use of nuclear weapons “would be generally contrary to the rules of international law applicable in armed conflict”, mainly those of humanitarian law; however, the Court added that at the present stage of international law “it cannot conclude definitively if the threat or use of nuclear weapons would be licit or illicit in an extreme circumstance of self defence in which the very survival of a State would be at stake”⁹⁷. With seven dissenting opinions, this point was adopted with the casting vote of the President of the Court, who, in his Individual Opinion, pointed out that the Court limited itself to record the existence of a legal uncertainty⁹⁸.

In fact, it did not go further than that, and the Opinion was permeated with evasive ambiguities, not avoiding the shadow of the *non liquet*, in relation to a question which affects, more than each State individually, the whole of humankind. The Advisory Opinion made abstraction of the implications of the basic distinction between the *jus ad bellum* and the *jus in bello*, and of the fact that International Humanitarian Law applies likewise in case of self defence,

safeguarding always the principle of proportionality (which nuclear weapons simply ignore)⁹⁹. The Opinion, on the one hand, recognized that nuclear weapons cause indiscriminate and durable suffering, and have an enormous destructive effect¹⁰⁰, and that the principles of humanitarian law (encompassing customary law) are “intransgressible”¹⁰¹; nevertheless, these considerations did not appear sufficient to the Court to discard the use of such weapons also in self defence, thus eluding to tell what the Law is¹⁰² in all circumstances.

The Opinion minimized¹⁰³ the resolutions of the United Nations General Assembly which affirm the illegality of nuclear weapons¹⁰⁴ and condemn their use as a violation of the U.N. Charter and as a crime against humanity. Instead, it took note of the “policy of deterrence”, which led it to find that the members of the international community continued “profoundly divided” on the matter, what rendered impossible to it to determine the existence of an *opinio juris* in this respect¹⁰⁵. It was not incumbent upon the Court to resort to the “policy of deterrence”, devoid of any legal value for the determination of the formation of the rules of customary law prohibiting the use of nuclear weapons; as rightly regretted, the Court did not help at all in the struggle for non-proliferation and prohibition of nuclear weapons¹⁰⁶, and, in relying on “deterrence”¹⁰⁷ - a division in its view “profound” - between an extremely reduced group of nuclear powers on the one hand, and the vast majority of the countries of the world on the other, it ended up by favouring the former, by means of an inadmissible *non liquet*¹⁰⁸.

The Court, thus, lost yet another opportunity to consolidate the *opinio juris communis* in condemnation of nuclear weapons. It considered the survival of a hypothetical State, rather than that of humankind formed by human beings of flesh and bone (and those still to come). It mistakenly minimized the whole doctrinal construction on the right to life in the ambit of the International Law of Human Rights, and seemed to have forgotten that the survival of a State cannot have primacy over the right to survival of humankind as a whole¹⁰⁹. Without humankind there is no State whatsoever; one cannot simply have in mind the States, apparently forgetting humanity. The position of the Court leaves it quite clear that a matter which concerns the whole of humankind, such as that of the threat or use of nuclear weapons, can no longer be appropriately dealt with from a purely inter-State outlook of international law, which is wholly surpassed in our days.

The Court took note of the treaties which nowadays prohibit, e.g., chemical and bacteriological (biological) weapons¹¹⁰, and weapons which cause excessive damages or have indiscriminate effects¹¹¹. But

the fact that there does not yet exist a similar general treaty, of specific prohibition of nuclear weapons, does not mean that these latter are permissible (in certain circumstances, even in self defence)¹¹². In my understanding, it cannot be sustained, in a matter which concerns the future of humankind, that what is not expressly prohibited is thereby permitted (a classic postulate of positivism).

This posture would amount to the traditional - and surpassed - attitude of the *laissez-faire, laissez-passer*, proper of an international legal order fragmented by State voluntarist subjectivism, which in the history of Law has invariably favoured the most powerful ones. *Ubi societas, ibi jus...* Nowadays, at this beginning of the XXIst century, in an international legal order in which one seeks to affirm common superior values, amidst considerations of international *ordre public*, as in the domain of the International Law of Human Rights, it is precisely the reverse logics which ought to prevail: *that which is not permitted, is prohibited*¹¹³.

Even if there was a “gap” in relation to nuclear weapons, - which there is not (cf. *infra*), - it would have been possible to fill it by resorting to a general principle of Law. The Court surprisingly resorted to that of self-defence of a hypothetical individual State, instead of having developed the rationale of the *Martens clause*, the purpose of which is precisely that of filling gaps¹¹⁴ in the light of the “laws of humanity” and the “dictates of public conscience” (terms of the wise premonition of Friedrich von Martens¹¹⁵, formulated in the I Hague Peace Conference of 1899)¹¹⁶. It cannot be denied that nuclear weapons are intrinsically indiscriminate, incontrollable, that they cause durable harms and in a wide scale, that they are prohibited by International Humanitarian Law (Articles 35 and 48), and are inhuman as weapons of mass destruction¹¹⁷.

States are bound to respect, and ensure respect for International Humanitarian Law in *any circumstances*; “intransgressible” principles of humanitarian law (encompassing customary law) belong to the domain of *jus cogens*, wherein no derogation is permitted, in any circumstances¹¹⁸. As to the aforementioned Advisory Opinion of 1996 of the ICJ, the relevance of the *Martens clause* in the present context was properly emphasized by two dissenting Judges¹¹⁹, while another dissenting Judge singled out the *jus cogens* character of International Humanitarian Law in prohibition of nuclear weapons¹²⁰.

The well-known resolution 1653 of 1961, of the U.N. General Assembly, containing the Declaration of the Prohibition of the Use of Nuclear and Thermonuclear Weapons, considered the use of such weapons not only in violation of the U.N. Charter, of International Law and of the “laws of humanity”, but also a “crime against

humanity and civilization”. While various States endorsed the resolution as a result of the “indiscriminate suffering” caused by such weapons, others (mainly the nuclear powers) attempted to minimize their importance for not having been adopted by an overwhelming majority¹²¹: 55 votes to 20, with 26 abstentions¹²².

However, the several subsequent resolutions which reaffirmed the resolution 1653 referred to, were adopted by increasingly expressive majorities, such as resolution 46/37D of 1991, which called upon the elaboration of a convention prohibiting the use of nuclear weapons (by 122 votes to 16, with 22 abstentions). The non-nuclear States, which form the overwhelming majority of members of the international community, came to sustain that the series of resolutions in condemnation of the use of nuclear weapons as illegal under general international law, together with the fact the the 1968 Treaty on Non-Proliferation of Nuclear Weapons (NPT) is in force, and the establishment of regional nuclear-weapon-free zones (cf. *supra*), among other developments, evidenced the emergence of a prohibition of customary law of the use of such weapons¹²³.

Still in the ambit of the United Nations, the Human Rights Committee (under the Covenant on Civil and Political Rights) has affirmed that “the production, the tests, the possession, the proliferation and the use of nuclear weapons” constitute “crimes against humanity”¹²⁴. The Human Rights Committee, stressing that the right to life is a fundamental right which does not admit any derogation not even in time of public emergency, related the current proliferation of weapons of mass destruction to “the supreme duty of States to prevent wars”. The Committee characterized that danger as one of the “greatest threats to the right to life which confronts mankind today”, which created “a climate of suspicion and fear between States, which is in itself antagonist to the promotion of universal respect for and observance of human rights” in accordance with the U.N. Charter and the U.N. Covenants on Human Rights¹²⁵. The Committee, accordingly, “in the interest of mankind”, called upon all States, whether Parties to the Covenant or not, “to take urgent steps, unilaterally and by agreement, to rid the world of this menace”¹²⁶.

It may be recalled that, already in 1969, *all* weapons of mass destruction were condemned by the Institut de Droit International. In the debates of its Edinburg session on the matter, emphasis was placed on the need to respect the principle of distinction (between military and non-military objectives)¹²⁷; the terrifying effects of the use of nuclear weapons were pointed out¹²⁸, the example of the atomic bombing of Hiroshima and Nagasaki having been expressly recalled¹²⁹. In its resolution of September 1969 on the

matter, the *Institut* began by restating, in the preamble, the *prohibition of recourse to force* in International Law, and the duty of protection of civilian populations in any armed conflict; it further recalled the general principles of international law, customary rules and conventions, - supported by international case-law and practice, - which “clearly restrict” the extent to which the parties engaged in a conflict may harm the adversary, and warned against

“the consequences which the indiscriminate conduct of hostilities and particularly the use of nuclear, chemical and bacteriological weapons, may involve for civilian populations and for mankind as a whole”¹³⁰.

In its operative part, the aforementioned resolution of the *Institut* stressed the importance of the principle of distinction (between military and non-military objectives) as a “fundamental principle of international law” and the pressing need to protect civilian populations in armed conflicts¹³¹, and added, in paragraphs 4 and 7, that:

“Existing international law prohibits all armed attacks on the civilian population as such, as well as on non-military objects, notably dwellings or other buildings sheltering the civilian population, so long as these are not used for military purposes (...).

Existing international law prohibits the use of all weapons which, by their nature, affect indiscriminately both military objectives and non-military objects, or both armed forces and civilian populations. In particular, it prohibits the use of weapons the destructive effect of which is so great that it cannot be limited to specific military objectives or is otherwise uncontrollable (self-generating weapons), as well as of ‘blind’ weapons”¹³².

The absence of conventional norms stating that nuclear weapons are prohibited in all circumstances does not mean that they would be allowed in a given circumstance. The Martens clause safeguards the integrity of Law (against the permissiveness of a *non liquet*) by invoking the “laws of humanity” and the “dictates of the public conscience”. Thus, that absence of a conventional norm is not conclusive¹³³, and is by no means the end of the matter, - bearing in mind also customary international law.

If weapons less destructive than the nuclear ones have already been expressly prohibited by their names, it would be nonsensical to argue that, those which have not, by positive conventional international, and which, like nuclear weapons, have long-lasting devastating effects, threatening the existence of the international community as a whole, would not be illicit in certain circumstances¹³⁴. A single use of nuclear weapons,

irrespective of the circumstances, may today ultimately mean the end of humankind itself¹³⁵. The criminalization of the threat or use of such weapons is even more forceful than that - already established by positive conventional international law - of less destructive weapons. This is what ineluctably ensues from an international legal order the ultimate source of which is the universal juridical conscience.

From the outlook of the emerging international law for humankind, the conclusion could not be otherwise. Had the ICJ made decidedly recourse in great depth to the Martens clause, it would not have lost itself in a sterile exercise, proper of a legal positivism *déjà vu*, of a hopeless search of conventional norms, frustrated by the finding of what it understood to be a lack of these latter as to nuclear weapons specifically, for the purposes of its analysis. The existing arsenals of nuclear weapons, and of other weapons of mass destruction, are to be characterized by what they really are: a scorn to human reason, the ultimate insult to human reason, an affront to the juridical conscience of humankind.

If, in other epochs, the ICJ had likewise limited itself to verify a situation of “legal uncertainty” (which, anyway, does not apply in the present context), most likely it would not have issued its *célèbres* Advisory Opinions on *Reparations for Damages* (1949), on *Reservations to the Convention against Genocide* (1951), and on *Namibia* (1971), which have so much contributed to the evolution of International Law. This evolution, in our days, points, in my understanding, with the outlawing by general international law of all weapons of mass destruction (among other aspects), towards the construction of a universal law for humankind.

VI. FINAL OBSERVATIONS

In the course of the proceedings (written and oral phases) before the ICJ (1994-1995) pertaining to the aforementioned requests for an Advisory Opinion (of 1996) on the question of the legality (or rather illegality) of nuclear weapons (*supra*), Japan, the one country whose population has been victimized by the use of those weapons, consistently argued that

“because of their immense power to cause destruction, the death of and injury to human beings, the use of nuclear weapons is clearly contrary to the spirit of humanity that gives international law its philosophical foundation”¹³⁶.

In its oral statement before the ICJ in the public sitting of 07.11.1995, Japan further asserted that

“with their devastating power, nuclear weapons can in an instant take a tremendous toll in human life and deprive people of their local community structures; they can also cause the victims who survive an attack itself indescribable and lasting suffering due to atomic radiation and other lingering effects”¹³⁷.

All this has been duly demonstrated in documents collected by the prefectures of the cities of Hiroshima and Nagasaki¹³⁸. And this coincides with the concerns of the international community as a whole nowadays.

In the aforementioned pleadings (of 1995) before the ICJ, other States were as clear and uncompromising as Japan in their arguments. To recall but a couple of examples, Australia invoked the Martens clause, and argued that the principles of humanity and the dictates of public conscience are not static, an permeate the whole of international law in its evolution, calling for the prohibition of nuclear weapons for all States. Australia further recalled the final preambular paragraph of the Convention against Biological Weapons, pondering that its warning that those weapons are “repugnant to the conscience of mankind” applies likewise to nuclear weapons, and that the use of them all would be contrary to general principles of humanity¹³⁹.

On its turn, New Zealand stated that the *rationale* of the 1968 Nuclear Non-Proliferation Treaty is that “nuclear weapons are too dangerous for humanity and must be eliminated”¹⁴⁰. And Egypt asserted that the threat or use of nuclear weapons as weapons of mass destruction is prohibited by International Humanitarian Law; the Additional Protocol I of 1977 to the 1949 Geneva Conventions establishes the prohibition of unnecessary suffering (Article 35) and imposes the differentiation between civilian population and military personnel (Article 48). Thus, by their effects, nuclear weapons, being weapons of indiscriminate mass destruction, infringe International Humanitarian Law, which contain precepts of *jus cogens*, as recalled by successive resolutions of the U.N. General Assembly; those precepts are the *opinio juris* of the international community¹⁴¹.

In historical perspective, the lack of common sense of still trying to approach the challenges facing international law from an exclusively inter-State outlook is today manifest, and has in the past led to some rather awkward situations, to say the least. A pertinent illustration is afforded by the outcome of the case *Shimoda and Others versus Japan*. On 07 December 1963, a Japanese domestic court, the District Court of Tokyo, delivered a decision regarding claims against the Japanese State advanced by five injured survivors

of the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki. They claimed compensation from the Japanese government for damages suffered as a result of the atomic blasts. Japan, and not the United States, was the defendant, by virtue of Article 19(a) of the Treaty of Peace following the II world war, whereby Japan waived the claims of its nationals against the United States¹⁴².

The District Court’s decision contained discussion of those bombings in the light of the laws of armed conflict and descriptions of the horrifying injuries resulting from the blasts. The plaintiffs argued that the atomic bombing was an illegal act contrary to international law (as it stood in 1945) aiming at a non-military target and causing unnecessary pain, in violation of fundamental human rights. Furthermore, the plaintiffs asserted the responsibility of the defendant State for waiver of claims for damages against the United States (in municipal law as well as in international law)¹⁴³.

In its decision, the District Court began by asserting that the atomic bombing on both cities was “an illegal act of hostility as the indiscriminate aerial bombardment on undefended cities” and “contrary to the fundamental principle of the laws of war that unnecessary pain must not be given”; thus, left aside the Peace Treaty, Japan would theoretically have a claim for damages against the United States in international law¹⁴⁴. By exercising diplomatic protection of its nationals, Japan would be asserting its own right; however, - the Court proceeded, - in principle “individuals are not the subject of rights in international law”, and in the case the victims could not ask for redress either before the courts of Japan, or those of the United States¹⁴⁵: their claims under the municipal laws of Japan and of the United States had in fact been waived by Article 19 (a) of the Peace Treaty¹⁴⁶.

The defendant State, although conceding that the atomic bombing of Hiroshima and Nagasaki was “exceedingly enormous in destructive power” and a “matter of deep regret”, the damage being the “heaviest in history”, found nevertheless that the plaintiff’s claims were “not legal questions” but rather “abstract questions”¹⁴⁷. The defendant State’s reasoning, as to the waiver of claims pursuant to Article 19(a) of the Peace Treaty, was very much in the lines of an analogy with the practice of diplomatic protection: the individuals concerned could not pursue their claims directly against a foreign State at international level, as their State had exercised its right to waive any such claims by agreement with the foreign State¹⁴⁸. The defendant State argued that domestic courts were to recognize the conclusion of the Peace Treaty as a *fait accompli*¹⁴⁹. The District Court of Tokyo concluded that, notwithstanding the atomic bombing of Hiroshima and Nagasaki had been an illegal act in violation of international law, the plaintiffs’

claims in the *cas d'espèce* were “improper”, and they were therefore dismissed on the merits¹⁵⁰. It was certainly not purely coincidental that District Court saw it fit to deliver its decision on 07.12.1963, the anniversary of Pearl Harbour¹⁵¹ ...

Even in the days of the *Lotus* case (1927), the view endorsed by the old Permanent Court of International Justice (PCIJ), whereby under International Law everything that was not expressly prohibited would thereby be permitted, was object of severe criticisms not only of a compelling Dissenting Opinion in the case itself¹⁵² but also on the part of expert writing of the time¹⁵³. Such conception could only have flourished in an epoch “politically secure” in global terms¹⁵⁴, certainly quite different from that of the last decades, in face of the recurrent threat of nuclear weapons and other weapons of mass destruction, the growing vulnerability of the territorial State and indeed of the world population, and the increasing complexity in the conduction of international relations. In our days, in face of such terrifying threat, it is - as I sustained in a recent book - the logic opposite to that of the *Lotus* case which imposes itself: all that is not expressly permitted is surely prohibited¹⁵⁵. All weapons of mass destruction, including nuclear weapons, are illegal and prohibited and contemporary international law.

Furthermore, in an essay published more than two decades ago, I allowed myself to warn against the disastrous consequences - in times of peace and of war - of not recognizing the position of individuals as subjects of international law, and of insisting to erect this latter on an exclusively inter-State basis. The widespread bombings of largely undefended cities (either with weapons of mass destruction, or with conventional weapons in large scale), with thousands and thousands of helpless, innocent and silent victims (e.g., Hiroshima, Nagasaki, Tokyo, Coventry, Dresden, Hamburg, Guernica, to name a few, among so many others also bombarded), has been - like the issue of arms trade - simply overlooked¹⁵⁶ in international legal doctrine, and has passed with impunity in international law to date. The case of *Shimoda and Others* stands as a dreadful illustration of the veracity of the maxim *summum jus, summa injuria*, when one proceeds on the basis of an allegedly absolute submission of the human person to a degenerated international legal order erected on an exclusively inter-State basis.

May I thus reiterate, here at the University of Hiroshima in 2004, what I wrote in 1981, regarding the *Shimoda and Others* case, namely,

“(...) The whole arguments in the case reflect the insufficiencies of an international legal order being conceived and erected on the basis of an exclusive

inter- State system, leaving individual human beings impotent in the absence of express treaty provisions granting them procedural status at international level. Even in such a matter directly affecting fundamental human rights, the arguments were conducted in the case in the classical lines of the conceptual apparatus of the so-called law on diplomatic protection, in a further illustration of international legal reasoning still being haunted by the old Vattelien fiction”¹⁵⁷.

In conclusion, the initiatives I have mentioned in the present study of the conception of zones of peace, of the formulation of the right to peace (within the conceptual universe of the International Law of Human Rights¹⁵⁸), and of the establishment of nuclear-weapon-free zones, added to the successive and constant endeavours towards general and complete disarmament, disclose the existence nowadays of an *opinio juris communis* as to the illegality of all weapons of mass destruction, including nuclear weapons, under contemporary international law. There is no “gap” concerning nuclear weapons; given the indiscriminate, lasting and indescribable suffering they inflict, they are outlawed, as much as other weapons of mass destruction (chemical and bacteriological [biological] weapons) are.

The positivist outlook purporting to challenge this prohibition of contemporary general international law has long been surpassed. Nor can this matter be approached from a strictly inter-State outlook, without taking into account the condition of human beings as subjects of international law. All weapons of mass destruction are illegal under contemporary international law. The threat or use of such weapons is condemned in any circumstances by the *universal juridical conscience*, which in my view constitutes the ultimate *material* source of international law, as of all Law.

This is in keeping with the conception of the formation and evolution of international law which I have been sustaining for many years, also in my Opinions within the Inter-American Court of Human Rights¹⁵⁹. And this is also in keeping with the similar conception upheld, in his Opinions within the ICJ four decades ago, by the distinguished Japanese Judge Kotaro Tanaka: that is, an international law transcending the limitations of legal positivism¹⁶⁰, and thus capable of responding effectively to the needs and aspirations of the international community as a whole, and, ultimately, of humankind.

Hiroshima, Japan,
20 December 2004.

NOTAS

1. U.N. document A/54/98/Annex, reproduced *in op. cit. infra* n. (3), pp. 419-454.
2. F. Kalshoven (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference - Reports and Conclusions*, The Hague: Kluwer, 2000, p. 52 (remark by H. Blix).
3. *Ibid.*, pp. 450 and 452 (items 48 and 44 of the Hague Agenda), and cf. pp. 426-427.
4. *Ibid.*, p. 450 (item 44).
5. International Committee of the Red Cross (ICRC), *Weapons that May Cause Unnecessary Suffering or Have Indiscriminate Effects* (Report on the Work of Experts), Geneva: ICRC, 1973, pp. 20-21.
6. S. Glaser, *L'Arme Nucléaire à la Lumière du Droit International*, Paris: Pédone, 1964, pp. 34, 36-37 and 51.
7. Article 22 of the II Hague Convention of 1899, and of the IV Hague Convention of 1907.
8. Article 23(e) of the aforementioned Hague Conventions.
9. ICRC, *Weapons that May Cause Unnecessary Suffering...*, *op. cit. supra* n. (6), p. 11; S. Glaser, *L'arme nucléaire...*, *op. cit. supra* n. (7), pp. 45-46.
10. Cf., e.g., M.-F. Furet, *Le Désarmement Nucléaire*, Paris: Pédone, 1973, p. 9.
11. An outlook of sad memory to those victimized by the invocation of "State security" by the power-holders in order to try to "justify" abuses and human rights violations, in dictatorships and in authoritarian regimes, such as the ones in some South American countries, mainly between the mid-sixties and early eighties.
12. Cf., e.g., S. Ogata and J. Cels, "Human Security - Protecting and Empowering the People", 9 *Global Governance - A Review of Multilateralism and International Organizations* (2003), n. 3, pp. 274-275.
13. Expressly referring to the three branches of the International Law of Human Rights, of the International Law of Refugees and of International Humanitarian Law; U.N./Commission on Human Security, *Human Security Now - Protecting and Empowering People*, N.Y.: U.N., 2003, pp. 12, 27 and 49.
14. *Ibid.*, p. 134.
15. Preamble and item II(2).
16. Item I(1).
17. Item II(4)(e).
18. Item II(4)(z).
19. It is not to pass unnoticed that the Latin American countries (and not the great powers) were the ones which constituted the first - and densely inhabited - region of the world to declare itself a *nuclear-weapon-free zone*, by means of the adoption of the Treaty for the Prohibition of Nuclear Weapons in Latin America and the Caribbean (1967), which served as inspiration for other regions of the world, thus contributing to the formation of a universal conscience as to the pressing need of world disarmament. Cf. OPANAL/UNIDIR, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, N.Y.: U.N., 1997, pp. 8-19 and 46-47; W. Epstein, "The Making of the Treaty of Tlatelolco", 3 *Journal of the History of International Law / Revue d'histoire du Droit international* (2001), pp. 153-177.
20. S. Szurek, "Zones Exemptes d'Armes Nucléaires et Zones de Paix dans le Tiers-Monde", 88 *Revue Générale de Droit international public* (1984), pp. 123-128 and 151-156.
21. Comisión Sudamericana de Paz (CSP), *Proyecto de Tratado de Zona de Paz* (Grupo de Trabajo de Juristas), Santiago de Chile, CSP, 21.06.1990, pp. 1-9 (internal circulation).
22. For an account, cf., e.g., E. Fujita, *The Prevention of Geographical Proliferation of Nuclear Weapons: Nuclear-Weapon-Free Zones and Zones of Peace in the Southern Hemisphere*, N.Y.: U.N./UNIDIR, 1989, pp. 1-40.
23. Reference could also be made to relevant resolutions of the U.N. General Assembly, such as the 1988 Declaration on the Prevention and Removal of Disputes and Situations Which May Threaten International Peace and Security and on the Role of the United Nations in this Field; to this latter one can add other resolutions of the U.N. General Assembly, such as resolution 44/21, of 1989, on enhancing international peace, security and international cooperation in all its aspects in accordance with the U.N. Charter; B. Boutros-Ghali, *An Agenda for Peace*, 2nd. ed., N.Y.: U.N., 1995, p. 52.

24. U.N. General Assembly resolution 2832 (XXVI), of 16.12.1971.
25. International Peace Academy, *Regional Colloquium on Disarmament and Arms Control* (New Delhi, 12-17.02.1978), New Delhi/Bombay/Calcutta: I.P.A., 1978, pp. 23-25 and 78-80.
26. J. C. Carasales, "El Cambiante Valor de las Zonas Libres de Armas Nucleares: La Experiencia de Tlatelolco y Rarotonga", in *XVI Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* (1989), Washington D.C.: Secretaría General de la OEA, 1991, p. 89.
27. Cf., generally, D. Uribe Vargas, *El Derecho a la Paz*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1996, pp. 1-250; D. Uribe Vargas, "El Derecho a la Paz", in *Derecho Internacional y Derechos Humanos/Droit international et droits de l'homme* (Eds. D. Bardonnet and A.A. Cançado Trindade), The Hague/San José de Costa Rica: IIDH/Hague Academy of International Law (1995 External Session), 1996, pp. 177-195.
28. Endeavouring to overcome the dangerous system of the equilibrium of forces by condemning war as an means of settlement of disputes and an instrument of foreign policy, and heralding the new system of collective security and the emergence of the right to peace; J. Zourek, *L'interdiction de l'emploi de la force en Droit international*, Leiden/Genève: Sijthoff/Inst. H.-Dunant, 1974, pp. 39-48.
29. The relevant U.N. provisions. together with the 1928 General Treaty for the Renunciation of War, became major sources - the legal nature of which was unchallenged by States - of limitations of resort to force by States; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford: Clarendon Press, 1963 (reprint 1981), pp. 83 and 91.
30. U.N. General Assembly resolution 2625 (XXV), of 24.10.1970.
31. U.N. General Assembly resolution 2374 (XXV), of 16.12.1970.
32. U.N. General Assembly resolution 3314 (XXIX), of 14.12.1974.
33. U.N. General Assembly resolution 33/73, "Declaration on the Preparation of Society to Live in Peace", of 15.12.1978; U.N. General Assembly resolution 39/11, "Declaration on the Right of Peoples to Peace", of 12.11.1984; cf. also U.N. General Assembly resolution 34/88, of 1979.
34. Articles 26 and 15, respectively.
35. Preamble, par. 4(c), and Principles 5 and 20.
36. A.A. Tikhonov, "The Inter-relationship between the Right to Life and the Right to Peace; Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass-Destruction and the Right to Life", *The Right to Life in International Law* (Ed. B.G. Ramcharan), Dordrecht, Nijhoff/Kluwer, 1985, pp. 97-113; Ph. Alston, "Peace, Disarmament and Human Rights", *Armement, développement, droits de l'homme, désarmement* (Colloque à l'UNESCO, 1982) (Ed. G. Fischer), Paris/Bruxelles: Bruylant, 1984, pp. 325-330.
37. Cf., e.g., *inter alia*, F. Mayor, *The New Page*, Paris/Aldershot, UNESCO/Dartmouth, 1995, pp. 1-10 and 59-67; J. Symonides and K. Singh, "Constructing a Culture of Peace: Challenges and Perspectives - An Introductory Note", in *From a Culture of Violence to a Culture of Peace*, Paris: UNESCO, 1996, pp. 9-30.
38. The Group was composed of A. Aguiar, M. Bedjaoui, R. Ben Achour, A.A. Cançado Trindade, A. Eide, H. Gros Espiell, G. Guerin, I. Nguema, R. Ranjeva, E. Roucouas, J. Symonides, K. Vasak (*rapporteur*) and C. Zanghi.
39. Seventh *considerandum*.
40. A.A. Cançado Trindade, "The Right to Peace and the Conditions for Peace", 21 *Diálogo - The Human Right to Peace: Seed for a Possible Future - UNESCO/Paris* (June 1997), pp. 20-21.
41. UNESCO/General Conference (29th Session, Paris), *Report by the Director-General on the Human Right to Peace*, document 29 C/59, of 29.10.1997, p. 5.
42. Operative part I, paragraph 4.
43. *Considerandum* 12 of preamble, and operative part I, paragraph 1. It further recalled the responsibilities of present generations towards future generations, to leave them a better world, with respect for international law and human rights; *considerandum* 14 of preamble.
44. UNESCO/Executive Board, *Report by the Director-General on the Results of the International Consultation of Governmental Experts on the Human Right to Peace (Final Report)*, document 154 EX/40, of 17.04.1998, p. 10.
45. Cf. *ibid.*, pp. 2 and 10.
46. Cf. A. Aguiar, "Perfiles Éticos y Normativos del Derecho Humano a la Paz", in *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber - Paix, Développement, Démocratie*, vol. II, Bruxelles: Bruylant, 1998, pp. 884-894, and cf. pp. 878-884.
47. In fact, as early as in 1968 the *Final Act* of the I World Conference on Human Rights of the United

- Nations (held in Teheran) contained several references to the relationship between the observance of human rights and the maintenance of peace; cf. U.N., *Final Act of the International Conference on Human Rights* (1968), U.N. doc. A/CONF.32/41, N.Y., U.N., 1968, pp. 4, 6, 9, 14 and 36. And the U.N. General Assembly, on its turn has constantly been attentive to address the requirements of *survival* of humankind as a whole.
48. On the initial moves in the U.N. to this effect, by Brazil (in 1962) and Mexico (taking up the leading role from 1963 onwards), cf. Naciones Unidas, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares...*, *op. cit. infra* n. (50), pp. 116, 20 and 139.
 49. Naciones Unidas, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, N.Y./Geneva: U.N.-OPANAL/UNIDIR, 1997, pp. 9, 25, 39 and 153.
 50. A. García Robles, “Mesures de désarmement dans des zones particulières: le Traité visant l’interdiction des armes nucléaires en Amérique Latine”, 133 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1971), p. 99, and cf. p. 102.
 51. The first one concerning the States internationally responsible for territories located within the limits of the zone of application of the Treaty, and the second one pertaining to the nuclear-weapon States.
 52. A. García Robles, “Mesures de Désarmement dans des Zones Particulières...”, *op. cit. supra* n. (51), p. 103, and cf. p. 71.
 53. Cf. J. Goldblat, “Zones Exemptes d’Armes Nucléaires: Une Vue d’Ensemble”, in *Le Droit International des Armes Nucléaires* (Journée d’études, ed. S. Sur), Paris: Pédone, 1998, pp. 35-55.
 54. Upon the initiative of Australia.
 55. M. Hamel-Green, “The South Pacific - The Treaty of Rarotonga”, in *Nuclear Weapons-Free Zones* (Ed. R. Thakur), London/N.Y.: MacMillan/St. Martin’s Press, 1998, p. 59, and cf. p. 62.
 56. As to this latter, the States Parties to the NPT decided in 1995 to extend its duration indefinitely and to adopt the document on “Principles and Objectives for Nuclear Non-Proliferation and Disarmament”.
 57. M. Hamel-Green, *op. cit. supra* n. (56), pp. 77 and 71.
 58. This extended territorial scope has generated resistance on the part of nuclear-weapon States to accept its present form; A. Acharya and S. Ogunbanwo, “The Nuclear-Weapon-Free Zones in South-East Asia and Africa”, in *Armaments, Disarmament and International Security - SIPRI Yearbook* (1998), pp. 444 and 448.
 59. Naciones Unidas, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares en el Siglo XXI*, *op. cit. supra* n. (50), pp. 60-61.
 60. Cf. J.O. Ihonvbere, “Africa - The Treaty of Pelindaba”, in *Nuclear Weapons-Free Zones*, *op. cit. supra* n. (28), pp. 98-99 and 109.
 61. As the outcome of the initiative from such African States as South Africa (having dismantled its nuclear programme), Egypt and Nigeria; *ibid.*, pp. 109 and 107, and cf. p. 114.
 62. J. Enkhsaikhan, “Nuclear-Weapon-Free Zones: Prospects and Problems”, 20 *Disarmament - Periodic Review by the United Nations* (1997) n. 1, p. 74.
 63. Cf., e.g., H. Fujita, “The Changing Role of International Law in the Nuclear Age: from Freedom of the High Seas to Nuclear-Free Zones”, in *Humanitarian Law of Armed Conflict: Challenges Ahead - Essays in Honour of F. Kalshoven* (Eds. A.J.M. Delissen and G.J. Tanja), Dordrecht: Nijhoff, 1991, p. 350, and cf. pp. 327-349.
 64. J. Prawitz, “Nuclear-Weapon-Free Zones: Their Added Value in a Strengthened International Safeguards System”, in *Tightening the Reins - Towards a Strengthened International Nuclear Safeguards System* (Eds. E. Häckel and G. Stein), Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 2000, p. 166.
 65. Cf. Naciones Unidas, *Las Zonas Libres de Armas Nucleares...*, *op. cit. supra* n. (50), pp. 27, 33-38 and 134.
 66. A. Acharya and S. Ogunbanwo, *op. cit. supra* n. (59), p. 443; J. Enkhsaikhan, *op. cit. supra* n. (63), pp. 79-80.
 67. M. Shaker, “Zones Exemptes d’Armes Nucléaires et Zones Exemptes d’Armes de Destruction Massive”, in *Le droit international des armes nucléaires* (Journée d’études, Ed. S. Sur), Paris: Pédone, 1998, pp. 57-63.
 68. E. Vargas Carreño, *Una Conferencia Internacional de los Estados Partes de las Zonas Libres de Armas Nucleares (ZLAN)*, Mexico City: OPANAL, doc. C/DT/55/Rev.1, of 03.10.2002, pp. 5-8.
 69. Naciones Unidas, *Amplio Estudio de la Cuestión de las Zonas Libres de Armas Nucleares en todos Sus Aspectos - Informe Especial de la Conferencia del Comité de Desarme*, U.N. doc. A/10027/Add.1, N.Y.: Naciones Unidas, 1976, p. 50.
 70. *Ibid.*, p. 50.

71. *Ibid.*, pp. 18 and 34.
72. *Ibid.*, p. 31. And, in this respect, a parallel was suggested with demilitarized zones foreseen in humanitarian norms of the law of armed conflicts; *ibid.*, p. 31.
73. A. Chayes and D. Shelton, "Commentary", in *Commitment and Compliance* (Ed. D. Shelton), Oxford, University Press, 2000, pp. 522-523.
74. S. Sur, "Vérification en matière de désarmement", 273 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1998), pp. 96-102.
75. Last *considerandum* of the preamble.
76. First *considerandum* of the preamble.
77. Which is to enter into force 180 days after 44 States deposit their instruments of ratification. Cf. Preparatory Commission for the CTBT Organization, *Advancing the Entry into Force of the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty*, Vienna: CTBTO, 2001, pp. 1-14.
78. E. Vargas Carreño, "El Futuro de la No Proliferación Nuclear con Especial Énfasis en América Latina", in *Seminario Regional sobre el Protocolo Adicional de Salvaguardias Nucleares* (Lima/Peru, 04-07.12.2001), Lima: [OPANAL], 2001, pp. 5-6 (restricted circulation).
79. For earlier studies, cf., e.g., C.A. Dunshee de Abranches, *Proscrição das Armas Nucleares*, Rio de Janeiro: Livr. Freitas Bastos, 1964, pp. 13-179; A.C. Alves Pereira, *Os Impérios Nucleares e seus Refêns: Relações Internacionais Contemporâneas*, Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1984, pp. 13-288.
80. B. Boutros-Ghali, *Nouvelles Dimensions...*, *op. cit. infra* n. (84), p. 14, and cf. pp. 3-4, 6, 8, 12-13 and 16-17.
81. Among which the 1971 Treaty on the Prohibition of the Emplacement of Nuclear Weapons and Other Weapons of Mass Destruction on the Sea-bed and the Ocean Floor and in the Subsoil Thereof, and the 1977 Convention on the Prohibition of Military or Any Other Hostile Use of Environmental Modification Techniques.
82. Among which the 1972 Treaty on the Limitation of the Systems of Anti-Ballistic Missiles (the ABM Treaty), the Agreements reached pursuant to the Strategic Arms Limitation Talks (SALT-I and II, 1972 and 1977, respectively); for an account of the negotiation of these latter, cf., e.g., M.-F. Furet, *op. cit. supra* n. (11), pp. 203-226; and cf. [Various Authors,] *Regional Colloquium on Disarmament and Arms Control* (New Delhi, February 1978), Bombay/Calcutta: International Peace Academy, 1978, pp. 42-56.
83. B. Boutros-Ghali, *Nouvelles Dimensions de la Réglementation des Armements et du Désarmement dans la Période de l'Après-guerre froide - Rapport du Secrétaire Général*, N.Y.: Nations Unies, 1993, pp. 21-22.
84. F. Kalshoven, "Introduction", in UNITAR, *The Centennial of the First International Peace Conference - Reports and Conclusions* (Ed. F. Kalshoven), The Hague: Kluwer, 2000, p. 52.
85. Cf., e.g., C.A. Dunshee de Abranches, *Proscrição das Armas Nucleares*, *op. cit. supra* n. (80), pp. 114-179; G.E. do Nascimento e Silva, "A Proliferação Nuclear e o Direito Internacional", in *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Prof. A. Truyol y Serra*, vol. II, Madrid: Universidad Complutense, 1986, pp. 877-886.
86. For example, in preparing the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (first version), the U.N. International Law Commission considered, in 1954, the inclusion of nuclear weapons in the reformulation of a list of weapons to be restricted or limited; the polemics generated rendered it impossible to the Commission to determine whether the use of nuclear weapons constituted or not a crime against the peace and security of mankind; at last, the Commission, following a minimalist approach, excluded from the relation of international crimes the use of nuclear weapons. J.S. Morton, *The International Law Commission of the United Nations*, Columbia/South Carolina: University of South Carolina Press, 2000, pp. 46 and 51.
87. Cf. *ICJ Reports* (1974), pp. 63-455, and criticisms *In P. Lellouche*, "The Nuclear Tests Cases: Judicial Silence versus Atomic Blasts", 16 *Harvard International Law Journal* (1975) pp. 614-637; and cf. *ICJ Reports* (1995) pp. 4-23, and the position of three dissenting Judges in *ibid.*, pp. 317-421.
88. ICJ, *Application Instituting Proceedings* (of 09.05.1973), *Nuclear Tests* case (New Zealand versus France), pp. 8 and 15-16, cf. pp. 4-16.
89. For a critical parallel between the 1973 orders and the 1974 judgments, cf. P. Lellouche, "The International Court of Justice - The Nuclear Tests Cases: Judicial Silence v. Atomic Blasts", 16 *Harvard International Law Journal* (1975), pp. 615-627 and 635.
90. *ICJ Reports* (1974), pp. 272 and 478, respectively.

91. ICJ, *Nuclear Tests* case, Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Waldock, *ICJ Reports* (1974), pp. 319-322, 367-369, 496, 500, 502-504, 514 and 520-521; and cf. Dissenting Opinion of Judge De Castro, *ibid.*, pp. 386-390; and Dissenting Opinion of Judge Barwick, *ibid.*, pp. 392-394, 404-405, 436-437 and 525-528. - It was further pointed out that the ICJ should thus have dwelt upon the question of the existence of rules of *customary* international law prohibiting States from causing, through atmospheric nuclear tests, the deposit of radio-active fall-out on the territory of other States; ICJ, *Nuclear Tests* case, Separate Opinion of Judge Petrán, *ICJ Reports* (1974), pp. 303-306 and 488-489. - It was the existence or otherwise of such customary rules that had to be determined, - a question which unfortunately was left largely unanswered by the Court in that case.
92. As recalled in the Joint Dissenting Opinion of Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Waldock, *ICJ Reports* (1974), pp. 362, 368-369 and 520-521; as well as in the Dissenting Opinion of Judge Barwick, *ibid.*, pp. 436-437.
93. Cf. *ICJ Reports* (1995) pp. 288-308; once again, there were Dissenting Opinions (cf. *ibid.*, pp. 317-421). - Furthermore, petitions against the French nuclear tests in the atoll of Mururoa and in that of Fangataufa, in French Polynesia, were lodged with the European Commission of Human Rights (EComHR); cf. EComHR, case *N.N. Tauira and 18 Others versus France* (appl. n. 28204/95), decision of 04.12.1995, 83-A *Decisions and Reports* (1995), p. 130.
94. In response only to one of the petitions, that of the U.N. General Assembly, as the ICJ understood that the WHO was not competent to deal with the question at issue, - despite the purposes of that U.N. specialized agency and the devastating effects of nuclear weapons over human health and the environment...
95. *ICJ Reports* (1996), pp. 226-267.
96. *Ibid.*, p. 266.
97. Cf. *ibid.*, pp. 268-274, esp. p. 270.
98. L. Doswald-Beck, "International Humanitarian Law and the Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons", 316 *International Review of the Red Cross* (1997), pp. 35-55; H. Fujita, "The Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of Nuclear Weapons", *in ibid.*, pp. 56-64.
99. Paragraph 35.
100. Paragraph 79.
101. E. David, "The Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons", 316 *International Review of the Red Cross* (1997), pp. 21-34.
102. Paragraph 68.
103. Notably resolution 1653(XVI) of 24.11.1961.
104. Paragraph 67.
105. W.M. Reisman, "The Political Consequences of the General Assembly Advisory Opinion", *in International Law, the International Court of Justice, and Nuclear Weapons* (Eds. L. Boisson de Chazournes and Ph. Sands), Cambridge: University Press, 1999, pp. 473-487. The Court did not solve the issue raised before it by the U.N. General Assembly, leaving the "debate open"; S. Sur, "Les armes nucléaires au miroir du Droit", *in Le droit international des armes nucléaires, op. cit. supra* n. (68), pp. 9-25, esp. pp. 12, 16 and 24.
106. Paragraph 73.
107. L. Condorelli, "Nuclear Weapons: A Weighty Matter for the International Court of Justice - *Jura Novit Curia?*", 316 *International Review of the Red Cross* (1997), pp. 9-20. The Opinion is not conclusive and provides no guidance; J.-P. Queneudec, "E.T. à la C.I.J.: méditations d'un extra-terrestre sur deux avis consultatifs", 100 *Revue générale de Droit international public* (1996) 907-914, esp. p. 912. The language utilized in the Opinion is ambiguous, lending itself to the most distinct interpretations (including that whereby in self defence military necessity could have primacy over humanitarian law), dangerous for the prevalence of Law; M.-P. Lanfranchi and Th. Christakis, *La licéité de l'emploi d'armes nucléaires devant la Cour Internationale de Justice*, Aix-Marseille/Paris: Université d'Aix-Marseille III/Economica, 1997, pp. 111, 121 and 123; S. Mahmoudi, "The International Court of Justice and Nuclear Weapons", 66 *Nordic Journal of International Law* (1997), pp. 77-100.
108. Cf. M. Mohr, "Advisory Opinion of the International Court of Justice on the Legality of the Use of Nuclear Weapons under International Law - A Few Thoughts on Its Strengths and Weaknesses", 316 *International Review of the Red Cross* (1997), pp. 92-102.
109. The Geneva Protocol of 1925, and the Conventions of 1972 and 1993 against Biological and Chemical Weapons, respectively.

110. Paragraph 76; the 1980 Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects.
111. The Roman-privatist influence - with its emphasis on the autonomy of the will - had harmful consequences in traditional International Law; in the public domain, quite on the contrary, conscience stands above the will, also in the determination of competences.
112. A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002, p. 1099.
113. J. Salmon, "Le problème des lacunes à la lumière de l'avis 'Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires' rendu le 8 juillet 1996 par la Cour Internationale de Justice", *Mélanges en l'honneur de N. Valticos - Droit et justice* (Ed. R.-J. Dupuy), Paris: Pédone, 1999, pp. 197-214, esp. pp. 208-209; R. Ticehurst, "The Martens Clause and the Laws of Armed Conflict", 317 *International Review of the Red Cross* (1997) pp. 125-134, esp. pp. 133-134; A. Azar, *Les Opinions des Juges dans l'Avis Consultatif sur la Licéité de la Menace ou de l'Emploi d'Armes Nucléaires*, Bruxelles: Bruylant, 1998, p. 61.
114. Which was intended to extend juridically the protection to the civilians and combatants in all situations, even if not contemplated by the conventional norms.
115. It is not merely casual that the States militarily powerful have constantly opposed themselves to the influence of natural law in the norms applicable to armed conflict, even if they base themselves on natural law to judge war criminals (as in Nuremberg). R. Ticehurst, *op. cit. supra* n. (114), pp. 133-134.
116. J. Burroughs, *The (Il)legality of Threat or Use of Nuclear Weapons*, Münster, Lit Verlag/International Association of Lawyers against Nuclear Weapons, 1997, p. 84. - For the inference of the prohibition of nuclear weapons from the express prohibition, by Article 35 of Additional Protocol I (of 1977) to the 1949 Geneva Conventions on International Humanitarian Law, of weapons that cause "superfluous damage" or "unnecessary suffering" (paragraph 2), and which cause or intend to cause "extensive, durable and severe damage to the natural environment" (paragraph 3), cf., e.g., J.A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 6th. ed., Madrid, Tecnos, 1996, pp. 680 and 683-684; and cf. comments in *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Ed. Y. Sandoz, C. Swinarski and B. Zimmermann), Geneva: ICRC/Nijhoff, 1987, pp. 389-420 and 597-600.
117. V. Coussirat-Coustère, "La Licéité des Armes Nucléaires en Question", in *Le droit international des armes nucléaires, op. cit. supra* n. (68), p. 109.
118. Cf. the Dissenting Opinions of Judge Shahabuddeen (pp. 386-387, 406, 408, 410-411 and 425, and of Judge Weeramantry (pp. 477-478, 481, 483, 486-487, 490-491, 494, 508 and 553-554).
119. Dissenting Opinion of Judge Koroma, pp. 573-574 and 578.
120. A. Cassese, "The Prohibition of Indiscriminate Means of Warfare", in *Declarations on Principles - A Quest for Universal Peace* (Eds. R.J. Akkerman et alii), Leyden: Sijthoff, 1977, pp. 176-182.
121. With the negative votes coming from NATO member States and other allies of the United States.
122. J. Burroughs, *The (Il)legality of Threat or Use of Nuclear Weapons, op. cit. supra* n. (117), p. 27.
123. 'General Comment' n. 14 (of 1984) of the Human Rights Committee, text In United Nations, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, doc. HRI/GEN/1/Rev.3, of 15.08.1997, p. 19, par. 6.
124. U.N. *Report of the Human Rights Committee, G.A.O.R. - 40th Session* (1985), suppl. n. 40 (A/40/40), p. 162.
125. *Ibid.*, p. 162.
126. Cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International - Session d'Edimbourg* (1969)-II, pp. 49, 53, 55, 60, 62-63, 66 and 99.
127. Cf. *ibid.*, pp. 50, 88-89 and 90.
128. *Ibid.*, p. 88.
129. Text In *Annuaire de l'Institut de Droit International - Session d'Edimbourg* (1969)-II, pp. 375-376.
130. Paragraphs 1-3, 5-6 and 8, in *ibid.*, pp. 376-377.
131. Text in *ibid.*, pp. 376-377.
132. S. Glaser, *L'Arme Nucléaire à la Lumière du Droit International*, Paris: Pédone, 1964, pp. 15, 24-25 and 41.
133. *Ibid.*, pp. 53 and 21, and cf. p. 18.
134. Nagendra Singh, *Nuclear Weapons and International Law*, London: Stevens, 1959, p. 242.

135. Government of Japan, *Written Statement of the Government of Japan* [on the Request for an Advisory Opinion to the ICJ by the World Health Organization], 10.06.1994, p. 2 (internal circulation); Government of Japan, *Written Statement of the Government of Japan* [on the Request for an Advisory Opinion to the ICJ by the United Nations General Assembly], 14.06.1995, p. 1 (internal circulation); Government of Japan, *The Oral Statement by the Delegation of Japan in the Public Sitting Held at the Peace Palace*, The Hague, 07.11.1995, p. 1 (internal circulation).
136. Government of Japan, *The Oral Statement...*, *op. cit. supra* n. (136), pp. 1-2 (internal circulation).
137. Cf. accounts: Committee of Japanese Citizens, *Days to Remember - An Account of the Bombings of Hiroshima and Nagasaki*, Hiroshima/Nagasaki: Hiroshima-Nagasaki Publishing Committee, 1981, pp. 1-37; Hiroshima Peace Memorial Museum (HPMM), *Atomic Bomb Tragedy - The Spirit of Hiroshima*, Hiroshima, HPMM, pp. 1-128; Kenzaburô Ôé, *Notes de Hiroshima*, Paris, Gallimard, 1996, pp. 17-230; T. Ogura, *Letters from the End of the World - A Firsthand Account of the Bombing of Hiroshima*, Tokyo: Kodansha International, 2001 [reed.], pp. 15-192; N. Shohno, *The Legacy of Hiroshima - Its Past, Our Future*, Tokyo, Kôsei Publ. Co., 1987 [reed.], pp. 13-136.
138. ICJ, *loc. cit.*, pleadings of Australia (1995), pp. 45, 60 and 63, and *cf.* p. 68.
139. ICJ, *loc. cit.*, pleadings of New Zealand (1995), p. 33.
140. ICJ, *loc. cit.*, pleadings of Egypt (1995), pp. 37-41 and 44.
141. The Japanese government thereby saw itself in the ironical situation of having to argue as defendant in a case moved by Japanese nationals, victims of the atomic bombings of Hiroshima and Nagasaki. Cf. 355 *Hanrei Jibo* (*Decisions Bulletin*) p. 17, later translated into English and reported *In Toward a Theory of War Prevention* (Series *The Strategy of World Order*), vol. I (Ed. R.A. Falk and S.H. Mendlovitz), N.Y.: World Law Fund, 1966, pp. 314-354.
142. *Shimoda and Others versus Japan Case*, in *op. cit. supra* n. (142), pp. 316-322.
143. *Ibid.*, pp. 339-345.
144. Under the U.S. Federal Tort Claims Act after the war.
145. *Shimoda and Others versus Japan Case*, in *op. cit. supra* n. (142), pp. 347-352.
146. *Ibid.*, pp. 323-330.
147. *Ibid.*, pp. 330-331.
148. Cf. *ibid.*, pp. 331-332. The defendant State added that although “deep sympathy” was due to the victims of the atomic explosions in the war, the way of consolation for them “must be balanced with the consolation for other war victims”. Whether measures should be taken in legislature and in finance was a political rather than legal question; “this is the same as where the State receives indemnity from another country by exercising the right of diplomatic protection, and where the State can decide independently by its authority whether it will distribute the indemnity to the sufferers and also the method of distribution”; *ibid.*, p. 332, and *cf.* p. 333.
149. The costs of litigation were to be borne by the plaintiffs; *ibid.*, pp. 352 and 314. The Court, nevertheless, expressed its “whole-hearted compassion” for the victims of the atomic blasts; *cf. ibid.*, p. 352.
150. It is somewhat surprising that the District Court should treat the plaintiffs on the same footing as other war victims, as their claims were specifically directed against an armed attack - the atomic bombings of undefended cities - which the same Court had held to have been contrary to the laws of armed conflict.
151. Cf. Dissenting Opinion of Judge Loder, PCIJ, *Lotus Case* (France *versus* Turkey), Series A, n. 10, Judgment of 07.09.1927, p. 34 (such conception was not in accordance with the “spirit of International Law”).
152. Cf. J.L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, Oxford: Clarendon Press, 1958, p. 144; H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*, Oxford: Clarendon Press, 1933, pp. 409-412 and 94-96; and *cf.*, subsequently, e.g., G. Herczegh, “Sociology of International Relations and International Law”, in *Questions of International Law* (Ed. G. Haraszti), Budapest: Progresprint, 1971, pp. 69-71 and 77.
153. Maarten Bos, “Dominant Interest in International Law”, 21 *Revista Española de Derecho Internacional* (1968), p. 234.
154. A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, *op. cit. supra* n. (113), p. 1099.
155. With rare and distinguished exceptions.

156. A.A. Cançado Trindade, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment," 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Geneva (1981), p. 214.
157. For a projection into the future, cf. A.A. Cançado Trindade, "The Future of the International Protection of Human Rights", in *B. Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber - Paix, Développement, Démocratie*, vol. II, Bruxelles: Bruylant, 1998, pp. 961-986.
158. A.A. Cançado Trindade, "La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado", 40 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* - Belo Horizonte/Brazil (2001), pp. 11-23; A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos Frente a la Conciencia Jurídica Universal", in *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (Eds. A.A. Cançado Trindade and J. Ruiz de Santiago), 3rd. Ed., San José of Costa Rica: UNHCR, 2004, pp. 19-78.
159. Cf. K. Tanaka, "The Character of World Law in the International Court of Justice" [translated from Japanese into English by S. Murase], 15 *Japanese Annual of International Law* (1971) pp. 1-22; and cf. V. Gowlland-Debbas, "Judicial Insights into Fundamental Values and Interests of the International Community", in *The International Court of Justice: Its Future Role after Fifty Years* (Eds. A.S. Muller *et alii*), The Hague: Kluwer, 1997, pp. 344-346; and cf. Y. Saito, "Judge Tanaka, Natural Law and the Principle of Equality", in *The Living Law of Nations - Essays in Memory of A. Grahl-Madsen* (Eds. G. Alfredsson and P. Macalister-Smith), Kehl/Strasbourg: N.P. Engel Publ., 1996, pp. 401-402 and 405-408.

O TRATAMENTO LEGISLATIVO DO TERRORISMO NO BRASIL EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS



CARLOS WEIS

Procurador do Estado de São Paulo; Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo e Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça.

I. INTRODUÇÃO

A abordagem do tema decorre do parecer produzido por ocasião da análise, no Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Projeto de Lei n. 149 de 2003, por meio do qual o deputado Alberto Fraga (PTB/DF) propôs fosse alterado o Código Penal para o fim de inserir tipificação do crime de terrorismo¹.

O projeto, hoje aguardando apreciação na Comissão de Constituição e Justiça e Redação foi relatado pelo Deputado Ibrahim Abi-Ackel, cujo entendimento foi por sua prejudicialidade, pois a matéria já estaria compreendida na Lei de Segurança Nacional.²

Tal não é nosso entendimento.

É inescapável reconhecer que o terrorismo, sejam quais forem suas causas, remotas ou distantes, assim como suas explicações e justificativas, vem ocupando sobremaneira a agenda internacional contemporânea, mostrando-se importante que o país atualize sua legislação a respeito, sobretudo se pretende ocupar assento permanente no Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Também é fato que, embora seja o Brasil uma nação vocacionada para a paz³, seu território bem pode estar sendo utilizado para preparar atos terroristas e ocultar criminosos internacionais ou, ainda, suas instituições financeiras servindo para custear atividades daquele tipo, geralmente relacionadas a outros ilícitos contemporâneos tais como a lavagem de dinheiro e o tráfico internacional de armas e/ou entorpecentes. Daí porque necessária a confecção de uma normativa nova, atualizada e abrangente, a lidar com o tema.

Para que se possa traçar um paralelo entre a legislação nacional e a internacional, entendo razoável fazer um apanhado desta última, sobretudo após os

acontecimentos de 11 de setembro de 2001, os quais tiveram o efeito de mobilizar a comunidade internacional em face do terrorismo transnacional de larga escala.

II. O TRATAMENTO DO TEMA PELAS NAÇÕES UNIDAS

Analisando a construção normativa consolidada no âmbito das Organizações Internacionais a que se integra o Brasil, vê-se que a Organização das Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos vêm se debruçando sobre o tema, de há muito.

O tratamento normativo do terrorismo no âmbito das Nações Unidas pode ser dividido entre o existente antes dos ataques de 11 de setembro de 2001 e o surgido após esta data, ainda em desenvolvimento.

No primeiro caso, identifica-se com clareza uma “fase legislativa”, decorrente das prescrições do Capítulo VII da Carta de São Francisco, denominado “Ações Referentes a Ameaças à Paz, Ruptura da Paz e Atos de Agressão”.

Assim é que artigos 39 a 51 da Carta da ONU fixaram a competência do Conselho de Segurança para determinar a existência de alguma ameaça à paz mundial, podendo tal órgão fazer recomendações ou mesmo tomar medidas para manter ou restabelecer a segurança internacional, quais sejam, a interrupção total ou parcial das relações econômicas e de comunicação em relação a um dado Estado, assim como a ruptura de relações diplomáticas.

Mostrando-se insuficientes ou inadequadas tais medidas, o Conselho de Segurança pode autorizar o uso da força, com a tomada de ações militares por membros da ONU, os quais têm o dever de contribuir para a manutenção da segurança e da paz internacional.

Estabelecido o objetivo de as Nações Unidas garantirem a paz e a segurança internacional e tendo em conta que, nos anos que se seguiram à sua criação, surgiram novas modalidades de agressão contra os Estados, ora provenientes de grupos armados não-estatais, a ONU passou a editar uma série de tratados internacionais, cuidando de aspectos pontuais da questão, os quais podem ser assim sumariados:

A - INSTRUMENTOS DEPOSITADOS PERANTE O SECRETÁRIO-GERAL DA ONU

1. CONVENÇÃO SOBRE A PREVENÇÃO E PUNIÇÃO DE CRIMES CONTRA PESSOAS INTERNACIONALMENTE PROTEGIDAS, INCLUINDO AGENTES DIPLOMÁTICOS (NOVA YORK, 14.12.1973)⁴

A convenção se aplica a crimes tais como o homicídio, seqüestro ou agressão contra a pessoa ou estabelecimentos oficiais, acomodações privadas ou meios de transporte de agentes diplomáticos ou “pessoas internacionalmente protegidas”, sendo estas entendidas como Chefes de Estado ou de Governo, Ministros de Relações Exteriores, funcionários públicos e representantes de organizações internacionais a quem seja, no momento do ato, devida proteção num país estrangeiro, assim como à sua família.

Os Estados-partes têm a obrigação de estabelecer sua jurisdição sobre tais atos, tipificando as condutas em sua legislação interna e prevendo a respectiva punição, tendo em conta a gravidade de sua natureza. A eles ainda incumbe cooperar no sentido da adoção de medidas preventivas e integrar um sistema de assistência judiciária, incluindo a possibilidade de extradição, observadas as normas de tratados específicos e da convenção.

2. CONVENÇÃO INTERNACIONAL CONTRA A TOMADA DE REFÊNS (NOVA YORK, 17.12.1979)⁵

A convenção aplica-se à detenção ou captura de alguém, conjugada com a ameaça de morte ou de violação da integridade do refém, de modo a compelir um Estado, uma organização internacional intergovernamental, uma pessoa ou um grupo delas a

realizar um ato ou se abster de fazê-lo, como condição para a libertação do refém.

Neste contexto, a cada Estado-parte é determinado que torne tal conduta penalmente punível, além de outras medidas relacionadas à negociação da situação e partida dos refêns, assim como à extradição dos seqüestradores, da mesma forma que disposto na convenção anterior.

3. CONVENÇÃO INTERNACIONAL PELA SUPRESSÃO DE BOMBARDEIOS TERRORISTAS (NOVA YORK, 15.12.1997)⁶

Este tratado diz respeito à entrega, colocação, descarga e detonação de um explosivo ou outro artefato letal, tentado ou consumado, em ou contra local de uso público, estabelecimento público, sistema de transporte público ou instalação de infra-estrutura, com a intenção de causar a morte ou ferimentos graves, ou vasta destruição visando a causar grave perda econômica.

Igualmente às anteriores, os Estados-partes devem tornar tais condutas puníveis no âmbito de sua jurisdição interna e integrar-se a algum mecanismo de extradição dos culpados, se caso.

4. CONVENÇÃO INTERNACIONAL PELA SUPRESSÃO DO FINANCIAMENTO DO TERRORISMO (NOVA YORK, 09.12.1999)⁷

Ora relacionada aos aspectos financeiros do terrorismo, esta convenção destina-se a obrigar os Estados-partes a criar, em suas respectivas legislações, mecanismos de congelamento e seqüestro dos fundos destinados a custear as atividades descritas nas convenções antes referidas, ou ainda se os recursos se destinarem a atividades que tenham por intenção causar a morte ou ferimentos graves em qualquer pessoa não envolvida ativamente em conflito armado, ou para intimidar a população ou compelir um governo ou organização internacional a realizar um ato ou se abster fê fazê-lo. Além disso, a convenção também obriga os Estados a estabelecerem medidas de natureza penal tendentes à punição dos infratores e sua eventual extradição.

**B – DOCUMENTOS DEPOSITADOS
PERANTE OUTRAS
AUTORIDADES DO SISTEMA
DAS NAÇÕES UNIDAS**

**5. CONVENÇÃO SOBRE DELITOS E
OUTROS ATOS ESPECÍFICOS
COMETIDOS A BORDO DE
AERONAVES (TÓQUIO, 14.09.1963)⁸**

A Convenção aplica-se a agressões e outros atos prejudiciais à boa ordem e à disciplina a bordo de aeronave, cometidos enquanto esta se encontra em vôo ou sobre a superfície do alto mar ou outra área além do território de algum Estado. Ela não se aplica, por exemplo, a aeronaves estatais, como as de uso militar, policial ou do serviço de alfândega.

O objetivo da Convenção de Tóquio é proteger a segurança da aeronave e das pessoas e propriedades envolvidas e manter a boa ordem e disciplina a bordo. Ao comandante da aeronave, aos tripulantes e, em circunstâncias específicas, mesmo aos passageiros é dado poder para prevenir o cometimento de tais atos e para desembarcar a pessoa a eles relacionada. O comandante da aeronave pode desembarcar o agressor ou, se a agressão for séria, entregá-lo às autoridades do Estado-parte quando o avião aterrissar, tomando as medidas necessárias para proteger a aeronave e os que nela se encontram.

Como princípio, o Estado de registro da aeronave é competente para exercer jurisdição sobre agressões e outros atos cometidos a bordo, o que poderá não excluir a jurisdição criminal do Estado sobrevoado pela aeronave quando da ocorrência do ato, ou de nacionalidade ou residência permanente da vítima etc.

**6. CONVENÇÃO PARA A
SUPRESSÃO DA TOMADA ILEGAL
DE AERONAVE (HAIA, 16.12.1970)⁹**

A Convenção define o ato de tomada ilegal de aeronave e os Estados-partes responsabilizam-se por tornar tal delito punível por penas severas. Sob a Convenção de Haia o Estado é obrigado a exercer sua jurisdição sobre o delito, mesmo não sendo o Estado de registro da aeronave, especialmente no caso da não extradição do ofensor.

A Convenção requer do Estado no qual o delito tenha sido cometido que facilite o prosseguimento da viagem dos passageiros e que devolva a aeronave e respectiva carga às pessoas legalmente autorizadas sem demora.

**7. CONVENÇÃO PARA A
SUPRESSÃO DE ATOS ILEGAIS
CONTRA A SEGURANÇA DA
AVIAÇÃO CIVIL (MONTREAL,
23.09.1971)¹⁰ E PROTOCOLO
SOBRE A SUPRESSÃO DE ATOS
ILEGAIS DE VIOLÊNCIA EM
AEROPORTOS CIVIS,
SUPLEMENTAR À CONVENÇÃO
PARA A SUPRESSÃO DE ATOS
ILEGAIS CONTRA A SEGURANÇA
DA AVIAÇÃO CIVIL (MONTREAL,
24.02.1988)¹¹**

A Convenção lida com atos ilegais outros que os cobertos pelas Convenções de Tóquio e da Haia, tendo os Estados-partes se comprometido a torná-los severamente puníveis criminalmente, tendo em vista a proteção da aviação civil, objeto do tratado. Assim, são definidos como crimes (artigo 1º) atentar contra a vida ou integridade física de alguém a bordo de aeronave, na medida em que este ato a ponha em risco; atentar contra a aeronave, destruindo-a ou impossibilitando-a de voar ou comprometendo a segurança do vôo; colocar substância ou artefato a bordo de aeronave capaz de destruí-la ou ameaçar o vôo; destruir ou danificar equipamento de navegação aérea, comprometendo a segurança de vôo de alguma aeronave; e difundir informação que saiba falsa, capaz de por em risco a segurança de aeronave.

O Protocolo acresce outras hipóteses à definição de delito da Convenção de Montreal, nesta incluindo os atos de violência, dolosos e ilegais, contra pessoas em aeroportos a serviço da aviação civil internacional, que ameacem ou causem a morte ou lesões corporais graves, assim como aqueles atos que destruam ou avariem gravemente as instalações de tal aeroporto ou das aeronaves que ali se encontrem, ou prejudiquem a prestação de serviços naquele aeroporto.

A Convenção e o Protocolo contêm normas detalhadas sobre a jurisdição, custódia, processamento e extradição dos pretensos violadores e, de forma similar às Convenções de Tóquio e da Haia, não se aplica a aviões de uso militar, policial ou de controle das fronteiras. A Convenção busca estabelecer uma forma de jurisdição internacional sobre o agressor.

8. CONVENÇÃO SOBRE A PROTEÇÃO FÍSICA DE MATERIAL NUCLEAR (VIENA, 03.03.1980)¹²

A Convenção tem objetivo duplo: Ela estabelece os níveis exigidos de proteção física a ser utilizado quanto a material nuclear destinado a fins pacíficos durante transporte internacional, ao mesmo tempo em que prevê medidas contra atos ilegais relacionados a tais matérias durante seu transporte internacional, assim como no uso doméstico, armazenamento e transporte.

Nesse contexto a Convenção prevê que os Estados devem tornar puníveis pela legislação interna os atos dolosos relacionados ao material nuclear listado no artigo 7º, tais como os que ameacem ou causem a morte ou lesões corporais graves a alguém ou propriedade, o furto e o roubo de material nuclear, sua obtenção fraudulenta ou seu desvio, a exigência de sua entrega por qualquer forma de intimidação e a ameaça de usar material nuclear para compelir uma pessoa, um Estado ou uma Organização Internacional a fazer ou deixar de fazer algo. A Convenção ainda contém regras específicas sobre a fixação da jurisdição sobre tais atos e os casos de extradição.

9. CONVENÇÃO PELA SUPRESSÃO DE ATOS ILEGAIS CONTRA A SEGURANÇA DA NAVEGAÇÃO MARÍTIMA¹³ E PROTOCOLO PARA A SUPRESSÃO DE ATOS ILEGAIS CONTRA A SEGURANÇA DE PLATAFORMAS FIXAS LOCALIZADAS NA PLATAFORMA CONTINENTAL (ROMA, 10.03.1988)¹⁴

A Convenção aplica-se a delitos relacionados a periclitacão da navegação, pelos atos seguintes: Tomada ou exercício de controle sobre um navio por qualquer forma de intimidação; violência contra pessoa a bordo, destruições ou danificação de navio ou de sua carga; colocação no navio qualquer artefato ou substância capaz de destruí-lo ou à sua carga ou ameaçar sua existência, destruição, interferência ou danificação séria de instalações de navegação marítima; divulgação de informação falsa; lesão ou assassinato de pessoa relacionada aos atos precedentes. A Convenção aplica-se a navios navegando em águas internacionais (além do limite territorial de qualquer país), ou quando o suposto agente violador é encontrado no território de um Estado-parte. Por outro lado, não se aplica a navios de guerra ou utilizados pelo Estado para tais fins ou de polícia e controle aduaneiro.

Tal como nos casos anteriores, a Convenção possui regras sobre a imposição da jurisdição nacional e da extradição de suspeitos de tais atos.

O Protocolo aplica-se aos mesmos atos acima descritos, cometidos contra “plataformas fixas”, estas definidas como uma ilha artificial, estrutura ou instalação permanentemente anexada ao leito oceânico, com o propósito de exploração de recursos ou para outras finalidades de natureza econômica.

10. CONVENÇÃO SOBRE A MARCAÇÃO DE EXPLOSIVOS PLÁSTICOS PARA FINS DE SUA DETECÇÃO (MONTREAL, 01.03.1991)¹⁵

A Convenção determina a cada Estado-parte que proíba e evite a manufatura em seu território de explosivos plásticos sem marcas. As marcas são introduzidas nos explosivos plásticos durante o processo de fabricação por um dos agentes de detecção definidos no Anexo Técnico à Convenção. Esta também exige que o Estado evite o movimento de entrada ou saída de explosivos plásticos desmarcados e exerça efetivo e eficiente controle sobre os estoques de explosivos desmarcados. Os explosivos plásticos desmarcados que não sejam de uso das forças armadas ou polícia devem ser destruídos ou utilizados para fins não colidentes com os fins da Convenção, ou tornados inativos permanentemente, no período de três anos após a entrada em força da Convenção em relação ao Estado-parte respectivo.

Sem nos deter em cada pormenor das referidas convenções, observa-se, em comum o surgimento de obrigações para os Estados-partes, fundamentalmente relacionadas à tipificação criminal das condutas respectivas em sua legislação interna e fixação da jurisdição para julgamento dos delitos. Igualmente, os tratados requerem a adesão a mecanismos internacionais de cooperação judiciária, seja para permitir a extradição de suspeitos, seja para cercear a movimentação de bens e recursos destinados ao terrorismo.

Por outro lado, no sistema de até então era evidente a ausência de uma definição abrangente do que viesse a ser “terrorismo”, preferindo-se tratar especificamente de aspectos pontuais, relacionados o sistema internacional, eis que, à época o fenômeno era praticamente restrito a questões internas dos Estados.

Justamente, os acontecimentos de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos da América vieram a demonstrar a fragilidade dos mecanismos legislativos da ONU relacionados ao terrorismo, assim como a pouca ênfase na implementação das obrigações

pactuadas pelos Estados-partes. Ficou igualmente clara a falta de coordenação entre as diversas agências das Nações Unidas em lidar com o tema, dada sua complexidade e multiplicidade de aspectos.

O impacto causado pelos eventos referidos, revelando a capacidade de grupos terroristas efetuarem ataques de larga escala e contra alvos distantes de sua região de origem, mobilizou as Nações Unidas para o fim desta adotar a dianteira quanto à elaboração de estudos e debates, assim como no sentido de coordenar as ações dos Estados-partes e estabelecer mecanismos internacionais eficazes para evitar a repetição dos acontecimentos.

No afã de lidar com a questão, várias foram as iniciativas adotadas pela ONU, nem sempre de forma coordenada, mas, certamente, buscando dar tratamento amplo à questão.

A – O TERRORISMO COMO ATIVIDADE CRIMINOSA

De um lado, fomentado pelos Estados Unidos da América, o Conselho de Segurança das Nações Unidas editou a Resolução 1373 (2001), pela qual, de um lado, condenou os referidos ataques e expressou a determinação do órgão de prevenir atos de tal natureza e, de outro, decidiu que os Estados-membros da ONU deviam tomar uma série de providências.

Estabelecidas nos artigos 1º e 2º da Resolução, tais medidas visam a prevenir e suprimir o financiamento de atos terroristas; criminalizar a coleta de fundos para financiar o terrorismo; congelar fundos e outros ativos financeiros de pessoas que cometem ou facilitam o cometimento de atos terroristas; abster-se de auxiliar pessoas ou entidades relacionadas a atos terroristas; tomar os passos necessários para prevenir atos terroristas, incluindo a emissão de alerta prévio para outros Estados à guisa de troca de informações; recusar abrigo (“safe haven”) para quem financie, planeje, apóie ou cometa atos terroristas, assim como evitar o uso de seu território para tanto; garantir que as pessoas que pratiquem atos terroristas ou os apóiem, da forma ora descrita, sejam levadas à Justiça, sendo tais condutas tipificadas criminalmente na legislação interna, como delitos graves cuja punição reflita devidamente sua seriedade; oferecer o máximo de assistência recíproca para a investigação criminal de atos terroristas relacionados ao seu financiamento ou apoio e; prevenir o movimento de terroristas mediante controles de fronteira efetivos e adoção de medidas para evitar a falsificação de documentos de viagem.

Para tanto, o artigo 3º da Resolução conclamou os Estados a cooperar para o fim de cumprir as obrigações acima sumariadas, ganhando destaque a

solicitação para que os pedidos de refúgio sejam criteriosamente analisados, dentro dos padrões internacionais dos Direitos Humanos, tendo em vista evitar que o candidato a asilo não tenha cometido atos relacionados ao terrorismo.

E, para o fim de monitorar a implementação do estabelecido, a Resolução criou o Comitê Contra o Terrorismo, conhecido por CTC (Counter-Terrorism Committee), composto pelos membros do Conselho de Segurança, cuja atividade, dividida em três estágios, destina-se a buscar que os Estados-membros de fato cumpram o estabelecido na Resolução 1373 (2001). Assim, ao mesmo tempo em que cobra informações, o CTC busca alinhar acordos internacionais e estabelecer padrões internacionais de conduta que façam cessar a ocorrência do terrorismo.

B – O TERRORISMO COMO VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Agindo com perspectiva diversa, o Secretário-Geral da ONU criou o Grupo de Trabalho sobre a Política da ONU em relação ao Terrorismo (“Policy Working Group on the United Nations and Terrorism”), cujo objetivo é identificar as implicações, em longo prazo, e as dimensões políticas amplas do terrorismo para a ONU e formular recomendações sobre os passos que o sistema das Nações Unidas deve adotar para lidar com a questão.

Indo muito além do que se propôs o CTC do Conselho de Segurança, o Grupo de Trabalho, de composição mais ampla, dividiu-se em sub-grupos, para o fim de analisar os seguintes temas:

- (a) Instrumentos legais internacionais e questões de justiça internacional;
- (b) Direitos Humanos;
- (c) Atividades do sistema das Nações Unidas;
- (d) Armas de destruição em massa e outras armas e tecnologias;
- (e) Uso da ideologia (secular e religiosa) para justificar o terrorismo;
- (f) Comitê Contra o Terrorismo do Conselho de Segurança;
- (g) Mídia e comunicações;
- (h) Iniciativas multi-laterais que não das Nações Unidas.

Como resultado, o Grupo de Trabalho produziu, no início de 2002, um Relatório, no qual apresenta um panorama da situação, sugerindo a atuação da ONU voltada para três vertentes, a saber: A dissuasão de grupos em adotar o terrorismo, a vedação de acesso aos meios para que grupos realizem atos terroristas e a

cooperação internacional ampla e sustentável na luta contra o terrorismo.¹⁶

Sem entrar em minúcias quanto a cada um dos aspectos e tendo em conta as 33 recomendações formuladas, alguns pontos merecem maior atenção na medida em que contribuem para o debate do tema relativo à fixação de normas de natureza penal que tipifiquem atos terroristas.

O primeiro diz respeito ao reconhecimento de que o terrorismo não se justifica sob nenhum aspecto, sendo considerado um atentado aos princípios do Direito, da ordem, dos direitos humanos e à solução pacífica de controvérsias. Neste contexto, os atos terroristas ofendem os princípios centrais (*core principles*) e o mandato das Nações Unidas, decorrentes de sua Carta (como acima frisado).

Assinalou o Grupo de Trabalho que o terrorismo deve ser entendido à luz do contexto no qual surge, não podendo ser visto como algo relacionado a um grupo étnico ou religioso em particular. Ao contrário, o terrorismo vem sendo utilizado de maneira ampla na história da humanidade como um instrumento de controle político.

Em decorrência, é preciso tomar cuidado ao se rotular pessoas ou grupos como “terroristas”, eis que isso pode ocultar uma estratégia política de demonização¹⁷ de movimentos legítimos com a finalidade de consolidar o poder político, eliminar oponentes, inibir o dissenso ou suprimir a resistência à ocupação militar.

O Grupo de Trabalho, embora não visasse a elaborar uma concepção abrangente de terrorismo, delineou algumas das características do fenômeno, a começar por sua natureza política. Seus atos visam a atingir civis de forma dramática e letal, de modo a criar uma atmosfera de medo, geralmente para fins políticos ou ideológicos, aqui compreendidos os seculares e os religiosos.

Embora os atos terroristas sejam crimes, não se confundem com a criminalidade comum graças à referida natureza política. Para superar o problema é necessária esta compreensão, de modo a enfocar os dois lados da questão.

De toda sorte, o Grupo de Trabalho insistiu na necessidade de os Estados ratificarem os tratados já existentes relativos ao terrorismo (vide item *supra*), com especial ênfase na Convenção Internacional pela Supressão do Financiamento do Terrorismo, firmada em Nova York em 1999, assim como a Convenção contra o Crime transnacional.

Também se fixou que o enfrentamento da questão pela ONU deve envolver todos os seus órgãos, uma vez que o terrorismo geralmente grassa em situações de privação dos direitos humanos, aqui

entendidos de maneira ampla, compreendendo a justiça econômica e social, bem como a democracia. O reforço da ação das agências especializadas (v.g. UNESCO, FAO, WHO etc.) e a atenção destas à questão das causas do terror podem contribuir para dissuadir pessoas ou grupos de serem cooptadas por grupos terroristas.

Realmente, o aspecto de maior relevância do relatório diz respeito à necessidade de os esforços de combate ao terrorismo deverem respeitar o sistema internacional de direitos humanos estabelecido pelas próprias Nações Unidas. E, embora seja reconhecido que o terrorismo seja, ele mesmo, uma agressão aos direitos humanos¹⁸, entendeu-se que seu enfrentamento será tanto melhor se os atos internacionais de maior gravidade forem julgados pelo Tribunal Penal Internacional. Neste caso, o estatuto do tribunal garante sua jurisdição sobre tais atos, eis que contempla a categoria dos “crimes contra a humanidade”, o que inclui o homicídio e o extermínio cometidos como parte de um amplo ou sistemático ataque contra qualquer população civil.¹⁹

Indo além, o Grupo de Trabalho ressalta que os instrumentos internacionais de direitos humanos incluem claras limitações às ações que os Estados podem tomar para combater ao terrorismo, devendo estes ser lembrados das determinações centrais do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, notadamente as do chamado “núcleo inderrogável” dos Direitos Humanos, constantes do artigo 4º do citado Pacto.

Decorre que a força militar somente deveria ser utilizada em estrita conformidade com os princípios da Carta das Nações Unidas e com o Direito Internacional Humanitário, o qual resta violado quando alveja civis e mediante o uso da força além de objetivos militares legítimos. Asseverou-se que “a segurança não pode ser alcançada pelo sacrifício dos direitos humanos”.²⁰ As prescrições do Direito Internacional dos Refugiados também devem ser observadas.

Para atualizar a legislação dos Estados membros da ONU, o Grupo de Trabalho sugeriu que o Centro para a Prevenção de Crimes Internacionais do Escritório para o Controle de Drogas e Prevenção do Crime elaborasse uma legislação modelo sobre terrorismo, para auxiliar seu combate no âmbito interno.

Deve-se dar especial ênfase ao controle de armas de destruição em massa, seja de natureza nuclear, química, biológica etc.

Em decorrência do alerta emitido pelo Grupo de Trabalho quanto ao necessário respeito aos Direitos Humanos, a Assembléia Geral emitiu a Resolução n. 58/187 que reafirma a posição do Grupo de Trabalho e solicita ao Alto Comissariado para Direitos Humanos um estudo sobre o tema, sendo este entregue em outubro de 2004.

Embora o Alto Comissariado tenha feito reservas quanto à competência e capacidade dos órgãos da ONU encarregados de avaliar o impacto de medidas contra-terroristas no sistema de direitos humanos²¹, ao menos destacou os pontos que merecem atenção especial, os quais elencamos para o fim de balizar a eventual elaboração de legislação nacional sobre terrorismo:

Há problemas quanto à aplicação do princípio da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) ante a imprecisão das legislações locais quanto à definição de “terrorismo”;

A questão das prisões secretas e “extraterritoriais” foi suscitada pelo Comitê de Direitos Humanos, que já afirmou a obrigação dos Estados-partes tratarem respeitosamente qualquer um que se encontre sob seu poder.

A violação aos direitos relacionados ao devido processo legal também foram destacados pelos diversos órgãos do sistema de direitos humanos das Nações Unidas, abrangendo desde a detenção por tempo indeterminado e sem acusação formal à coleta “informal de informações e a falta de acesso à defesa técnica”.

Igualmente, a transferência interestatal de suspeitos foi objeto de preocupação, uma vez que, embora a cooperação internacional seja objeto da Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança, às vezes isso tem significado violação ao devido processo legal e ao princípio de *non refoulement*, próprio do Direito Internacional dos Refugiados.

O direito à livre associação tem sido, em alguns casos, por demais limitado, a fim de evitar a formação de grupos terroristas, devendo ser observados os artigos 21 e 22 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A troca de informações entre os Estados sobre dados pessoais pode estar violando o direito à privacidade.

O direito de propriedade pode estar sendo violado por legislações que não contemplam recursos aos que tiveram seus ativos congelados sob suspeita de financiar o terrorismo.

A violação de direitos humanos em situações de emergência e em conflitos armados também chamou a atenção, especialmente porque, no primeiro caso, o Comitê de Direitos Humanos já clarificou diversos aspectos relacionados à aplicação do artigo 4º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, concernente ao núcleo inderrogável dos direitos humanos. Os Estados, neste caso, alegam que necessitam recorrer a “medidas de emergência”, pendendo, também, de maior análise denúncias de execução sumária e sem julgamento.

Encerrando a análise do quanto vem sendo produzido sobre o tema no âmbito da ONU, importa colocar em destaque a existência de uma minuta de Convenção Abrangente sobre Terrorismo²², apresentada pelo Comitê *Ad Hoc* instituído pela Resolução n. 51/210 da Assembléia Geral, de 17.12.1996.

III. O TRATAMENTO DO TEMA PELA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS

Apenas poucos dias após o ataque de 11 de setembro de 2001, os ministros das relações exteriores da região americana se reuniram na sede da OEA e se comprometeram a fortalecer os esforços contra o terrorismo. Como notou o então Secretário de Estado norte-americano à época, Colin Powell, na ocasião morreram cidadãos de 30, dos 34 países que compõem a OEA.

Como resultado de grande significado foi a adoção, em junho de 2002, de um abrangente tratado para prevenir, punir e eliminar o terrorismo, denominando Convenção Interamericana contra o Terrorismo,²³ aliás, o primeiro produzido desde o emblemático ataque.

Infelizmente, a Convenção não trouxe uma definição de terrorismo, preferindo reportar-se aos atos enfocados pelos já mencionados instrumentos internacionais (*supra*). No mais, ateu-se às medidas para prevenir, combater e erradicar o financiamento do terrorismo; à lavagem de dinheiro; à cooperação para o controle de fronteiras; à cooperação em matéria judiciária; à inaplicabilidade de justificação dos atos por motivação política; e o afastamento do *status* de refugiado ou de asilado ao que perpetra atos terroristas.

Vale notar o artigo 14 da Convenção, no sentido de isentar o Estado-parte de cooperar com outro caso tenha suspeita fundada de que o motivo do pedido formulado decorra do propósito de perseguir ou punir uma pessoa com base em sua raça, religião, nacionalidade, origem étnica ou opinião política.

Ponto de inflexão do tratado, contudo, é seu artigo 15, referente aos direitos humanos, dispendo expressamente que as medidas tomadas pelos Estados-parte, com base na Convenção devem respeitar plenamente o Estado de Direito, os direitos humanos e as liberdades fundamentais. Prossegue para salientar que a interpretação da Convenção não afeta a plena vigência dos direitos e obrigações individuais decorrentes do direito internacional, citando expressamente a Carta da ONU e a da OEA, o Direito Internacional Humanitário, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados.

Para que dúvida não restasse, o inciso 3º do mesmo artigo dedica-se à situação da pessoa custodiada, ou de alguma forma submetida a procedimentos relacionados ao objeto da Convenção. Neste ponto, deixa claro que a ela deve ser garantido tratamento digno, incluindo o gozo de todos os direitos e garantias, em conformidade com a lei do Estado em cujo território se encontra, sendo aplicáveis as previsões do direito internacional.

IV. A POSIÇÃO BRASILEIRA: OS INFORMES DO MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES

Traçado o panorama do quanto existe no sistema das Organizações Internacionais, necessário se faz esclarecer a orientação firmada pelo Ministério das Relações Exteriores quanto ao terrorismo, em atenção à demanda criada pelo Comitê contra o Terrorismo (CTC) das Nações Unidas.

A partir de uma abrangente comunicação e três cartas de esclarecimentos encaminhadas ao órgão, o MRE confrontou as exigências criadas pela Resolução 1373 (2001) do Conselho de Segurança com a legislação e os organismos brasileiros vinculados, direta ou indiretamente, à prevenção e repressão de atos terroristas e conexos. De tais comunicações, se destaca, entre outros, os seguintes aspectos:²⁴

O compromisso do Brasil em combater o terrorismo, tendo o país editado o Decreto n. 3.976, de 18 de outubro de 2001, obrigando as autoridades brasileiras, no âmbito de suas respectivas atribuições, ao cumprimento do disposto na Resolução 1373 (2001), adotada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas em 28 de setembro de 2001. Há, porém, o reconhecimento de que a legislação brasileira não possui uma definição expressa de terrorismo, embora existam leis cuidando de aspectos específicos relacionados ao fenômeno.

Quanto à revisão da legislação em vigor, o Congresso Nacional teria projetos de “grande importância” a respeito, como os n. 6764/2002, propondo o estabelecimento do terrorismo como crime, com penas variando de 2 a 10 anos de prisão; 1117/2002, que inclui o crime de “financiamento do terrorismo” na Lei n. 9.613/98²⁵; e 2858/2000, que atualiza o conceito de organização criminosa no artigo 288-A do Código Penal.

A respeito do financiamento do terrorismo, foi ressaltada a existência de legislação brasileira concernente à lavagem de dinheiro e o congelamento dos fundos, inclusive aqueles empregados para práticas terroristas, nos termos do artigo 1º, inciso II, da Lei n.

9.613, de 3.3.1998, assim como a previsão do artigo 4º, inciso I, da Lei Complementar n. 105, de 10 de janeiro de 2001, segundo o qual se admite a quebra do sigilo bancário para a apuração de crime de terrorismo.

Como órgão executivo, foi citada a criação do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), com a função de regular atividades relacionadas à lavagem de dinheiro e ocultação de bens, direitos e divisas, para tanto levantando informações, aplicando sanções administrativas e sugerindo a tomada de medidas civis e penais cabíveis. O COAF também foi indicado como sendo a agência especializada em participar de mecanismos de cooperação internacional sobre a matéria, fazendo-se um resumo de suas atividades.

Em adendo, esclareceu-se que não há na legislação brasileira propriamente definição do crime de financiamento ao terrorismo, mas que o Brasil reitera sua disposição de criminalizar este novo tipo de crime.

A existência de tipos penais na Lei de Segurança Nacional (lei n. 7170, de 14 de dezembro de 1983) que, se não configuram propriamente terrorismo, em boa parte abrangem as condutas entendidas como correspondentes a atos terroristas pelas Convenções acima referidas.

A respeito da extradição de pessoas acusadas de atos terroristas, enfatizou-se a Lei dos Estrangeiros (n. 6.815 de 19 de agosto de 1980), especialmente seu artigo 77 e §3º, pelo qual o Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.²⁶ Quanto à extradição de brasileiros, conquanto vedada, o Brasil é signatário de tratados internacionais que possibilitam a remessa, por nação estrangeira, de provas e evidências de atos ilegais praticados por nacionais no exterior para o seu processamento pela Justiça Brasileira.

O teor do artigo 288 do Código Penal, que se adequaria à necessidade de inibir a formação de grupos de natureza terrorista no Brasil. No entanto, reconhece-se que a legislação brasileira não contém dispositivo relacionado ao recrutamento para integrar grupos terroristas.

O Sistema Nacional de Armas (SINARM), instituído pela Lei n. 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, assim como a existência de diversos artigos de lei que proíbem uma série de condutas relacionadas à posse, comercialização, empréstimo, transporte e depósito de armas de fogo.

A instituição do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) e a criação da Agência Brasileira de Inteligência

(ABIN), ambos pela Lei n. 9883, de 7 de dezembro de 1999, e que serão responsáveis pelas atividades antiterroristas no Brasil.

Quanto às preocupações relacionadas à produção, manuseio, armazenagem e movimento ilegal de armas e produtos de natureza nuclear, química ou biológica, ressaltou-se a Lei n. 9.112, de 10 de outubro de 1995, que dispõe sobre a exportação de bens sensíveis e serviços diretamente vinculados, assim como todas as medidas adotadas para assegurar um alto nível de controle de tais materiais.

Tratando-se, porém, de armamento de uso exclusivo das Forças Armadas, também pode ser invocado o artigo 12 da Lei de Segurança Nacional.

A disciplina legal dos refugiados pela Lei n. 9474, de 22 de julho de 1997 (Estatuto dos Refugiados) estabelece que os requerimentos de refúgio estão sujeitos ao Comitê Nacional de Refugiados (CONARE), com prévia consulta à Polícia Federal, ao Ministério das Relações Exteriores e ao Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Desta forma, espera-se reduzir as possibilidades da concessão do status de refugiado a quem tenha participado de atos de terrorismo.

Em conclusão, é claro o reconhecimento, pelo país, de sua obrigação de introduzir em sua legislação penal a definição de crime de terrorismo, ante a criação constitucional de crime assim denominado, sem que a normativa infraconstitucional tenha disposto a respeito de forma expressa, ainda que se tenha buscado destacar toda a construção legislativa e administrativa ora existente.

V. A DECLARAÇÃO DE BRASÍLIA

Como se viu, a posição externada pelo Brasil sobre o terrorismo exprimia apenas os contornos técnicos da questão, não havendo clareza quanto à abordagem ideológica do tema no âmbito da política externa nacional, especialmente em face da dicotomia registrada nas Nações Unidas.

A situação mudou ante os termos da “Declaração de Brasília”, derivada da “Cúpula América do Sul – Países Árabes”, havida nos dias 10 e 11 de maio de 2005. Embora se cuide de um documento elaborado por todos os países que tomaram parte no encontro, por ter sido redigido no Brasil e sob os auspícios do MRE, não deixa de expressar a posição da diplomacia nacional sobre o assunto, até porque o país subscreveu, sem ressalvas, o texto final.

Curiosamente, o encontro não tinha como agenda principal a segurança internacional e o terrorismo. No entanto, parte considerável do documento final cuidou do tema, sendo relevante notar

que, topograficamente, é simbólica sua colocação no início da Declaração, deixando para trás questões como o comércio internacional e a cooperação econômica, por exemplo.

Revelando, ao menos nas palavras, maior sintonia com a linha de pensamento que concebe a segurança internacional de forma relacionada com a proteção e promoção dos direitos humanos, aqui entendidos de maneira abrangente, os participantes da Cúpula deixaram desde logo consignado, no item 1.2 do documento, o seguinte:

1.2 Afirmam que, para promover a paz, a segurança e a estabilidade mundiais, a cooperação entre as duas regiões deve ser norteada pelo compromisso com o multilateralismo, o respeito ao Direito Internacional e a observância dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário; com o desarmamento e a não-proliferação de armas nucleares e de outras armas de destruição em massa; com a busca do desenvolvimento sustentável com justiça social, particularmente a erradicação da fome e da pobreza; e com a proteção do meio ambiente.

Evidente, pois, a relação deste enfoque com aquela ora desenvolvida junto à Secretaria Geral das Nações Unidas, em que o terrorismo, se é certo que deve ser combatido, jamais deixará de existir se suas causas profundas não forem enfrentadas.

No que diz respeito à denominada “Guerra ao Terrorismo”, expressão cunhada após os ataques de 11 de setembro de 2001, o documento enfatiza a importância de combatê-lo “em todas suas formas e manifestações, por meio de uma cooperação internacional ativa e eficaz, no âmbito das Nações Unidas e das organizações regionais pertinentes, com base no respeito aos objetivos e princípios da Carta das Nações Unidas e em absoluta conformidade com os princípios do Direito Internacional e dos Direitos Humanos”.

No mesmo item 2.16 da Declaração, os Estados reafirmaram, ademais, a importância de se fortalecer a cooperação e a coordenação no campo do intercâmbio de informações e conhecimento técnico, bem como do desenvolvimento de órgãos especializados no combate ao terrorismo, conclamando a realização de uma conferência internacional, sob os auspícios das Nações Unidas, para estudar esse fenômeno e definir o crime de terrorismo.

E, para que não restasse dúvida quanto ao tratamento que esperavam fosse dado ao tema, registraram, no documento, “as recomendações adotadas na Conferência Internacional sobre Antiterrorismo, patrocinada pelo Reino de Arábia

Saudita, em Riade, nos dias 5 a 8 de fevereiro de 2005, que constituem uma abordagem abrangente para contrarrestar o fenômeno do terrorismo”.

VI. CONCLUSÃO

Parece claro que o desenvolvimento legislativo internacional sobre o tema do terrorismo – e, por consequência, a prática dos Estados e das Organizações Internacionais – vem levando à formação de dois blocos distintos.

Embora não exatamente antagônicos, as duas posições divergem substancialmente quanto ao ênfase que dão aos elementos que interferem no trato da questão.

Assim que, para os que se filiam à linha Conselho de Segurança das Nações Unidas a tônica encontra-se no aperfeiçoamento dos mecanismos de segurança pública e na cooperação judiciária, pondo à sombra, por vezes, os direitos e garantias fundamentais.

A crença reside no estabelecimento de um sistema ágil de repressão ao terrorismo, baseado no aumento do poder do Estado, com significativa mitigação de direitos como os relacionados à privacidade, à presunção de inocência, ao livre deslocamento e permanência e aqueles relacionados à propriedade privada, entre outros. Notadamente, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário vem sendo colocados em cheque, atingidos, por vezes, em suas noções elementares.

Importa aí destacar o surgimento de obrigações para os Estados-partes, fundamentalmente relacionadas à tipificação criminal das condutas respectivas em sua legislação interna e fixação da jurisdição para julgamento dos delitos. Igualmente, requer-se a adesão dos Estados a mecanismos internacionais de cooperação judiciária, seja para permitir a extradição de suspeitos, seja para cercear a movimentação de bens e recursos supostamente destinados ao terrorismo.

Sem atacar as causas históricas, econômicas, sociais e mesmo culturais envolvidas no terrorismo contemporâneo, tal política aposta na multiplicação de normas penais e no endurecimento das já existentes, ao mesmo tempo em que pretende que o sistema de justiça criminal dos Estados atue rigorosamente para evitar novos episódios dramáticos. É o que decorre a lembrança contida na Resolução 1373 CS/UN, segundo a qual o terrorismo guarda relação próxima com o crime organizado transnacional, a lavagem de dinheiro, o tráfico de drogas ilícitas e de armas, assim como o movimento ilegal de armas atômicas, químicas, biológicas etc.

Mais que isso, tal abordagem tem levado à desconstrução de importantes paradigmas do direito internacional estabelecidos após 1945, diante do que bem observa Vargas Jaramillo:

“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.”²⁷

Neste aspecto parece inteiramente acertada a observação de BARRETO LIMA, para quem a eclosão da Guerra do Iraque, em 2003, marcada pelo desprezo às normas internacionais e pela supremacia do poder bélico diante do diálogo, “significa o retorno da política internacional a uma situação política anterior a 1914.”²⁸

Em contrapartida, sem desprezar a importância de reconhecer o terrorismo como um crime contra a paz mundial e os direitos humanos, a outra corrente, à qual o Brasil parece se filiar, prefere centrar esforços justamente nos pontos olvidados pela primeira, o que, se torna o tratamento do tema mais complexo, pode levar ao encontro de soluções capazes de resolver os problemas subjacentes ao terrorismo, ao invés de, simplesmente, criar mecanismos mais efetivos de contenção.

Buscando uma abordagem distinta, o enfrentamento do tema ora defendida pelo Brasil vai na linha da preservação da diplomacia como a forma ainda prioritária de solução para a insegurança mundial como restou evidenciado pelos itens 1.3 e 1.4 da Declaração de Brasília, na qual os participantes estabeleceram:

“1.3 Reafirmam sua adesão e respeito pleno aos princípios da soberania e da integridade territorial dos Estados e à solução pacífica de todos os conflitos e questões internacionais, regionais e bilaterais, em conformidade com o Direito Internacional e a Carta das Nações Unidas, e, *inter alia*, por meio dos canais diplomáticos estabelecidos, inclusive mediante negociações

diretas e a submissão, quando apropriado, à Corte Internacional de Justiça.

1.4 Reafirmam seu compromisso com a implementação não-seletiva das resoluções da ONU e declaram sua oposição à aplicação de medidas unilaterais e sanções ilegais contra Estados. Nesse sentido, enfatizam sua adesão aos objetivos e princípios da Carta das Nações Unidas, particularmente no que se refere à proibição do uso ou da ameaça do uso da força nas relações internacionais.”

A preocupação com os direitos humanos²⁹ faz parte da agenda brasileira e a preocupação da diplomacia nacional com a preservação da construção histórico-filosófica internacional sobre a matéria parece extremamente relevante e oportuna.

A modo de conclusão, repetindo o que dissemos no parecer sobre o tema ante o Conselho Nacional de

Política Criminal e Penitenciária, entendemos que o tratamento do terrorismo, se necessita de uma normativa nacional abrangente, sintonizada com as rápidas mudanças em curso no direito internacional público, deve guardar especial atenção às recomendações do Grupo de Trabalho estabelecido pelo Secretário-Geral da ONU, assim como aquelas do Relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos e da Convenção Interamericana contra o Terrorismo, concernentes à necessidade de respeito às normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional dos Refugiados no trato da matéria.

Se assim for, cremos que o Brasil poderá marcar distinta e efetiva posição entre as nações, em conformidade com os princípios fundamentais inscritos na Constituição da República, assim como os princípios específicos relacionados à regência das relações internacionais do país.

NOTAS

1. Protocolado no Ministério da Justiça sob n. 08027.000368/2003-32.
2. Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983.
3. Conforme dispõem o Preâmbulo e o artigo 4º, inciso VI, da Constituição da República.
4. Entrada em vigor em 20.02.1977. Brasil aderiu em 07.06.1999.
5. Entrada em vigor em 03.06.1983. Brasil aderiu em 08.03.2000.
6. Entrada em vigor em 23.05.2001. Brasil ratificou em 12.03.1999.
7. Entrada em vigor em 23.05.2001. Brasil ratificou em 23.08.2002.
8. Entrada em vigor em 04.12.1969. Brasil ratificou em 14.01.1970.
9. Entrada em vigor em 14.10.1971. Brasil ratificou em 14.01.1972.
10. Entrada em vigor em 23.01.1973. Brasil ratificou em 24.06.1972.
11. Entrada em vigor em 06.08.1989. Brasil ratificou em 09.05.1997.
12. Entrada em vigor em 08.02.1987. Brasil ratificou em 17.10.1985
13. Entrada em vigor em 01.03.1992. Brasil não ratificou.
14. Entrada em vigor em 01.03.1992. Brasil não ratificou.
15. Entrada em vigor em 21.06.1998. Brasil ratificou em 04.10.2001.
16. O Grupo de Trabalho elegeu três verbos em inglês para expressar as linhas de ação propostas, a saber, *to dissuade*, *to deny* e *to cooperate*.
17. *Demonize*, no original.
18. Em especial por violar o direito à vida previsto no artigo 6º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.
19. A esse respeito, a recém editada Emenda Constitucional n. 45 expressamente submeteu o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, por força do parágrafo 4º ao artigo 5º da Carta.
20. Recomendação n. 7, “c” e “d”.
21. Em suas conclusões, o Alto Comissariado para Direitos Humanos assinala que há lacunas significativas quanto à análise, abrangente e integrada, da compatibilidade das normas nacionais contra-terroristas e o sistema internacional de direitos humanos, advertindo que isso somente poderá ser superado levando-se em conta a tomada de passos que podem afetar mandatos, procedimentos e recursos das Nações Unidas.
22. “Draft Comprehensive Convention”
23. AG/RES. 1840 (XXXII-O/02). O tratado foi ratificado, até agora, por oito países (Antigua e Barbuda, Canadá, El Salvador, México, Nicarágua, Panamá, Peru e Venezuela) e entrou em vigor aos 10 de julho de 2003.
24. Infelizmente não foi possível localizar a versão em português destes textos. O site do MRE não os coloca à disposição, somente sendo possível encontrá-los junto à ONU, na versão em inglês.
25. Ora já convertido na Lei n. 10.701, de 9 de julho de 2003.
26. A norma do artigo 11 da Convenção Interamericana contra o Terrorismo excepciona a aplicação dos motivos políticos como cláusula de vedação à extradição, acompanhando a citada legislação brasileira. Carece de maior análise, porém, se ambas as normas conflitam com o artigo 5o, inciso LII, da Constituição da República, segundo o qual “não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”, justamente porque, como apontado, um dos traços distintivos dos atos terroristas é sua motivação política. Caso entenda-se pela prevalência da norma constitucional, haveria necessidade de emenda à Constituição no caso de o país pretender ratificar, sem reservas, a Convenção em questão, observando-se, ainda, eventual vedação decorrente do artigo 60, §4o, inciso IV, da Constituição da República.
27. VARGAS J., Guillermo Julio. *Los nuevos retos del derecho internacional humanitário: Los conflictos desestructurados y el terrorismo internacional*. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, ano 5, vol. 5, n. 5. Fortaleza, Ceará. Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. 2004. p. 101.

28. BARRETO LIMA, Martonio Mont'Alverne. *Terrorismo: O desafio de construção da democracia*. Idem. p. 145.
29. Aqui englobando suas três vertentes: O Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Humanitário e o dos Refugiados, seguindo o entendimento de CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, PEYTRIGNET, Gérard, RUIZ

DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: Direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados*. San José, C.R./Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/ Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto-Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, 1996.

ALCANCES Y PERSPECTIVAS DE LA PREVENCIÓN Y DEL CONTROL SOCIAL COMO INSTRUMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL (UNA VISIÓN DEL PROBLEMA A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS)*

•••••
CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL

Maestro en Derecho; Procurador del Estado de Ceará; Miembro del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia y Presidente del Instituto Brasileño de Derechos Humanos

1. INTRODUCCIÓN

En el I Congreso Mundial de Seguridad Pública, Procuración y Administración de Justicia, llevado a efecto en el DF, en 2000, participé en un panel acerca de la delincuencia urbana y la seguridad pública de Brasil y México. Me acuerdo de haber señalado, a la sazón, que el crecimiento brasileño y mexicano no estaban siendo acompañados de una mejora generalizada de los indicadores sociales y que, en ambos países, la urbanización desgobernada, el envilecimiento progresivo de las condiciones de supervivencia, la miseria ominosa, el desempleo crónico, el bajo nivel de educación, el consumo y el tráfico de drogas, la lentitud en la impartición de la justicia, el colapso del sistema penitenciario y la impunidad dominante coadyuvaban en el incremento del crimen.

En Brasil como en México, los habitantes, amedrentados con la violencia omnipresente, viven angustiados, con recelo de salir a las calles, ante la creciente inseguridad que enfrentan en lo cotidiano. Pocos escapan de ser víctimas de un acto delictivo. De los que son, muchos quedan con secuelas irreversibles. Algunos cambian sus actividades y sus hábitos de vida, portan armas, crean grupos de vigilancia y, en último caso, de exterminio, mientras los ricos se esconden detrás de muros altos, blindan sus autos y contratan servicios de seguridad privada.

Uno se percata, con todo, que solamente existirá un mínimo de estabilidad si hubiere la garantía *erga omnes* de las condiciones elementales de vida, de calma, de bienestar. Ya se dijo que, sin ellas, no tendría sentido el propio Estado, puesto que la seguridad pública, en su concepto moderno, integral e incluyente (aquella prevista en numerosos documentos internacionales de derechos humanos y regida por los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez,

contenidos en el art. 21 de la Constitución mexicana) constituye una obligación primordial del Estado y es una condición básica para su existencia como nación.¹

En 2003, en el II Congreso de Prevención Criminal, Seguridad Pública, Procuración y Administración de Justicia, con el subtítulo “Una Visión del Presente y del Futuro a la Luz de los Derechos Humanos”, que organizamos en Fortaleza, Brasil, con la presencia de un elevado número de mexicanos, ya sea como participantes, ya sea como conferencistas, pulsé la misma tecla al precisar, en el discurso de inauguración, que es consensual el razonamiento de que no hay una solución mágica para la violencia, y que su contención no se hace sólo a través de medidas represivas, sino también mediante políticas públicas preventivas, de inclusión social, reformas de la legislación penal, procesal penal y de ejecución de la pena, así como el fortalecimiento de las defensorías, de los ministerios públicos y del poder judicial.

En aquel Congreso dejamos claro que la prevención² no puede ser tratada de modo empírico, y albergar discursos engañosos que, en una retórica superficial, disimulan, de una parte, la inercia ante el avance de la violencia y la incapacidad de alcanzar resultados satisfactorios en tanto que no haya disposición política y sensibilización general y, de otra parte, una absoluta ineficacia en relación con los delincuentes habituales, profesionales, corruptos, estafadores y mafiosos.

No, señoras y señores, es de otra prevención – racional, solidaria, responsable– que nos cabe discutir ahora, en este recinto, en donde las palabras no pueden ser esgrimidas como someros instrumentos ideológicos de políticas criminales inconsistentes.

Ahora bien. Los años pasan y los problemas y desafíos se agrandan. Vemos, con gusto, en la agenda

de esta reunión internacional, una sintonía con las ideas que descollaron en los dos Congresos mencionados, entre ellas la preocupación con el Estado Democrático de Derecho, cuya función principal es mantener el bien común, la paz pública³ y cuya vigorización se impone ante la criminalidad y la definición de una política criminal⁴ que no se contraponga a la política social⁵ ni tampoco sea fragmentada, y que esté atenta a los principios democráticos, a los derechos humanos y las garantías legales.

Es evidente que el control del delito (preventivo y reactivo), además de reclamar un conocimiento profundo de la realidad, ha de requerir del diseño de tácticas y alternativas para prevenir y afrontarlo, siendo menester, como se indica en los objetivos de este evento, delimitar los alcances y fines de la prevención en el rubro de la seguridad pública y, al mismo tiempo, evaluar la reacción punitiva del Estado ante los retos de la criminalidad moderna.

2. LA PLANEACIÓN Y LA ACCIÓN ESTATAL

Planteemos, como punto de partida, que la política criminal debe inexcusablemente estar subsumida en la *planeación del estado*, prevista en el artículo 26 constitucional, a saber:

El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.

Dentro de este marco se incluye la planificación específica del quehacer estatal en lo que respecta a programas de prevención y control contra el delito, con observancia de la dicción de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, promulgada el 8 de diciembre de 1995, según la cual la seguridad pública tiene como fines salvaguardar la integridad y derechos de las personas y preservar las libertades, el orden y la paz públicos.

Las autoridades competentes alcanzarán esos fines por medio de la prevención, persecución y sanción de las infracciones y delitos, así como la reinserción social del delincuente y del menor infractor. Y al Estado incumbe combatir los múltiples factores que generan la comisión de delitos y conductas antisociales, desarrollando políticas, programas y acciones que fomenten en la sociedad valores culturales y cívicos que induzcan el respeto a la legalidad.

No es una tarea fácil, pues la criminalidad, particularmente la organizada, hace mucho tiempo

traspasó la barrera de lo mínimo soportable y parece superar, en su capacidad de audacia y actuación, la fuerza reactiva del Estado, obligado a renovarse continuamente en sus métodos y estrategias so pena de asistir, impotente, a la pérdida de la fe hacia las instituciones públicas (la policía, ante todo) y al triunfo concomitante de la inseguridad jurídica, del miedo y de la impunidad.

De ahí que todo discurso, en el ámbito de la seguridad pública, se vuelva vacío si no se apoye en medidas serias y objetivas como, por ejemplo:

- Planeación a corto, mediano y largo plazo. A pesar del hecho de que algunas providencias son actuales, urgentes –como el patrullaje cotidiano y la detención en flagrancia–, y no pueden demorarse, no pueden ser postergadas, puesto que la dilación sería fatal (y en ello muchas veces radican algunos de los lindes de la prevención), el énfasis nunca puede ser puesto en unas medidas cortoplacistas que adoptan criterios coyunturales para sus intervenciones y son por lo general improvisadas y punitivas;
- Unificación de la legislación. Carece de significado la existencia de 32 códigos penales diferentes, además del federal, y 32 leyes procesales más la federal;
- Inversiones en la infraestructura policial: compra de equipamiento (como chalecos de suficiente protección para evitar la muerte anunciada de centenas de policías, que pagan con sus vidas en el cumplimiento del deber⁶) y tecnologías avanzadas en los sistemas de emergencia; necesidad de células específicas, especializadas en ciertos delitos como es el caso del lavado de dinero;
- Mayor rigor en la selección y el entrenamiento de los policías, civiles, estatales y federales (cuyos salarios y prestaciones laborales tienen que ser, en definitiva, dignos y compatibles con la magnitud de sus funciones y la eficiencia, el profesionalismo y la confiabilidad que de ellos se exige),
- Intensificación del combate a la corrupción y de la tarea de depurar (mediante un control interno o externo) a los cuerpos policiales contaminados por miembros que adoptan una política bélica de mano dura, confunden autoridad con autoritarismo, practican arbitrariedades, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales, se tornan bandidos y profanan su uniforme, siendo lamentable la participación de ex miembros

de las unidades represivas estatales en el crimen organizado;

- Adiestramiento y profesionalización de las fuerzas policíacas en la investigación de crímenes financieros y electrónicos; no se puede estereotipar la criminalidad y concentrarse, en una visión reduccionista, sólo en los crímenes tradicionales, en los asaltos, los robos con violencia, los homicidios, las violaciones, los allanamientos de morada, los delitos callejeros contra la propiedad (algo que, indiscutiblemente, ha de ameritar siempre una especial atención, pero no prioritaria, como pretenden los *represivos*, los heraldos de las campañas de contenido alarmista, quienes cuentan para ello con los *mass media*); urge, por lo tanto, inhibir la delincuencia no convencional, la delincuencia de cuello blanco, las infracciones contra el medio ambiente, etc., cada vez más descaradas, más virulentas y/o más tecnocratizadas, y cuyos tentáculos se extienden a las esferas de los poderes. Alessandro Baratta decía que “los delitos económicos y ecológicos, la corrupción, la desviación criminal de los órganos civiles y militares del Estado, la complicidad delictuosa de los detentadores del poder político y económico con las organizaciones del tipo mafioso, se suelen asumir en la discusión pública como problemas de orden moral y no como problemas de seguridad urbana”;⁷
- Integración de las policías de los tres niveles del gobierno, con operaciones que involucren a sus diferentes corporaciones, evitando, como advierte Pedro José Peñaloza, “los roces y competencias mal entendidas entre las policías preventivas y judiciales”;⁸
- Elaboración de mapas de la violencia urbana (indicando los sectores de riesgo, de elevada tasa delincencial) y de un banco fehaciente de datos criminales (un problema serio en América Latina, donde las estadísticas⁹ no existen o son poco o nada confiables);
- Valorización de los consejos de seguridad, con el establecimiento de sistemas de denuncia ciudadana, con vistas a reducir las cifras oscuras, facilitando la identificación de criminales y detectando hechos que puedan atentar contra la seguridad, como ocurre con los secuestros organizados por pandillas;

- Atención a las víctimas de los delitos (civiles y agentes policíacos) y protección a los testigos amenazados;
- Reducción del uso de la detención preventiva y creación de nuevas vacantes en las prisiones.

3. EL IUS PUNIENDI Y EL DERECHO PENAL. LA DESPENALIZACIÓN Y LA DESCRIMINALIZACIÓN. EL ENCARCELAMIENTO

Es de vital importancia estar conciente de la trascendencia de una tarea que no se agota en las medidas aludidas, y que jamás debe conducir a la tendencia, al hechizo de rebasar límites del *ius puniendi*.¹⁰ En verdad, la simple agudización de la pena no es, consabidamente, el camino apropiado para el enfrentamiento del delito, sobre todo cuando puede engastar inconstitucionalidades y provocar violaciones a los derechos fundamentales, en especial de los inculpados, quienes disfrutaban de la presunción de inocencia.

Los estudiosos llaman la atención sobre los peligros de encarar la seguridad pública como un tema eminentemente penal y enfatizar el derecho penal de *primer ratio*, simbólico, del enemigo, responsable de la exacerbación de las normas vigentes, como si fuera una respuesta eficaz a la criminalidad. Diríamos que es una falsa ilusión de paz social, de nación segura,¹¹ que se vende a una población atemorizada, apostando en una mítica capacidad disuasiva del sistema de justicia penal como instrumento de control, de profilaxis colectiva.

Mucho más imperiosa es la certeza de la aplicación –a todos, independientemente de su condición financiera– de la ley, puesto que en el mundo real lo que importa es el cumplimiento efectivo de la pena y no su dureza, tal y como nos enseñó Cesare Bonesana, marqués de Beccaria.

Para Sergio García Ramírez, actual Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“... el sistema penal –con su extenso ‘equipo’ de delitos, penas, tribunales, prisiones, etcétera– constituye el último recurso del control social en una sociedad democrática, a diferencia de que sea un recurso ampliamente recabado y practicado en una sociedad autoritaria, que utiliza de los instrumentos punitivos – amenazas y castigos– antes que otros medios para encauzar la conducta de los ciudadanos. El notable penalista Reinhart Maurach expresa esta idea con una expresión breve y directa: ‘en la

selección de los recursos propios del Estado, el Derecho Penal debe representar la última *ratio legis*; por ello ha de ‘encontrarse en último lugar y entrar sólo en liza cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden público’.”¹²

Así también piensa Alfonso Zambrano Pasquel:

“Una auténtica democratización del control penal exige un derecho penal limitado y garantizador del respeto a los derechos humanos, así como una pena imponible como *la ultima ratio* y sólo en defensa de los bienes fundamentales.”¹³

De ahí el convencimiento de la relevancia de la despenalización y la descriminalización de ciertas conductas, del énfasis en una intervención penal mínima (que refleje el carácter subsidiario del derecho penal) y de la necesidad de aplicar alternativas a la cárcel a los responsables de delitos de pequeño potencial ofensivo.

El encarcelamiento, además de dispendioso, es anacrónico y estéril. Los centros penitenciarios se han convertido en crisoles del crimen, espacios de hacinamiento y autogobierno donde los hombres se embrutecen y adquieren –en una convivencia forzada de primarios y reincidentes, reclusos provisionales y sentenciados, delincuentes del fuero común y del fuero federal–, los hábitos, los contactos y las destrezas que habrán de afianzarles el retorno al delito tan pronto como sean excarcelados. En realidad, en los penales (que podrían estar mucho más saturados si fueran cumplidas miles de órdenes de aprehensión pendientes) se alega perseguir la prevención especial, terciaria, pero, en su gran mayoría, las cárceles no son otra cosa que sitios de entrenamiento de nuevas huestes del crimen, máxime del crimen organizado.

4. ALCANCES Y PERSPECTIVAS DE LA PREVENCIÓN

Es innegable el alcance de la prevención, “el más precioso de los elementos en que la Política criminal se apoya para considerar un plano de acción con mejores posibilidades de resultados en el enfrentamiento de la criminalidad”,¹⁴ en cualquiera de sus modalidades: primaria, secundaria o terciaria; general o especial; estatal, corporativa o comunitaria; individual o colectiva; social o situacional.¹⁵

La verdadera política criminal, de matiz preventivo, debe armonizarse con las demás políticas estatales (económicas, sociales, educativas, etc.) y con los términos de la Declaración de Caracas, elaborada en el Sexto Congreso de Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, de las Naciones Unidas, en Caracas, en el periodo del 25 de agosto a 5 de septiembre de 1980 (cuyo tema central fue “La

Prevención del Delito y la Calidad de Vida”), en donde se reconoció “que todo programa de prevención del delito debe formar parte del proceso de planificación para el desarrollo”.

De igual modo, la reciente Declaración de Bangkok, del 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Justicia Penal, realizado del 18 al 25 de abril de 2005, por el gobierno de Tailandia (y que eligió como tema central “Sinergias y respuestas: alianzas estratégicas en materia del delito y justicia penal”), ha reforzado la imperiosidad de la postura preventiva. He algunas de sus conclusiones (8, 9, 10, 24, 29 y 34):

8. Estamos convencidos de que el respeto del imperio de la ley y la buena gobernanza y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos en los planos local, nacional e internacional son requisitos indispensables para la creación y el mantenimiento de un entorno en el que la delincuencia se pueda prevenir y combatir con éxito. Nos comprometemos a desarrollar y mantener instituciones de justicia penal justas y eficientes, lo que incluye el trato humano de todas las personas detenidas en centros de prisión preventiva y en establecimientos penitenciarios, de conformidad con las normas internacionales aplicables.

9. Reconocemos el papel de personas y grupos ajenos al sector público, como las organizaciones de la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria, en lo que respecta a contribuir a la prevención y a la lucha contra la delincuencia y el terrorismo. Promovemos la adopción de medidas para fortalecer ese papel en el marco del imperio de la ley.

10. Reconocemos que unas estrategias de prevención del delito amplias y eficaces pueden reducir significativamente la delincuencia y la victimización. Exhortamos a que esas estrategias aborden las causas profundas y los factores de riesgo de la delincuencia y la victimización y a que se sigan desarrollando y aplicando en los planos local, nacional e internacional, teniendo en cuenta, entre otras cosas, las directrices de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito.

24. También estamos convencidos de que la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos y el imperio de la ley son esenciales para la prevención y el control de la corrupción, incluso, entre otras cosas, mediante medidas

eficaces para la investigación y el enjuiciamiento de los delitos de esa índole. Además, reconocemos que para poner freno a la corrupción es necesario promover una cultura de integridad y rendición de cuentas tanto en el sector público como en el privado.

29. Procuraremos utilizar y aplicar, según proceda, las reglas y normas de las Naciones Unidas en nuestros programas nacionales de prevención del delito y reforma de la justicia penal y realizar los esfuerzos necesarios para garantizar su más amplia difusión. Procuraremos facilitar capacitación adecuada a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, incluidos los funcionarios de los establecimientos penitenciarios, los fiscales, los funcionarios judiciales y otros grupos de profesionales pertinentes, teniendo en cuenta esas reglas y normas y las mejores prácticas a nivel internacional.

34. Subrayamos la necesidad de considerar la posibilidad de adoptar medidas para prevenir la expansión de la delincuencia urbana, incluso mejorando la cooperación internacional y la capacidad de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y los funcionarios judiciales en esta esfera y promoviendo la participación de las autoridades locales y la sociedad civil.

En estudio titulado “Reflexiones de la Política Criminal en México”, el Lic. José Díaz de León Cruz cita al Dr. Sergio García Ramírez:

“La política criminal se convierte en capítulo de la política social... Un país cuya política social gira en torno al respeto de los derechos humanos de las personas y que hace esfuerzos por satisfacer las necesidades elementales de seguridad económica, social y sanitaria, tiene, por eso mismo, una política criminal preventiva.”¹⁶

Imposible hablar de seguridad pública sin tener en cuenta la necesidad de enfrentar los retos impuestos, principalmente en los países en desarrollo, por la indigencia, el desempleo, las desigualdades de renta, la mengua de educación, la expansión desordenada de las ciudades (sin inversiones paralelas en el medio ambiente, la infraestructura, la renovación de sus espacios, etc.), el gran número de niños en situaciones de riesgo, las drogas y tantos otros factores exógenos de la delincuencia, tanto adulta como juvenil.

Al respecto, el Consejo Económico y Social (ECOSOC), órgano formado por 54 miembros elegidos por la Asamblea General y encargado de coordinar la labor económica y social de las Naciones Unidas y de

las instituciones y de los organismos especializados que conforman el sistema de las Naciones Unidas), en el párrafo 1 de sus Directrices para la Prevención de Delito, señala: “Hay indicios claros de que las estrategias de prevención del delito bien planificadas no sólo previenen el delito y la victimización, sino que también promueven la seguridad de la comunidad y contribuyen al desarrollo sostenible de los países.”

5. ALCANCES Y PERSPECTIVAS DEL CONTROL SOCIAL

Fundamental, en el ámbito de la prevención e igualmente de la represión (dos caras de la misma moneda,¹⁷ dos puntos que deben converger en una dirección que los coordine e impida ser conflictivos), viene a ser el control social, la participación resuelta y crítica del ciudadano, visto en el plano individual o colectivo (organizaciones no gubernamentales, veedurías, comités vecinales, etc.), al cual incumbe abdicar de su posición pasiva, autovictimizante (ya se dijo que “la función de seguridad pública se encuentra vinculada a la idea de participación”¹⁸) y disponerse a “prevenir, racionalizar, proponer, acompañar, sancionar, vigilar y controlar la gestión pública, sus resultados y la prestación de los servicios...”¹⁹

Eduardo Reale Ferrari y Janaína C. Paschoal, en brillante ensayo sobre la mejoría de políticas públicas y seguridad, puntualizan:

“... nosotros no sólo somos blancos sino también actores y solución de la violencia. Somos blanco en el sentido de que ella alcanza a todos, directa o indirectamente; actores, puesto que somos responsables de la violencia social que, en gran medida, conduce al individualismo, a las desigualdades y, en consecuencia, al crimen; y somos, por fin, partes de la solución del problema, ya que pertenecemos a una sociedad pluralista que no puede seguir fingiendo que la represión es la única respuesta a la cuestión de la criminalidad...”²⁰

La sociedad –que necesita romper la muralla que la separa de la policía y despojarse definitivamente de su actitud ideológica “contradictoria y ambivalente en su requerimiento de seguridad”²¹– no puede seguir huyendo de sus responsabilidades y asumir la posición cómoda y equivocada de entregar al Estado la tarea de seguridad como si fuera su menester exclusivo.

Éste ha sido el recado de Gerardo Luis Rodríguez Orozco, en Yuriria, el 02 de marzo de 2005:

“Sólo con el trabajo coordinado entre autoridades y con la participación decidida de la sociedad se podrá combatir a la delincuencia, por lo que las autoridades deberemos redoblar los esfuerzos encaminados a ese fin.”

Es preciso, así, desafiar y abandonar los viejos paradigmas, proponer nuevos modelos, reconceptualizar a la política criminal para que pueda efectivamente, desde una perspectiva solidaria, fundada en el control social y la prevención, ejecutar una tarea que es de todos: de las varias instancias del Estado y de una sociedad necesariamente participativa, invitada a colaborar a la delineación de las políticas públicas y en el planeamiento y control de la seguridad, vista en su dimensión plural e interdisciplinaria.

En este sentido, importa tener en cuenta las innumerables experiencias, a los niveles local, regional, nacional e internacional, que están siendo desarrolladas en distintos países del mundo con base en la participación comunitaria, en el empoderamiento ciudadano.

En el Congreso de Bangkok, a propósito, participamos en un Seminario sobre estrategias y prácticas óptimas para la prevención criminal, especialmente en relación con el crimen urbano y la juventud en riesgo (es decir, los que habitan zonas miserables y marginales, los niños de la calle, los miembros de bandas delictivas, los explotados en el consumo o tráfico de drogas o en el comercio sexual, los seropositivos o sídicos, lo que están en conflicto con la ley o son egresados de instituciones de internamiento).

La idea: incentivar la elaboración de respuestas, por parte de los distintos países, a la prevención delictiva.

El 23 de abril, tuvimos la oportunidad de escuchar el relato de representantes de Chile, Perú, Nigeria, Tanzania, Bélgica, Austria, Australia, Japón, República Checa, Inglaterra, Madagascar, Filipinas, etc. En todos los testimonios, un convencimiento: la participación de la comunidad, en el ámbito de la seguridad pública y la definición de una política criminal congruente con las realidades locales, es una exigencia de la modernidad.

Entre los programas presentados, elegimos 4 (cuatro), descritos (y reproducidos literalmente) en el documento de antecedentes distribuido en el Congreso de Bangkok:

- Chile

En 2000, el Ministerio del Interior de Chile inició el programa piloto Comuna Segura que, en 2005, se habrá establecido en 70 comunidades a nivel nacional. El programa brinda un marco y una estructura de financiación a proyectos comunitarios destinados a reducir la

delincuencia en determinadas comunidades. Se reconoce que los ciudadanos son asociados importantes de sus municipalidades y de la policía. Se alienta la participación comunitaria mediante ‘consejos comunales de seguridad ciudadana’ y se elaboran planes que se aplican sobre la base de un diagnóstico cuidadoso.

Otras iniciativas nacionales son el programa de vecindarios seguros, iniciado en 2001, destinado a las zonas más vulnerables con problemas de drogas, y el Plan Cuadrante, iniciado en 1999, que se aplica con los carabineros y tiene por objetivo la colaboración entre la policía y la comunidad.

- Perú

El país ha empezado a reformar su policía y a responder al nivel cada vez más alto de inseguridad pública con un Sistema Nacional de Seguridad Ciudadana. En el Sistema, establecido en 2003, se prevé la existencia de comités de seguridad ciudadana a nivel nacional, regional, provincial y local. Los comités a nivel local son multisectoriales: los preside el alcalde y sus demás miembros representan a la policía y el sistema judicial, así como a organizaciones sanitarias, educacionales y de la sociedad civil. Los comités hacen diagnósticos de la seguridad ciudadana a nivel local y aplican y evalúan sus planes de seguridad estratégicos. Los proyectos piloto de seis localidades han recibido financiación y asistencia técnica para realizar su diagnóstico de la problemática de seguridad ciudadana a nivel local. Los planes de seguridad estratégicos abarcan el mejoramiento de los espacios públicos y los parques, el establecimiento de programas para los jóvenes y para luchar contra el uso indebido de sustancias nocivas, y la aplicación de los reglamentos municipales. Se ha alentado a los comités a nivel local con un programa para obtener subsidios por concurso y con herramientas y se han evaluado los resultados.

- Reino Unido

En Gales e Inglaterra, en virtud de la legislación promulgada en 1988 (y enmendadas ulteriormente), las autoridades a nivel local y el jefe de la policía de cada una de las zonas deben colaborar entre sí y con los servicios de atención sanitaria y de bomberos para elaborar una estrategia destinada a reducir la delincuencia, la falta de seguridad y los problemas de drogas. Se han establecido más de 370 alianzas para la reducción de la delincuencia y la falta de

seguridad. A intervalos de tres años, cada alianza debe realizar una auditoría de los problemas, consultar con los representantes de los intereses de la comunidad sobre sus preocupaciones, seleccionar prioridades, aprobar una nueva estrategia trienal, convenir en objetivos concretos y aplicar planes de acción. Se debe convenir también con el Gobierno en los objetivos para el periodo 2005-2008, a fin de asegurar que con la suma total de todos los objetivos a nivel local se logren los objetivos nacionales de reducir la delincuencia en un 15% hasta 2008...

• Dar es Salaam

El programa Ciudades más Seguras en Dar es Salaam se estableció en 1997 para coordinar y fortalecer la capacidad local en materia de prevención del delito, en colaboración con los interesados y las comunidades a nivel local. Como resultado, se ha nombrado a un coordinador a nivel local y se ha establecido una oficina permanente en el concejo municipal, así como una red de coordinadores vecinales. Se han realizado auditorías de la seguridad de la mujer, y encuestas sobre la victimización y la delincuencia e inseguridad, para que constituyan la base de la elaboración de una estrategia de seguridad ciudadana. El programa se ha centrado en el cambio de actitudes con respecto a la delincuencia, promoviendo una cultura de adhesión a la ley. En respuesta al alto nivel de desempleo entre los jóvenes, el programa ha impartido formación profesional y ha organizado actividades culturales, lo que incluye la contratación y capacitación de jóvenes desempleados de la ciudad como guardias de seguridad nocturnos y una serie de proyectos de generación de ingresos y formación profesional para apoyarlos.

Son, de hecho, decenas las experiencias, algunas exitosas, otras no, en los cinco continentes: casas de jóvenes, comités de barrio, juntas vecinales, vigilantes de la vecindad, brigadas de seguridad, foros de seguridad y vigilancia, guardias de la ciudad, puntos de encuentro, tarjetas de señalización de quejas. ¡La creatividad es infinita!

En Brasil, los programas de participación comunitaria, en el ámbito de la seguridad pública, han sido frecuentes. Sobre dos de ellos escribieron José María Rico y Laura Chinchilla:

“En Río de Janeiro, una ola de asesinatos de ‘niños de la calle’ perpetrados por policías y ampliamente denunciados dio lugar, a principios

del decenio de los 90, a una serie de experiencias (por ejemplo, el programa *Policiaemento de Bairro*), que culminó en 1994 con el lanzamiento de un programa de policía comunitaria, con la colaboración del movimiento Viva Río en lo referente a la movilización de la sociedad civil. Pero, diversos obstáculos –conflictos entre el gobierno estatal y la prefectura de Río de Janeiro– obligaron a limitar el programa al área de Copacabana. Aunque, de acuerdo con una evaluación llevada a cabo entre 1994 y 1995, sus principales logros fueron una reducción del número de asaltos y robos de autos y un aumento de la confianza en la policía, el programa ha sido objeto de serias críticas, entre ellas el carácter fluctuante y poco constante de la participación comunitaria, la falta de apoyo de otros organismos estatales involucrados y de coordinación entre todos, y otras relacionadas con la policía (oposición al programa de los policías tradicionales, precaria capacitación de los policías participantes, falta de equipo, muy escaso margen de autonomía en sus actuaciones) y el movimiento Viva Río (los sectores de menores recursos percibían a esta entidad y a los Consejos como instituciones elitistas que, por una parte, beneficiaban a las clases más favorecidas y, por otra parte, seguían excluyendo y marginalizando a los sectores más pobres de la sociedad.”

Pese a la satisfacción de la comunidad con el programa, un nuevo comandante del servicio policial –un militar– le puso fin con la justificación de que para acabar con el delito se necesitaba más mano dura, implantando un sistema de recompensas por ‘valentía’, sobre todo para los policías que eliminaran a ‘sospechosos’...

En Belo Horizonte, la Policía Militar de Minas Gerais implantó en 2000 un programa de policía comunitaria mediante la creación de 25 Consejos Comunitarios de Seguridad, conformados por comandantes policiales y representantes de la prefectura, asociaciones de barrio y otras entidades. El principal objetivo de estos consejos era desarrollar programas de prevención del delito con la participación de la comunidad. La capacitación de los policías participantes en el programa se llevó a cabo en julio de 2000 mediante un curso de cinco días (una duración total de 40 horas) al que asistieron cerca de 400 personas. Durante el primer año de funcionamiento, las principales actividades consistieron en la asignación de más recursos humanos y materiales a la policía, la construcción

de puestos policiales y la distribución en los comercios de adhesivos con el número de teléfono de dichos puestos.

Una primera evaluación del primer año del programa (agosto de 2000 a agosto de 2001) se realizó gracias a entrevistas con policías y líderes comunitarios, la participación en las reuniones de los consejos y el análisis de las estadísticas criminales y otras fuentes de información. Entre los resultados preliminares merecen destacarse: el funcionamiento de los consejos, aunque con un nivel de participación y representatividad de la comunidad bajo o medio; la escasa autonomía de la sociedad civil con respecto a los comandantes de policía y la poca capacidad para fiscalizar las actuaciones de este organismo; una débil capacidad para la elaboración de planes estratégicos; la rotación policial; el apoyo de los mandos superiores de la policía; un adecuado conocimiento por parte de éstos del programa, aunque mucho menor en los simples agentes; una disminución de los delitos violentos; y la poca confianza de la población en la policía, que se traduce en el escaso número de denuncias.²²

Otros Estados brasileños han intentado, a menudo de forma discontinua, una tímida participación ciudadana, liderada en regla por la secretaría de seguridad pública o la policía militar.²³ La intervención de la sociedad civil ha sido raquítica, precaria, restringida y sufre la resistencia de sectores de la policía que no ven con buenos ojos las aportaciones advenedizas resultantes de la política de proximidad y su nexa con los derechos humanos.

Los casos de Río y Belo Horizonte son emblemáticos, en la medida en que demuestran la necesidad de una acción integrada y duradera. Sin fondos, autonomía, autoevaluación, mano de obra capacitada y una cultura consolidada de ciudadanía y cooperación de las autoridades, serán siempre pasajeros y mínimos los efectos y sólo contribuirán para defraudar las expectativas de quienes sueñan con una sociedad más segura.

En cuanto a México, concretamente el Distrito Federal, de acuerdo con los relatos de José María Rico y Laura Chinchilla,

“... los gobernantes del Partido de la Revolución Democrática, que llegaron al poder en las elecciones de 1997 y de 2000, han desarrollado y aplicado estrategias encaminadas a activar la participación ciudadana a través de los comités vecinales... Una de las primeras medidas de las nuevas autoridades –en particular de la Secretaría de Seguridad Pública– fue la creación,

a partir de la estructura básica del D.F. (Unidades Territoriales y Comités Vecinales), de las Coordinaciones Territoriales de Seguridad Pública y Procuración de Justicia en las 16 delegaciones de la zona, cuya misión esencial es la lucha y prevención conjuntas de la delincuencia, la aplicación de la justicia con un enfoque integral, la consolidación de los programas de participación ciudadana y la aprobación de una Ley de Participación Ciudadana (de acuerdo con la cual la colonia, el barrio, el poblado o la unidad habitacional son espacios territoriales destinados a desarrollar y fortalecer la vida asociativa y los procesos generadores de ciudadanía).²⁴”

Seguramente los estados mexicanos han desarrollado sus propias experiencias que serán presentadas y discutidas en las conferencias y paneles de este Congreso Internacional de Política Criminal y Prevención del Delito.

Agréguese que en Bangkok, fuera del Seminario al que asistimos, se presentaron, también, en publicaciones repartidas al público, otros modelos de prevención que están siendo adoptados por diversos países.

En el examen de dichos modelos, una nueva advertencia: cada pueblo tiene sus peculiaridades y no siempre los modelos extranjeros, sobre todo de países avanzados en esta área, que dan resultado en otras latitudes, son aplicables con éxito en otras partes, por distintas razones.

Hay que definir, sin lugar a dudas, vías propias de acción, previa una diagnosis de la criminalidad. “Tendremos que ser creativos para responder a condiciones específicas”, en las palabras del Secretario de Seguridad Pública Federal, Ramón Martín Huerta, en la inauguración del Congreso Nacional de Prevención Social del Delito, en México, DF, el 16 de febrero de este año de 2005.

Es imperativo tener conciencia de los límites impuestos por las estructuras sociales en que se pretende actuar. Por ejemplo: en los barrios deteriorados, pauperizados, reconocidamente críticos, en donde la población tiene pocas posibilidades de ascensión y el abandono está presente, desnudo, en la suciedad de las calles, en la ausencia de iluminación pública, en la actuación de las pandillas, en el vandalismo, no basta la existencia de una conciencia y una disposición de la colectividad; mucho más que eso, hay que mejorar el ambiente físico, las condiciones sociales, despertar de nuevo el sentimiento de seguridad; de no ser así, las perspectivas de cambio son prácticamente nulas.

Además, la defensa del alcance y de las perspectivas del control social y de la prevención (en el ámbito socioeconómico, educacional, etc.) no puede ser ciega y desconsiderar las medidas represivas. Prevención y represión componen un binomio indisociable, que debe orientar, por su complementariedad, a las políticas públicas.

6. APUNTES FINALES

La cuestión –que, por su complejidad, no puede enmarcarse en los límites de una política estatal ni tampoco sexenal–, demanda la comprensión nuestra de que:

- las pautas que simplistamente apuntan la seguridad pública como un problema policial,²⁵ operativo y menoscaban las medidas preventivas, priorizando los esquemas de mera vigilancia y castigo, han sido predominantes en las últimas décadas, pero han resultado frustrantes, ineficaces;
- las experiencias foráneas, en la esfera del Estado y de la sociedad, deben ser objeto de atención cuidadosa y exentas de barniz ideológico; un ejemplo oportuno es la política de *tolerancia cero* que se adoptó en Nueva York y fue copiada en algunos países en desarrollo. Si para muchos es una o la respuesta, para otros es vista con reserva²⁶ por distintas razones, entre las cuales se incluyen los gastos excesivos en vigilancia (inclusive con la contratación de personas sin experiencia), la restricción de libertad de los ciudadanos (más detenciones, obviamente de negros y latinos), sin olvidar las especificidades de la metrópoli norteamericana. Se arguye que otras ciudades obtuvieron resultados semejantes sin tantas inversiones como San Diego, en California, y que la policía neoyorquina, buscando llenar cuotas y asegurar cifras delictivas cada vez menores, se tornó más intolerante.
- la verdadera política criminal o criminológica ha de orientarse, en busca de una sociedad más ecuánime, hacia la reducción de la pobreza,²⁷ del desempleo, del subempleo, de los bajos niveles de educación, así como la mejoría del saneamiento básico, de la vivienda, de las condiciones de los vecindarios y comunidades, etc;
- en los jóvenes, principalmente los marginados, deben centrarse buena parte de los proyectos que los incentive a ocupar el tiempo en actividades productivas y a escapar de los oropeles de la delincuencia.

- el respeto a la ley y a los derechos humanos es inherente a este ideario; no se puede entender una política de seguridad que no sea coherente con la legalidad y las garantías constitucionales, un razonamiento que se aplica también a los reclusos, a quienes se debe ofrecer un tratamiento mejor, más humano;
- el estímulo al empleo de modelos de mediación de conflictos, de conciliación entre víctima y victimario, de compensación por daños causados es imprescindible para reducir las tensiones sociales; iniciativas como la Justicia Restaurativa y Justicia Terapéutica deben ser apoyadas;
- la sociedad necesita salir de su indiferencia, de su apatía, de su desinformación (de costo demasiado alto) y conocer programas, prácticas y estrategias, sobre todo de alcance local, tomando parte activa, o mejor dicho, proactiva, corresponsable, en la definición de políticas públicas de matiz preventivo (de enfoque social y situacional) y represivo, con énfasis en los factores y las áreas de riesgo;
- sociedad y gobierno deben asegurar, en un clima de mutua confianza, un diálogo de consenso, un nuevo pacto social, con miras a la construcción del nuevo tiempo, a que me he referido inicialmente;
- el eventual fracaso de algunos modelos de seguridad ciudadana, vista con reticencia en varios países de América Latina (muchas veces ha sido usada, de forma ambigua y distorsionada, como instrumento de legitimación de la policía), no debe ser motivo de desilusión, de descrédito en la capacidad de renovación, de mudanza;
- expresiones más abarcadoras como “seguridad de los habitantes” o “desarrollo humano sostenible”²⁸ son bienvenidas, puesto que estimulan la reflexión sobre la importancia y la amplitud de la cuestión planteada.

Todo ello conduce a un homenaje final a la seguridad perdida, a la seguridad extraviada: a un pasado, lejano (y, sin embargo, aún presente en algunos lugares), cuando nos era permitido andar por las calles, a horas tardías de la noche, sin recelo de ser asaltados, de ser molestados por carteristas que nos llevaran el bolso o la billetera, un pasado, en fin, que tenemos la obligación de rescatar, no sólo por nosotros, sino también por nuestros hijos y nietos.

NOTAS Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. De ese modo nos enseña RUIZ, Samuel González, PORTILLO, Ernesto López V. y YAÑEZ, José Arturo (in *Seguridad Pública en México: Problemas, Perspectivas y Propuestas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 16.). Léase, también: “Debemos entender a éste como uno de los más graves problemas a nivel nacional; un escenario social de inseguridad pública generalizada puede constituirse, por qué no decirlo, en condición de inviabilidad para todo modelo de desarrollo y bienestar social. Por ello, las posibles salidas al problema deben ser planeadas desde una *óptica integral*, que tome en cuenta todos los aspectos que en él intervienen y que permita generar propuestas, incluso cuando así lo amerite, de importantes transformaciones estructurales.” (Ídem, p. 15). En el mismo sentido: “No, es un problema integral. Las policías son sólo una parte del problema de la seguridad. Para encontrar respuestas hay que buscar las causas. Existen estudios que sientan premisas válidas para entender por qué en América Latina en los últimos años se ha dado un crecimiento de la violencia común. Hay causas de naturaleza social, algunas vinculadas a la forma en que algunas instituciones públicas se organizan y se relacionan. También disfuncionalidades en la forma en que algunas instituciones públicas operan. No hay una respuesta única, pero creo que la respuesta a la violencia debe venir desde distintos sectores: gubernamentales y de la sociedad civil.” (Entrevista en Internet, hecha por APIOLZA, Martín a CHINCHILLA, Laura, investigadora, diputada y ex ministra de Seguridad de Costa Rica).
2. Sobre el concepto de prevención: “Desde un punto de visto científico, puede decirse que se entiende por prevención el conjunto de medidas de política criminal –con la exclusión de las medidas de intervención penal– que tienen por finalidad exclusiva –o al menos parcial– limitar la posibilidad de aparición de actividades criminales, haciéndolas imposibles, más difíciles o menos probables.” (GASSIN, Raymond. *Criminologie*. Paris, Dalloz, 1990, p. 713.) Es de DAVID, Pedro R. esta frase lapidaria: “Prevenir es difícil, pero es la única posibilidad.” (in *Globalización, Prevención del Delito y Justicia Penal*. Buenos Aires, Editorial Zavalia, p. 57)
3. “Para nosotros es importante subrayar que la idea de seguridad pública está ligada a la protección de la paz pública, de tal manera que puede ser conceptualizada, desde el punto de vista objetivo, como el conjunto de políticas y acciones coherentes y articuladas, que tienden a garantizar la paz pública a través de la prevención y represión de los delitos y de las faltas contra el orden público, mediante el sistema de control penal y el de policía administrativa. Esta concepción amplia de la seguridad pública, que incorpora las actividades de procuración e impartición de justicia, es sostenida también por Eugenio Raúl Zaffaroni.” (Ídem, p. 49)
4. Léase también: “La expresión política criminal surgió, en 1803, asociada al nombre del profesor alemán Feuerbach, como sinónimo de teoría y práctica del sistema penal designando ‘el conjunto de los procedimientos represivos a través de los cuales el Estado reacciona contra el crimen.’ Aunque, en 1975, en sus *Archives de Politique Criminelle*, Marc Ancel resalta la autonomía de la política criminal en relación con el derecho penal, proponiéndola como ‘ciencia de la observación’ o de ‘estrategia metódica de la reacción anticriminal’, cuya actuación consistiría en la ‘reacción, organizada y deliberada, de la colectividad contra las actividades delictuosas, desviantes o antisociales’, el sentido feuerbahiano del término ‘política criminal’ siguió siendo usado por varios autores contemporáneos, especialmente los de lengua inglesa.” (DELLA CUNHA, D Jason B. Política Criminal y Seguridad Pública. In *Revista del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia*. Volumen 1, Número 15, enero a junio de 2001, p. 31).
5. “La contraposición entre política de seguridad y política social no es lógica sino ideológica, y no sirve para esclarecer sino para confundir relaciones conceptuales elementales, que están en la base del sistema de las normas y de los principios propios de las constituciones de los estados sociales de derecho. Esto, en general, es verdadero, pero llega a producir efectos particularmente graves cuando aquella alternativa está aplicada a la política criminal. El concepto de política criminal, en razón de estos efectos, además de ser complejo y problemático, se convierte incluso en un concepto ideológico.” (BARATTA, Alessandro. *Política Criminal: Entre la Política de Seguridad y la Política Social. Delito y Seguridad de los Habitantes*. México, DDF, Editorial Siglo XXI, 1997, p. 2 de la versión en Internet, archivo <http://www.wjin.net/Pubs/2518.doc>)

6. "...México es el único país de América Latina donde en enfrentamientos mueren muchos más policías que presuntos delincuentes." (PEÑALOZA, Pedro José. *Notas Graves y Agudas de la Seguridad Pública*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 96)
7. BARATTA, Alessandro, in PIERINI, Alicia. La Seguridad en el Nuevo Contexto Nacional y Mundial. In *Hechos y Derechos, Revista del Instituto de Promoción de Derechos Humanos* n. 4, 1977. Buenos Aires: Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales, Ministerio del Interior, p. 32.
8. PEÑALOZA, Pedro José. Op. cit., p. 26.
9. Así lo manifestó René Yebra Núñez: "Ante el incremento de la criminalidad es menester desarrollar un sistema de información estadística en material criminal que permita capturar, analizar y presentar la misma, en moldes oportunos y confiables, a los órganos competentes, para fundar la toma de decisiones
De tal manera que para estudiar el fenómeno delictivo hay que contar con datos estadísticos que incluyan las variables necesarias a efecto de realizar un análisis criminológico completo... (Política Criminal, Eje Rector en el Control de la Delincuencia. In *Revista del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria*. Volumen I, Número 15, Enero a Junio. Brasilia, Ministerio de Justicia/CNCP, 2001, p. 139)
10. Afirma GALINDO, Antonio Sánchez, en su artículo "Control Social y Ejecución Penal en México (Pasado Inmediato y Perspectivas Futuras)": Zugalúa dice que es necesario un derecho penal como sistema normativo de control social. Este autor hace hincapié en la naturaleza selectiva y discriminatoria que se lleva a cabo en el control social por conducto del *ius puniendi*. Bacigalupo, en su tratado, admite que el derecho penal es un instrumento de control social, pero no es el único." (In *Revista del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria del Ministerio de Justicia*. Volumen 1, Número 14, julio a diciembre de 2000, p. 40)
11. Sobre este particular: "Una nación segura, una comunidad estatal segura, una comunidad segura, son metáforas que bien pueden representar la situación de todas las personas singulares en los diversos ámbitos territoriales; pero no lo hacen porque son metáforas incompletas, metáforas ideológicas. En tanto ideológicas traen consigo hábitos mentales selectivos, largamente representados en la opinión pública al igual que en el discurso de los juristas, cuando opinión pública y juristas utilizan el concepto de seguridad en relación con el de política criminal o del política *tout court*. En este caso, la mayor parte de los territorios de riesgo permanecen siempre sustraídos de la economía de la seguridad.
Se habla de de seguridad pública, y hoy incluso de seguridad ciudadana, siempre y solamente en relación con los lugares públicos y de visibilidad pública, o con un pequeño número de delitos que entran en la así llamada criminalidad tradicional (sobre todo agresiones con violencia física a la persona y al patrimonio), que están en el centro del estereotipo de criminalidad existente en el sentido común y son dominantes en la alarma social y en el miedo de la criminalidad..." (BARATTA, Alessandro. *Política Criminal: Entre la Política de Seguridad y la Política Social. Delito y Seguridad de los Habitantes*. México, DDF, Editorial Siglo XXI, 1997, p. 3 de la versión en Internet, archivo <http://www.wjin.net/Pubs/2518.doc>)
12. RAMÍREZ, Sergio García. En torno a la Seguridad Pública. In *Los Desafíos de la Seguridad Pública en México*. PEÑALOZA, Pedro José et al. México, Universidad Iberoamericana/Universidad Nacional Autónoma de México/Procuraduría General de la República, 2002, p. 89.
13. PASQUEL, Alfonso Zambrano. *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1998, p. 3.
14. NÚÑEZ, René Yebra. Op. cit., p. 143.
15. "Más recientemente, sin duda con un afán de simplificación, se distingue entre prevención social (acciones que apuntan a la neutralización de los factores de la delincuencia) y situacional (la cual agrupa todas aquellas medidas que puedan dominar el entorno inmediato del delito mediante las disminución de las situaciones precriminales que favorecen la comisión del delito y el incremento de las posibilidades de captura de los infractores)." (GASSIN, Raymond. La Notion de Prévention de la Criminalité, citado por CHINCHILLA, Laura y RICO, José Ma. *La Prevención Comunitaria del Delito: Perspectivas para América Latina*. Miami, Centro para la Administración de Justicia, 1997, p. 18)
16. CRUZ, José Días de León Cruz. *Reflexiones de la Política Criminal en México*. Internet.
17. Véase, sobre ello: "No, no tenemos que ser ingenuos. También hay que castigar. Tenemos que reconocer que la facultad punitiva tiene problemas. Hay países como El Salvador o Guatemala donde el porcentaje de homicidios esclarecidos es menor del 10 por ciento. En una sociedad donde no importa a

quién maten, nunca se va a saber quién lo hizo, la gente seguirá matando de manera impune. Hay que prevenir y castigar al mismo tiempo. Pero a la hora de castigar, no podemos volver a los esquemas del pasado con policías militarizadas. Hay que sujetar el funcionamiento de las policías al debido proceso y garantías estipuladas por los códigos.”(Entrevista en Internet, hecha por APIOLAZA, Martín a CHINCHILLA, Laura, ya citada).

18. FERNÁNDEZ, José Antonio González. La Seguridad Pública e México. In *Los Desafíos de la Seguridad Pública en México*. PEÑALOZA, Pedro José et al. México, Universidad Iberoamericana/ Universidad Nacional Autónoma de México/ Procuraduría General de la República, 2002, p. 126. Léase asimismo: “Es obvio que las directrices de una política criminal de seguridad pública, en una sociedad democrática donde impere ‘el principio de legalidad’, deben consistir en asegurar la incolumidad física, la protección de los bienes jurídicamente tutelados, el orden y la tranquilidad de los ciudadanos en general. Para ello, deben ser criadas estrategias extrapenales de seguridad pública que permitan una participación más amplia de la comunidad en el control de la criminalidad, ante todo en los procedimientos de prevención criminal.” (DELLA CUNHA, Djason B. Op. cit., p. 45)
19. En cuanto al tema: “El Control social es el derecho y el deber que tiene todo ciudadano considerado individual o colectivamente para prevenir, racionalizar, proponer, acompañar, sancionar, vigilar y controlar la gestión pública, sus resultados y la prestación de los servicios públicos suministrados por el Estado y los particulares, garantizando la gestión al servicio de la comunidad. El control social se puede entender también como una forma de autorregulación social. Este derecho define el papel de la participación social en los asuntos públicos, consagrándolo como principio y deber en ejercicio por parte de los ciudadanos y como obligación por parte del Estado en garantizarlo. Dentro del marco de Estado social de derecho, se propicia una búsqueda de participación ciudadana y comunitaria en los asuntos del Estado y una nueva manera de ejecutar los recursos públicos. De esta forma, el nuevo Estado demanda un nuevo ciudadano y una nueva comunidad donde hay espacios de concertación y debate colectivo y público que propenden por una adecuada y transparente gestión pública y donde la labor del funcionario público se entiende como servicio al ciudadano y a la comunidad.” (http://www.icbf.gov.co/espanol/control-social.htm, el 04.21.2005)
- Es importante, sin embargo, considerar lo siguiente: “Una revisión de las tendencias en cuanto a la delincuencia y las iniciativas de seguridad ciudadana en América Latina requiere un examen, aun cuando sea somero, de la evolución comparativa de la criminalidad en la región y de los patrones de desempeño de las instancias de control social, en particular de aquéllas de naturaleza formal, representados por el aparato estatal, así como de las percepciones de la población sobre dicho desempeño. Ello se debe a que la cuestión fundamental de la seguridad ciudadana, esto es, la previsibilidad y el ajuste frente a las situaciones de amenaza y lesión que representan las infracciones más graves de las reglas de convivencia social, supone definiciones, actitudes y respuestas respecto a lo que se considera amenazante y lesivo. Estas respuestas, por otro lado, se encuentran en buena parte a cargo del sistema de justicia penal.” Más adelante: “El cuadro general que ofrece esta reseña indica que el espacio del control social formal, representado por el aparato estatal de justicia, es disputado, desafiado e incluso sustituido al margen de la legalidad formal, en el contexto de América Latina. Una aproximación a la seguridad ciudadana no puede ignorar esta realidad y debe analizar el papel de la legitimidad acordada a las agencias estatales en esta materia.” (GABALDÓN, Luis Gerardo. *Seguridad Ciudadana y Control del Delito en América Latina*, p. 4. www.nuevasoc.org.ve)
20. FERRARI, Eduardo Reale y PASHOAL, Janaína C. Ficção x Realidade: Um Pequeno Ensaio sobre a Otimização de Política Públicas e Segurança. In: *A Violência Multifacetada: Estudos sobre a Violência e a Segurança Pública*. BARROS LEAL, César y PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Organizadores). Belo Horizonte, Editorial Del Rey, 2003, p. 153.
21. PIERINI, Alicia. Op. cit., p. 29.
22. RICO, José María y CHINCHILLA, Laura. Seguridad Ciudadana en América Latina. México, Siglo Veintiuno Editores, 2002, p. 53-54.
23. En Ceará, Brasil, el Decreto n. 25.293, del 11 de noviembre de 1998, creó, en el ámbito de la Secretaría de Seguridad Pública y Defensa Social, los consejos comunitarios de defensa social, compuestos, cada uno de ellos, por 10 a 20 miembros, con el objeto de participar, activamente, en la solución de los problemas de seguridad, apoyando a la Secretaría.
24. RICO, José María y CHINCHILLA, Laura. Op. cit., p. 71.

25. “El enfoque puramente policial como eje de las políticas públicas para satisfacer el derecho fundamental a la seguridad ha mostrado, con los años, su desgaste y su fracaso. Estamos convencidos de que la seguridad debe ser un servicio a la ciudadanía, un servicio al que todos – sin distinción social, económica o política – debemos tener derecho, porque la seguridad no se compra, sino que es obligación del Estado proporcionarla a sus gobernados.” (Extraído del libro *El Partido Acción Nacional: Frente a la Seguridad Ciudadana, la Justicia y los Derechos Humanos*. México: Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2002, p. VII)

26. A este respecto: “El descuido y la incuria conducen al delito, que es más frecuente donde la propiedad es dañada con frecuencia. Phillip Zimbardo, en 1969, dejó abandonados dos autos iguales sin placas. Uno en el Bronx, zona altamente conflictiva de la ciudad de Nueva York, y otro en Palo Alto, en ese entonces un lugar bastante tranquilo, en California. El primer autor había perdido llantas, motor, radio y espejos en unas horas. Al día siguiente, las vestiduras habían sido destrozadas a navajazos. El segundo pasó intacto una semana, pero en cuanto el mismo Zimbardo le rompió una ventanilla, corrió la misma suerte. Por lo tanto, una propiedad dañada empieza a ser vandalizada en cuanto a nadie parece importar su destino.

James Q. Wilson y George L. Kelling escriben en marzo de 1982 ‘Broken Windows’, en *Atlantic Monthly*, y dicen que ‘si el vidrio de una ventana está roto y nadie lo repara, pronto estarán rotos todos los demás.’ La moraleja es que el descuido da la impresión que a nadie le importa la propiedad y ésta comienza a ser dañada. Éste es el principio de la Tolerancia Cero, usada por William Bratton en Nueva York, comisionado de policía durante 1994 y 1995. La estrategia de tolerancia cero, basada sobre todo en perseguir los pequeños delitos para así acabar con los grandes, fue tan exitosa que logró abatir el crimen en un 40 por ciento en promedio.

Hay detractores y sofistas, como siempre. Algunos dicen que ‘la tolerancia cero ha disminuido la delincuencia común en 50 por ciento’, al tiempo que ha incrementado los delitos policiales en un 50 por ciento’, pero aquí encontramos la falacia de las proporciones, que nunca son un vehículo para estimar lo que realmente pasa cuando una cifra se compara con otra, sobre todo si una aumenta y la otra disminuye...” (OCHOA, Gerardo. *Contra la Delincuencia Juvenil, Prevención General*. In *LEAL, César Oliveira de Barros. Violencia Política Criminal y Seguridad Pública*. México, Instituto Nacional de Ciencia Penales, p. 211).

Aún sobre tolerancia cero: “En todo caso, las estrategias represivas, dentro del esquema de ‘tolerancia cero’ en contra de la delincuencia, no han sido efectivas y por lo tanto no se justifican. Mas aún, no solamente son inútiles tales estrategias, sino que propician excesos e impunidad por parte de los cuerpos policíacos, por lo que se vuelven motivo de inseguridad para todos los ciudadanos. Esto se pone en evidencia con la violencia e impunidad que acompañan a las redadas de las policías.” (VÁZQUEZ, Bernardo Romero. *Las Estrategias de Seguridad Pública en los Regímenes de Excepción: El Caso de la Política de Tolerancia Cero*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, publicación oficial del IBCCRIM. São Paulo: Editorial Revista dos Tribunais, Año 8, n. 29, enero-marzo 2000, p. 102)

27. “La plataforma electoral del PRD para el Distrito Federal que presentó en su campaña política para acceder a la jefatura de gobierno Andrés Manuel López Obrador, sostiene en el capítulo V referido a ‘Seguridad Pública, procuración e impartición de justicia’, la siguiente tesis: ‘la solución de fondo al problema de la delincuencia pasa por combatir la pobreza que socava la cohesión de la familia e induce a la delincuencia.’

Se trata a todas luces de una tesis muy discutible, sobre todo cuando asocia pobreza y delincuencia, ya que, como bien lo señalan Pedro José Peñaloza y Felipe Espinoza Torres, ‘no resiste al menor análisis y confrontación con la realidad al no poder explicar por qué no todos los pobres son delincuentes y, en cambio, por qué se genera la delincuencia entre los estratos económicos altos; o por qué el delito ha aumentado en los países desarrollados en las épocas de mayor prosperidad y mejor seguridad social; o por qué no se establece una relación directa de los índices delincuenciales con los niveles de empleo o por qué en algunos países de América Latina los mayores índices de violencia se encuentran en las ciudades de mayores ingresos’. *Cfr.* Peñaloza, Pedro José, Espinoza Torres, Felipe, ‘Los desafíos de la prevención del delito en América Latina’, *Este País*, México, núm. 116, noviembre de 2000, p. 4. El señalamiento anterior no quiere decir por supuesto que no valoremos la prioridad que debe tener el combate a la pobreza; al contrario, es evidente que cualquier propuesta de un nuevo ‘pacto social’ lo tiene que poner en el centro; lo que queremos señalar es que para hacer frente al problema de la inseguridad no es suficiente y probablemente resulta irrelevante disminuir el número de pobres.” (PEÓN, Nelia Tello y FALLA, Carlos Garza. *El Modelo ‘Comunidad Segura’*, una Propuesta para Combatir la

Inseguridad. In *Violencia Social*. MEDRANO, Marcia Muñoz de Alba. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p.109)

28. Con referencia a ello: “Eliás Carranza, ‘Situación del delito y de la seguridad de los habitantes en los países de América Latina, en Carranza, coordinador, pp. 23-49, en especial, p. 24, así como los informes presentados en el Seminario de expertos sobre ‘Iniciativas de seguridad pública en las Américas’, ya citado, celebrado en San José en enero de 2001. En su declaración final, después de indicar la importancia de abordar las formas tradicionales de criminalidad, lo que ‘no implica desconocer la gravedad de otros delitos con frecuencia impunes, tales como los de corrupción, delincuencia económica transnacional y tráfico ilícito de drogas’,

se señala que ‘un concepto verdaderamente amplio y comprensivo de seguridad de los habitantes debe comprender no sólo la tranquilidad de no ser víctima de hechos delictivos, sino también la de vivir en un estado constitucional de derecho, y la participar de los beneficios del desarrollo en materia de salud, educación vivienda, recreación y todos los ámbitos del bienestar social. Este concepto no es otro que el de desarrollo humano sostenible, que tiene la equidad como principio.’ (RICO, José Maria y CHINCHILLA, Laura. Op. cit., p. 88)

- * Conferencia impartida en el Congreso Internacional de Política Criminal y Prevención del Delito: Retos y Perspectivas de la Seguridad Pública. México, Guanajuato, 19-20 de mayo de 2005.

RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL AGRAVADA DO ESTADO: VIOLAÇÕES GRAVES DE NORMAS DE JUS COGENS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS



CLARA MARTINS SOLON

Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB) e ex-Estagiária da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

I. INTRODUÇÃO

O presente artigo discorrerá sobre a questão das violações graves a normas imperativas do direito internacional (chamadas normas de *jus cogens*), tendo como principal base de estudo o domínio da Responsabilidade Internacional do Estado. Contudo, o trabalho tem como foco o Direito Internacional dos Direitos Humanos, dando especial relevância às experiências recentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “Corte” ou “Corte Interamericana”) em matéria contenciosa, nas quais se observou que os Estados demandados haviam incorrido em responsabilidade internacional *agravada*.

Primeiramente, o artigo apresentará os fundamentos da responsabilidade internacional do Estado, importantes para analisar situações em que foram verificadas violações graves de normas imperativas relativas à proteção da pessoa humana. Para tanto, foram examinados conceitos elementares para a compreensão do alcance, bem como da especificidade do tema.

Em seguida, serão avaliados os esforços realizados pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) para a codificação em matéria de responsabilidade internacional do Estado. Nessa parte, especial ênfase será dada às discussões sobre a categorização da responsabilidade internacionais em dois regimes distintos, conforme a natureza mais ou menos grave das violações ao direito internacional, a saber, *delitos e crimes*.

Finalmente, o artigo apresentará três experiências recentes da Corte Interamericana: *Caso Myrna Mack Chang versus Guatemala*, *Caso Massacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* e *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri versus Peru*. Nestes casos, foi constatada

a presença de circunstâncias agravantes nos fatos que lhes deram origem, o que permitiu que, pela primeira vez, a Corte declarasse que os Estados demandados haviam incorrido em responsabilidade internacional *agravada*, gerando assim efeitos imediatos nas reparações determinadas.

Dessa forma, crê-se que a partir de um estudo mais detalhado dessas decisões da Corte Interamericana, tornar-se-á mais palpável a possibilidade da aplicação de um regime mais severo de responsabilidade internacional, ao menos no âmbito da proteção dos direitos humanos.

II. FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÕES GRAVES DOS DIREITOS HUMANOS

II.1. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO NO DOMÍNIO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

O capítulo da responsabilidade internacional do Estado ingressou no domínio do Direito Internacional Geral a partir de questões referentes à temática dos danos causados a estrangeiros. Com o avanço da matéria, proporcionado principalmente pelas discussões no seio da CDI, a aplicação da lógica da responsabilização internacional dos Estados frente à violações de normas

internacionais alcançou toda a extensão do direito internacional.

Não obstante, a CDI desenvolveu seus trabalhos sobre responsabilidade internacional a partir de uma visão centrada nas relações entre Estados, deixando de lado as situações em que os Estados incorrem em responsabilidade por desrespeitar normas internacionais em detrimento de indivíduos e grupos. E é justamente disto que se ocupa a seção do Direito Internacional Público denominada *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*.

A principal finalidade da Proteção Internacional dos Direitos Humanos é que os Estados cumpram com suas obrigações internacionais de proteger, garantir e promover os direitos dos indivíduos sob sua jurisdição, além de repará-los nos casos em que é responsável pela vulneração desses direitos. Assim, se faz necessário observar como a aplicação das regras gerais que regem a responsabilidade internacional dos Estados deve ser adequada ao contexto do direito internacional dos direitos humanos, evitando assim que se desenvolvam práticas internacionais estanques sobre a matéria¹.

Tal adequação se verifica ainda mais premente nos casos em que as violações cometidas atentam contra valores fundamentais, que afetam não apenas um grupo de indivíduos, mas a comunidade internacional como um todo. Esse tipo de violação, que será vista com mais detalhes a seguir, desafia a consciência jurídica universal, motor da evolução de todo Direito², conseqüentemente ameaçando a integridade dos pilares que sustentam o direito internacional.

Assim, a partir da ótica dos direitos humanos, a responsabilidade internacional do Estado deve abranger de maneira precisa situações em que o desrespeito a certas normas de direito internacional cometido por determinado Estado atente contra toda a comunidade internacional, e não apenas situações em que tem-se um Estado *vis-à-vis* outro Estado. Não obstante, a responsabilidade internacional do Estado por violações como as descritas, consideradas graves, não deve perder seu caráter objetivo, cujo cerne está no dever de reparar os danos causados aos indivíduos lesionados³.

Dessa forma, seria necessário estabelecer dois regimes de responsabilidade que distinguem violações aos valores fundamentais da comunidade internacional daquelas de menor importância, correspondendo às noções de *crime internacional* e *delito internacional* propostas em 1976 na CDI, mas excluídas no projeto final de artigos sobre o tema da responsabilidade internacional.

Segundo Cançado Trindade, “ninguém ousaria (...) negar que os atos de genocídio, o trabalho escravo,

as práticas de tortura e dos desaparecimentos forçados de pessoas, as execuções sumárias e extra-legais, e a denegação persistente das (...) garantias do devido processo legal, afrontam a consciência jurídica universal”⁴. Assim, a formalização da distinção de diferentes graus de responsabilidade, que imporia limites mais rígidos para a ação dos Estados, representaria a consagração de valores superiores que regem a comunidade internacional e, por fim, a superação do voluntarismo estatal. Agora, se faz necessária a discussão da natureza dos conceitos que expressam esses valores superiores.

II.2. CONCEITOS FUNDAMENTAIS: *JUS COGENS, OBRIGAÇÕES ERGA OMNES, E CRIMES DE ESTADO*

Desde os primeiros alicerces que constituíram o direito internacional que conhecemos hoje, ilustres estudiosos do tema têm observado a existência de certos princípios que conformam a base das relações entre os membros da sociedade internacional⁵. Estes princípios de caráter fundamental expressam os valores e fins últimos de todo ordenamento jurídico internacional, guiando a ação dos Estados e atendendo as necessidades da comunidade internacional⁶.

A partir destes princípios fundamentais emerge uma categoria de normas superiores e universais, conhecida como *jus cogens*. Segundo C. Zelada, o *jus cogens* pode ser entendido como a *expressão jurídica* de uma *aspiração ética*⁷. A consagração dessa categoria de normas permitiu uma certa hierarquização entre as regras de direito internacional, estando o *jus cogens* no topo dessa hierarquia.

O conceito de *jus cogens* ingressou de maneira definitiva no direito internacional por meio do Direito dos Tratados, regido pela Convenção de Viena de 1969 sobre a matéria. O artigo 53 desta Convenção se encontra expresso da seguinte maneira:

“Artigo 53 - Tratado em Conflito Com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (*Jus Cogens*)

É nulo o tratado que, no momento de sua conclusão, conflita com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu conjunto, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por nova norma de direito internacional geral da mesma natureza.”

Apesar do referido artigo dispor sobre os *efeitos* das normas de *jus cogens* no âmbito restrito do direito dos tratados, é possível extrair alguns elementos relativos à *essência* destas normas: seu pertencimento ao direito internacional geral, seu caráter imperativo ou peremptório, seu caráter evolutivo e o fato de expressarem interesses superiores da comunidade internacional.

O fato das normas que conformam o *jus cogens* fazerem parte do direito internacional geral significa que seus preceitos gozam de caráter universal, atendendo aos interesses superiores da humanidade, e cuja proteção alcança toda comunidade internacional, independente da vontade dos Estados.

Sobre o caráter imperativo do *jus cogens*, este atributo significa que um Estado não pode se furtar em cumprir com as obrigações que tais normas impõem em relação às outras partes, nem mesmo quando estas consentem. Assim, as normas de *jus cogens* proporcionam a proteção dos Estados contra suas próprias debilidades e contra o poder excessivo das outras partes, impedindo tanto a renúncia quanto a derrogação de certos direitos⁸.

Com respeito ao caráter evolutivo do *jus cogens*, tal característica denota que as normas que compõem esta categoria não se esgotam em nenhuma lista, mas sim estão constantemente em evolução conforme a dinâmica das necessidades da comunidade internacional. Segundo Cançado Trindade, o *jus cogens* é “*una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación.*”⁹.

Finalmente, o fato do *jus cogens* expressar os interesses superiores da comunidade internacional nos remete à discussão sobre a principal função de suas normas, que é a de proteger os diferentes sujeitos do direito internacional dos acordos e ações que atentem contra os valores fundamentais da comunidade internacional¹⁰. Segundo A. Verdross: “*The criterion for these rules consists in the fact that they do not exist to satisfy the needs of the individual states but the higher interest of the whole international community*”¹¹. Tudo isso permite a coexistência entre os diferentes sujeitos de direito internacional, preservando assim a essência do sistema internacional.

A Relação entre Jus Cogens, Obrigações Erga Omnes e Crimes Internacionais

O estudo do conceito de *jus cogens* conduz ao exame de outras duas noções das quais o direito internacional se ocupa: as obrigações *erga omnes* e os

crimes de Estado. As obrigações *erga omnes* correspondem àquelas obrigações que por derivarem de questões essenciais à comunidade internacional, todos os Estados têm um interesse jurídico em sua proteção.

A importância central em categorizar certas obrigações como de natureza *erga omnes* é possibilitar o entendimento que em algumas circunstâncias a responsabilidade internacional pode revestir-se de caráter multilateral. No conhecido caso *Barcelona Traction*, a partir do qual esta categoria de obrigações foi consagrada no direito internacional, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) afirmou que “*(...) the responsibility engaged by the breach of these obligations is engaged not only in regard to the state which was the direct victim of the breach: it is also engaged in regard to all the other members of the international community (...)*”¹².

Assim, apesar das obrigações *erga omnes* comportarem o efeito necessário de toda norma de *jus cogens*, nem todas obrigações *erga omnes* correspondem a normas de *jus cogens*, estando estas em um subconjunto dentro do conjunto de normas que dão origem àquelas obrigações. Para evitar que esses conceitos sejam confundidos, Besné Mañero atenta para as diferenças em relação ao âmbito jurídico de cada um deles. Segundo a autora, enquanto as normas de *jus cogens* pertencem ao âmbito do sistema de fontes e da hierarquia normativa, as obrigações *erga omnes* pertencem ao âmbito da eficácia jurídica das normas internacionais¹³.

Da mesma forma, considerando os crimes internacionais, ou crimes de Estado, estes pertencem ao âmbito da aplicação do direito internacional, concretamente ao campo da responsabilidade internacional¹⁴. Apesar de não haver consenso sobre o tema, como veremos no próximo capítulo, os crimes internacionais corresponderiam a violações graves a normas imperativas de direito internacional (normas de *jus cogens*), perpetradas por Estados e, portanto, tendo efeitos *erga omnes* em relação a toda a comunidade internacional.

Considerando que para haver um crime internacional é necessário que as violações cometidas sejam *graves*, é importante discutirmos a noção de *gravidade* sem, no entanto, considerá-la um conceito rígido. Segundo CDI, no contexto do projeto do Código de Crimes contra a Paz e a Segurança do Gênero Humano, a gravidade deve ser deduzida tanto a partir do caráter da ação, como da extensão dos seus efeitos e da intenção do perpetrador¹⁵.

Considerando primeiramente a extensão dos efeitos da violação, um crime internacional seria geralmente cometido num contexto em que há um padrão

de violações levadas a cabo de maneira sistemática e, muitas vezes, massiva. Uma violação é cometida de maneira sistemática quando existem evidências de que há um certo padrão na atuação do Estado, levando à vulneração de determinados direitos¹⁶, e massiva quando é de natureza flagrante.

Assim, a existência de um padrão de violações nos conduz à questão da intenção e dos motivos do perpetrador em cometer as violações. Os objetivos do Estado ao cometer determinadas violações podem ser fundamentais para a determinação da existência de um crime internacional. Por exemplo, no caso da determinação de um genocídio, a evidência de que houve a intenção do Estado em destruir um grupo, ou parte dele, se faz primordial¹⁷. Quanto aos motivos, é importante saber quais fatores ou circunstâncias levaram o Estado a cometer tais violações. Motivos comuns nos casos em que há indícios de crime internacional são, entre muitos outros, segurança nacional, expansão territorial, intolerância religiosa e discriminação racial (como no caso do apartheid na África do Sul)¹⁸.

Portanto, na ocorrência de um crime de Estado, o aparelho burocrático estatal se encontra voltado para a vulneração de determinados direitos. Ainda, a perpetração das ações violatórias se fundamenta em uma política calculada e executada pelo próprio Estado¹⁹. Assim, considera-se que os crimes internacionais afetam os interesses de toda a comunidade internacional, sendo capazes de chocar a *consciência da humanidade*²⁰.

É importante clarificar o que se entende como sendo a *consciência da humanidade*. Mais que um termo meramente retórico e subjetivo, a noção de *consciência da humanidade*, presente em diversos instrumentos internacionais, mostra ser bastante significativa para demonstrar o repúdio da comunidade internacional frente a certas práticas. A noção se faz presente, entre outros, no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em diversos textos da Assembléia Geral das Nações Unidas que condenam o apartheid na África do Sul e, mais contemporaneamente, no Estatuto de Roma²¹.

Para entendermos o alcance do termo *humanidade*, seria interessante buscar o significado do que seriam os crimes contra a humanidade, que segundo N. Jørgensen consistem na crueldade direcionada contra a existência humana, a degradação da dignidade humana, e a destruição da cultura humana²². Trazendo esta noção para o âmbito dos crimes internacionais, pode-se concluir que estes crimes chocam a consciência da humanidade justamente pelo exposto acima, por serem a negação da existência, da dignidade e da cultura humana.

A Dinâmica dos Três Conceitos

Por fim, se torna premente compreender a correlação entre os conceitos de normas de *jus cogens*, obrigações *erga omnes* e crimes internacionais sem, contudo, confundi-los. Para visualizar a dinâmica destes conceitos, G. Gaja propôs um esquema composto de três círculos concêntricos de tamanhos diferentes, sendo que o maior deles corresponderia às obrigações *erga omnes*, o intermediário às normas de *jus cogens* e o menor aos crimes internacionais²³. Isso significa que as obrigações *erga omnes* abrangem vários tipos de normas, incluindo aquelas de caráter *jus cogens*. Por sua vez, nem todas as violações a normas de violações de *jus cogens* correspondem a crimes internacionais, apenas aquelas que se revestem de elementos adicionais de gravidade.

O mais importante a ser observado é que apesar das diferenças em relação ao âmbito jurídico, os três conceitos estão fundamentados na convicção de que o respeito a determinados valores e regras é essencial para a salvaguarda dos interesses superiores da comunidade internacional, os quais tornam possível sua própria existência.

III. O CONCEITO DE CRIME INTERNACIONAL NOS TRABALHOS DE CODIFICAÇÃO DA CDI SOBRE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

III.1. BREVE HISTÓRICO DOS TRABALHOS DA CDI SOBRE RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Em 1949, a CDI selecionou 14 temas para trabalhar em sua codificação e acompanhar seu desenvolvimento progressivo. A Responsabilidade Internacional do Estado foi um dos temas selecionados e, devido à complexidade das diversas questões nele contidas, entre outros fatores de ordem política, até o presente momento não resultou em convenção.

A CDI iniciou seus trabalhos sobre o tema em 1956 tendo o jurista Garcia-Amador como Relator Especial. Durante os cinco anos que desempenhou esta função, Garcia-Amador produziu seis relatórios que, em linhas gerais, focalizaram o tema da responsabilidade

do Estado a partir da ótica dos danos causados a estrangeiros e seus bens.

No período de 1962 a 1980, com a criação de um subcomitê para tratar do projeto de artigos sobre responsabilidade do Estado, e a nomeação de Roberto Ago como Relator Especial, a CDI obteve um grande desenvolvimento na matéria. A incumbência deste subcomitê era de focalizar seus trabalhos na definição de regras gerais que governassem a questão da responsabilidade internacional do Estado, atendo-se às regras secundárias sobre responsabilidade²⁴.

Durante seu mandato, Roberto Ago produziu oito relatórios e a CDI adotou provisoriamente os 35 artigos que compunham a primeira parte do projeto de artigos referentes à origem da responsabilidade do Estado. Como veremos a seguir, foi Roberto Ago quem introduziu a questão dos crimes internacionais nas discussões da CDI.

Entre 1980 e 1986, com a indicação de Willem Riphagen para Relator Especial, os sete relatórios por ele elaborados tiveram foco na segunda e na terceira parte do projeto que correspondem, respectivamente, ao conteúdo, forma e graus de responsabilidade internacional, e a resolução de disputas. A partir de 1987 até 1995, Gaetano Arangio-Ruiz assumiu a relatoria especial, concluindo os trabalhos sobre as segunda e terceira partes, e retomando a questão dos crimes internacionais. Em 1997, a CDI aprovou o projeto de artigos em primeira leitura.

No período de 1998 a 2001, durante a relatoria de James Crawford, a CDI procedeu com a segunda leitura do projeto de artigos. James Crawford identificou três questões que, em sua opinião, requeriam atenção especial da Comissão: crimes internacionais, regime de contramedidas, e solução de disputas. Como veremos a seguir, a versão final do projeto de artigos apresentado em 2001 exclui a noção de “crimes internacionais” e a substitui por “violações graves de obrigações derivadas de normas peremptórias do direito internacional”.

III.2 O DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE CRIMES INTERNACIONAIS NO ÂMBITO DA CDI

Desde o início dos trabalhos sobre responsabilidade do Estado, percebeu-se a necessidade de diferenciar as consequências dos atos internacionalmente ilícitos de acordo com sua gravidade. Em seu primeiro relatório, Garcia-Amador sugeriu que os atos internacionalmente ilícitos fossem classificados como “meramente ilícitos” ou “puníveis”. Como exemplos de atos “puníveis”, o relator mencionou os

crimes contra a humanidade e o crime de genocídio, imputáveis somente a indivíduos enquanto agentes do Estado, e não aos Estados propriamente ditos. Não obstante, na ocasião a CDI decidiu por não trabalhar com tal diferenciação.

Podemos considerar que foi Roberto Ago quem introduziu de maneira definitiva a questão dos crimes internacionais na agenda da CDI. Desde meados de 1939, quando deu seu primeiro curso na Academia de Direito Internacional da Haia sobre *Le Délit International*, Ago já defendia a diferenciação dos tipos de responsabilidade segundo o valor jurídico protegido pela norma violada²⁵. Em 1976, Ago fez a seguinte proposta para o Artigo 19 do projeto de artigos:

“Article 19 - International crimes and international delicts

1. An act of a State which constitutes a breach of an international obligation is an internationally wrongful act, regardless of the subject-matter of the obligation breached.
2. An internationally wrongful act which results from the breach by a State of an international obligation so essential for the protection of fundamental interests of the international community that its breach is recognized as a crime by that community as a whole constitutes an international crime.
3. Subject to paragraph 2, and on the basis of the rules of international law in force, an international crime may result, inter alia, from:
 - a. a serious breach of an international obligation of essential importance for the maintenance of international peace and security, such as that prohibiting aggression;
 - b. a serious breach of an international obligation of essential importance for safeguarding the right of self-determination of peoples, such as that prohibiting the establishment or maintenance by force of colonial domination;
 - c. a serious breach on a widespread scale of an international obligation of essential importance for safeguarding the human being, such as those prohibiting slavery, genocide and apartheid;
 - d. a serious breach of an international obligation of essential importance for the safeguarding and preservation of the human environment, such as those

prohibiting massive pollution of the atmosphere or of the seas.

4. Any internationally wrongful act which is not an international crime in accordance with paragraph 2 constitutes an international delict²⁵.

Até a conclusão da primeira leitura do projeto, em 1996, a redação do referido artigo não sofreu modificações. Posteriormente, mais alguns artigos relativos à noção de crimes internacionais foram incluídos no projeto. Entre eles, há o Artigo 40 que dispõe sobre o significado de “Estado lesado”. O terceiro parágrafo deste artigo aponta que, nos casos em que o ato internacionalmente ilícito constitui um crime internacional, os Estados lesados são todos os outros Estados.

Ainda, os artigos de 51 a 53 dispõem sobre as consequências que emergem dos crimes internacionais. Estes artigos, também bastante controversos, afirmam o seguinte:

“Article 51 - Consequences of an international crime

An international crime entails all the legal consequences of any other internationally wrongful act and, in addition, such further consequences as are set out in articles 52 and 53.

Article 52 - Specific consequences

Where an internationally wrongful act of a State is an international crime:

- a. an injured State’s entitlement to obtain restitution in kind is not subject to the limitations set out in subparagraphs (c) and (d) of article 43;
- b. an injured State’s entitlement to obtain satisfaction is not subject to the restriction in paragraph 3 of article 45.

Article 53 - Obligations for all States

An international crime committed by a State entails an obligation for every other State:

- a. not to recognize as lawful the situation created by the crime;
- b. not to render aid or assistance to the State which has committed the crime in maintaining the situation so created;
- c. to cooperate with other States in carrying out the obligations under subparagraphs (a) and (b); and

- d. to cooperate with other States in the application of measures designed to eliminate the consequences of the crime.”

Quando a Comissão iniciou a segunda leitura do projeto, tendo James Crawford como Relator Especial, e já recebido alguns comentários dos governos, diversos questionamentos foram levantados acerca desses artigos que dispunham sobre crimes internacionais. Em seu primeiro relatório, James Crawford, opositor da inclusão da “criminalização” da responsabilidade do Estado, fez uma análise detalhada daquilo que até então cria estar inadequado ou inconsistente no projeto de artigos aprovados em primeira leitura²⁶.

Crawford formulou uma série de críticas ao artigo 19, pois acreditava que a distinção entre crimes e delitos internacionais ainda se mostrava muito controversa. Nas palavras do relator, o parágrafo primeiro do referido artigo nada mais era se não “a statement of the obvious”, pois não acrescentava nada ao que já estava implícito nos artigos 1 e 3 do projeto. Sobre o parágrafo 2, apontou que a definição de crimes internacionais foi apresentada de maneira circular. Acreditava que tal definição deveria pautar-se a partir das distinções no que se refere às consequências substantivas, ou então aos incidentes procedimentais do crime internacional ao contrapor-se aos delitos internacionais.

Ainda, Crawford acreditava que a Comissão, aparentemente preocupada em esclarecer o previsto no parágrafo 2, apresentou no parágrafo 3 uma acepção de crime internacional que qualificou como ilusória. Seu texto dispõe que um crime meramente *pode resultar* dos atos enumerados, sendo sujeito ao parágrafo 2, e com base em “regras de direito internacional em vigor” que não estão devidamente especificadas. Crawford apontou que os atos enumerados na seqüência do parágrafo 3, além de serem díspares em conteúdo e em sua relação com o direito internacional vigente, representavam uma reafirmação de regras primárias, assim contrariando os propósitos do projeto de artigos sobre responsabilidade do Estado. Ademais, o relator acredita que o terceiro parágrafo, diferentemente do segundo, não evidencia a importância das normas, mas a gravidade da violação perpetrada, uma vez que considera como crime apenas as violações “graves”, em “larga escala” ou “massivas”. Segundo Crawford, estes elementos adicionais de gravidade não se encontram devidamente especificados, e muitas vezes não encontram respaldo no direito internacional²⁷.

Como última observação ao Artigo 19, Crawford critica o parágrafo 4 por definir os delitos meramente em termos negativos, diferentemente da definição de crimes, que aparece de forma explícita.

No que diz respeito às conseqüências indicadas no artigo 40, Crawford observa que a única disposição relevante sobre crimes internacionais é a que reconhece como Estados lesados todos os Estados, permitindo que eles busquem as reparações devidas. Apesar disso, afirma que o referido artigo não apresenta nenhuma conseqüência que seja substantivamente distinta daquelas previstas para os delitos internacionais.

Sobre os artigos de 51 a 53, o relator aponta algumas inconsistências. Observa que o artigo 52 ao excluir as limitações dispostas no artigo 43, indica que os Estados lesados podem insistir na restituição, mesmo que isso ameace a independência política ou a estabilidade econômica do Estado responsável pelo crime. Já o artigo 53, segundo Crawford, sugere que a obrigação dos Estados de não reconhecerem como legal a situação criada pelo ato internacionalmente ilícito está limitada aos atos que constituírem crimes, excluindo assim os delitos.

III.3 ALTERNATIVAS PROPOSTAS

Em meio aos diversos desacordos sobre a forma mais apropriada de abordar a questão dos crimes de Estado, Crawford identificou cinco alternativas possíveis para o tema. A primeira seria manter a abordagem do então projeto de artigos, chamada “*delict plus*”, mantendo a distinção entre crimes e delitos. A segunda possibilidade seria a substituição do conceito de crimes internacionais pelo conceito de atos ilícitos excepcionalmente graves, deixando que a segunda parte do projeto faça a distinção entre o regime aplicável a tais atos e os ilícitos ordinários.

A terceira alternativa seria a elaboração de um regime completo de responsabilidade criminal do Estado, respeitando o princípio *nullum crimen sine lege*, tendo um procedimento de investigação adequado, um sistema de devido processo legal, sanções apropriadas e devidamente definidas, e um sistema que possibilite que o Estado se exima da culpa.

A quarta possibilidade seria rejeitar o conceito de responsabilidade criminal do Estado, considerando que o direito internacional não reconhece e não deveria reconhecer tal categoria, suprimindo-o do projeto de artigos.

A quinta alternativa, defendida pelo relator, seria a descriminalização da responsabilidade internacional, excluindo a noção do projeto de artigos. Tal alternativa não rejeitaria a noção, apenas reconheceria que seu desenvolvimento conceitual e prático ainda era embrionário. Assim, o projeto incorporaria os conceitos já solidificados do *jus cogens* e das obrigações *erga omnes*, sem comprometer o desenvolvimento futuro da noção de crimes de Estado. Crawford recomendou que

o artigo 19 e, conseqüentemente, o 51 ao 53, fossem excluídos do projeto. Já o artigo 40, parágrafo 3, deveria ser reconsiderado de maneira que abordasse o tema das violações de obrigações *erga omnes*.

III.4 APROVAÇÃO DO PROJETO DE ARTIGOS EM SEGUNDA LEITURA

Em 2001, o projeto de artigos sobre responsabilidade internacional foi finalmente aprovado em segunda leitura pela CDI. Para acabar com o impasse entre os membros da Comissão e a insatisfação dos governos, a CDI decidiu por descriminalizar a responsabilidade internacional, optando pela abordagem *delict plus*²⁸. Assim, o novo projeto estabeleceu um único regime de responsabilidade aplicável a todos os ilícitos, acrescentando algumas conseqüências extras para violações consideradas como de maior gravidade.

Não obstante, se fazia necessário que a idéia central de diferenciar os tipos de ilícito conforme sua seriedade, contida no Artigo 19 do primeiro projeto, permanecesse sem qualquer conotação penal. A opção da CDI foi substituir a noção de crimes pela de “*violações graves de obrigações oriundas de normas peremptórias de direito internacional geral*”. Esta noção resgata os conceitos de obrigações *erga omnes* e normas de *jus cogens*, que gozam de maior aceitabilidade pela comunidade internacional, estando presentes não apenas em instrumentos, mas na jurisprudência internacional.

Vejamos o disposto no Capítulo III do referido projeto de artigos, intitulado *Serious Breaches of Obligations under Peremptory Norms of General International Law*:

“Article 40 - Application of this chapter

1. This chapter applies to the international responsibility which is entailed by a serious breach by a State of an obligation arising under a peremptory norm of general international law.
2. A breach of such an obligation is serious if it involves a gross or systematic failure by the responsible State to fulfil the obligation.

Article 41 - Particular consequences of a serious breach of an obligation under this chapter

1. States shall cooperate to bring to an end through lawful means any serious breach within the meaning of article 40.
2. No State shall recognize as lawful a situation created by a serious breach within the

meaning of article 40, nor render aid or assistance in maintaining that situation.

3. This article is without prejudice to the other consequences referred to in this Part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law.”

O artigo 40 define o escopo de aplicação do Capítulo III. Este estabelece dois critérios para distinguir as violações a que se destina das demais violações: o caráter da obrigação infringida, que deve emanar de normas de caráter peremptório, e a magnitude da violação, que deve ser considerada grave.

No segundo parágrafo, o artigo aclara que uma violação grave envolve um descumprimento massivo ou sistemático do Estado responsável em cumprir com suas obrigações. Segundo o descrito nos comentários da CDI ao referido projeto de artigos, uma violação sistemática é aquela levada a cabo de maneira organizada e deliberada. Já uma violação classificada como massiva, se refere à intensidade e aos efeitos da violação, denotando violações de natureza flagrante somadas a uma afronta direta e clara aos valores protegidos pela regra descumprida²⁹. Apesar das noções não serem mutuamente exclusivas, as violações graves vêm geralmente acompanhadas de ambos elementos. Além disso, a gravidade da violação é comumente caracterizada pela intenção do responsável em violar a norma, pela configuração e o número de violações individuais, e pela gravidade das conseqüências para as vítimas.

É interessante notar que, ao contrário do projeto anterior, optou-se por não citar nenhum exemplo para ilustrar as referidas violações. Para esclarecimento, a Comissão discorreu brevemente sobre o assunto em seus comentários sobre os artigos do projeto. Afirmou que maiores elucidações a normas de caráter peremptório podem ser encontradas em diversas fontes internacionais, com a ressalva de que estas não exauram a possibilidade de surgimento de novas normas de mesmo caráter³⁰.

O Artigo 41 enumera as conseqüências particulares em decorrência de uma violação tal como descrita no artigo que o precede. O primeiro parágrafo dispõe sobre a obrigação positiva dos Estados em cooperar, por meios legais, para por fim à grave violação. Esta disposição pretende fortalecer os mecanismos formais de cooperação existentes, mas sem descartar a possibilidade de cooperação não-institucional desde que esteja baseada em princípios legais.

Na mesma linha, o segundo parágrafo abarca a obrigação dos Estados de não reconhecer como legal uma situação criada pelas referidas violações, e de não prestar ajuda ou assistência para que tal situação seja mantida. Caso contrário, devido à importância da norma

violada, o Estado estaria fortalecendo uma situação que ameaça os interesses da comunidade internacional como um todo e não apenas os Estados diretamente lesados.

O terceiro parágrafo funciona como uma cláusula de salvaguarda, uma vez que reconhece que outras conseqüências que estejam de acordo com o direito internacional possam ser aplicadas em decorrência de uma violação grave.

Outros artigos tratam direta ou indiretamente de questões relativas à responsabilidade internacional do Estado decorrente de violações de normas peremptórias. Considerando os fins do presente trabalho, apenas dois deles merecem especial atenção. Compondo o Capítulo V, que aborda as circunstâncias que excluem a ilicitude, o Artigo 26 dispõe o seguinte:

“Article 26 - Compliance with peremptory norms

Nothing in this chapter precludes the wrongfulness of any act of a State which is not in conformity with an obligation arising under a peremptory norm of general international law.”

Tal artigo visa a evitar que as circunstâncias que excluem a ilicitude, a saber, o consentimento, a legítima defesa, as contramedidas ao ilícito, a força maior, o *distress*, e o estado de necessidade, sejam invocadas para justificar a violação ou derrogação de uma norma peremptória de direito internacional geral.

O Capítulo I da terceira parte do projeto de artigos abrange questões relativas à invocação da responsabilidade de um Estado³¹. O Artigo 48 dispõe sobre a invocação de responsabilidade por um Estado outro que o Estado lesado. A importância desta disposição para a regulação da responsabilidade decorrente da violação de normas peremptórias reside no fato de que, nos casos em que uma norma dessa natureza é violada, toda a comunidade internacional é, em diferentes graus, afetada, podendo assim invocar a responsabilidade do Estado transgressor.

Vejamos se configura o Artigo 48:

“Article 48 -Invocation of responsibility by a State other than an injured State

1. Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State in accordance with paragraph 2 if:
 - (a) The obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or
 - (b) The obligation breached is owed to the international community as a whole.

2. Any State entitled to invoke responsibility under paragraph 1 may claim from the responsible State:
 - (a) Cessation of the internationally wrongful act, and assurances and guarantees of non-repetition in accordance with article 30; and
 - (b) Performance of the obligation of reparation in accordance with the preceding articles, in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached.
3. The requirements for the invocation of responsibility by an injured State under articles 43, 44 and 45 apply to an invocation of responsibility by a state entitled to do so under paragraph 1.”

O artigo ressalta a dimensão multilateral da responsabilidade a partir de uma ameaça a interesses coletivos. O Estado que invocar responsabilidade com base no Artigo 48 não estará agindo a partir de sua capacidade individual em razão de ter sido lesado, mas sim a partir de sua capacidade como membro de um grupo de Estados obrigados pela disposição violada, ou então como membro da comunidade internacional como um todo³².

III.5. CONCLUSÕES SOBRE OS RESULTADOS DOS TRABALHOS DA CDI

A decisão da CDI de “descriminalizar” o projeto de artigos não foi acompanhada de consenso. Tanto entre seus membros, como na comunidade acadêmica, as opiniões sobre o assunto divergem, levantando questionamentos sobre a importância do conceito que está por trás da noção de crimes para o direito internacional, estando aí incluída a proteção internacional dos direitos humanos.

Segundo Alain Pellet, membro da CDI, o conceito de crime, bem como sua diferenciação em relação aos delitos, é indispensável para o direito internacional contemporâneo³³. O autor defende que um caso de genocídio não pode ser assimilado da mesma forma que a violação ordinária de um tratado comercial. Assim, o regime legal de responsabilidade instituído para tratar de um caso de genocídio não pode ser equiparado a outro que lida com violações a um tratado comercial, uma vez que o primeiro ameaça a sociedade internacional como um todo, enquanto o segundo concerne apenas a dois ou mais Estados vinculados ao tratado³⁴.

Para Georges Abi-Saab, é importante diferenciar o texto do Artigo 19 do projeto aprovado em primeira

leitura do conceito que está por trás dele. O conceito em que se fundamenta a idéia da existência de crimes nasceu do reconhecimento da comunidade internacional, a partir da celebração da Carta das Nações Unidas, da existência de certos valores e interesses comuns que, devido a sua premência, precisam estar amparados por meio de proteção legal máxima e diferenciada³⁵.

Comparando o projeto de artigos aprovado em primeira leitura com o aprovado em segunda leitura, no que se refere às diferenciações entre ilícitos conforme a gravidade, percebe-se que apesar das consideráveis mudanças terminológicas, o substrato dos textos não apresenta diferenças basilares³⁶. Aparentemente, a carga simbólica, a insistente comparação com o direito interno e o encargo político do signo “crime” foi o que ocasionou os maiores entraves para o trabalho da Comissão sobre a questão.

A noção de violações graves de obrigações oriundas de normas peremptórias de direito internacional geral, expressa no Artigo 40 do atual projeto de artigos, ultrapassa a noção de crimes disposta no Artigo 19 do projeto anterior. Conforme confirmado pelos comentários da comissão sobre o projeto, ao definir seu escopo, o Artigo 40 faz alusão implícita às normas de *jus cogens* e às obrigações *erga omnes*, disposições estas que, segundo vimos no capítulo anterior, compõem o conceito de crimes. Ademais, os próprios exemplos usados para ilustrar o conceito de crimes no Artigo 19 do primeiro projeto se encontram implicitamente preservados no atual Artigo 40.

Analisando à luz do direito internacional dos direitos humanos, o trabalho da Comissão sobre o tema apresenta uma limitação que deve ser mencionada. A visão da responsabilidade internacional delineada nos projetos de artigos está mormente baseada na relação entre Estados. Assim, deve-se estar alerta para que futuras interpretações da responsabilidade internacional decorrente da violação de normas de direitos humanos, em que os beneficiários das obrigações internacionais não são Estados, mas sim indivíduos, não estejam acompanhadas de distorções normativas e conceituais.

Não obstante esta ressalva, é essencial não apenas para a proteção internacional dos direitos humanos, mas para todo o direito internacional, que a distinção entre ilícitos graves e ilícitos “ordinários” tenha sido mantida no projeto de artigos sobre responsabilidade internacional do Estado. Esta decisão contribui diretamente para a hierarquização das normas internacionais, proporcionando assim a evolução do próprio direito internacional, e o fortalecimento dos princípios basilares que regem as relações entre os membros da comunidade internacional.

IV. RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL AGRAVADA DO ESTADO: A EXPERIÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A presente seção tem como finalidade considerar a experiência recente da Corte Interamericana no que se refere a violações graves de normas de caráter *jus cogens*, o que a permitiu verificar que os Estados demandados incorreram em responsabilidade internacional *agravada*. As decisões comentadas abaixo, em especial no concernente às reparações, corroboram com a idéia de que é possível, ao menos no domínio dos direitos humanos, erigir um regime mais severo de responsabilidade que assegure a observância dos valores fundamentais da comunidade internacional.

IV.1. CASO MYRNA MACK CHANG VS. GUATEMALA

Contexto Histórico

Como tantos outros países da América Central, a Guatemala enfrentou um período de conflito armado interno iniciado na metade dos anos 1980, e que chegou formalmente ao fim com os acordos de paz de 1996. Durante este período, o Estado guatemalteco foi responsável por uma série de execuções extrajudiciais seletivas com o propósito de extinguir indivíduos, grupos e organizações considerados como “inimigos do Estado”, para assim restabelecer a ordem³⁷.

Estas execuções estavam inseridas no contexto de operações geralmente promovidas pelos organismos guatemaltecos de inteligência, e obedeciam a um padrão comum³⁸. Após o levantamento e a avaliação das informações recolhidas sobre os indivíduos considerados suspeitos, as execuções eram planejadas e ordenadas sem que houvesse registro escrito que evidenciasse as operações³⁹.

Ademais, os processos judiciais que tinham como objetivo esclarecer as circunstâncias das execuções e sancionar os responsáveis eram de diversas formas obstruídos e corrompidos. De maneira geral, os tribunais de justiça da Guatemala se mostraram incapazes de investigar, processar, julgar e sancionar os responsáveis de forma efetiva, além estarem subordinados ao Poder Executivo e aos comandos militares⁴⁰.

Fatos que deram origem ao caso

Mirna Mack Chang era uma antropóloga guatemalteca que estudava a questão do deslocamento interno e das “Comunidades de Población en Resistencia (CPR)” da Guatemala durante o período de conflito interno. Em 1986, fundou a Associação para o Avanço das Ciências Sociais na Guatemala (AVANCSO), que tinha como propósito realizar pesquisas sobre as causas e conseqüências do deslocamento das comunidades indígenas rurais, as condições de vida desta população e as políticas governamentais criadas para lidar com o problema. Como resultado de suas pesquisas, Myrna Mack concluiu que, além da principal causa dos referidos deslocamentos ser o programa de contra-insurgência do Exército, o governo guatemalteco não havia se empenhado para solucionar este problema⁴¹.

Em 11 de setembro de 1990, Myrna Mack foi atacada por ao menos dois indivíduos ao sair de seu escritório da AVANCSO. Ela foi vítima de 27 feridas produzidas com arma branca, morrendo no local do ataque. Dias antes da execução, Myrna Mack havia sido vigiada e seguida por alguns homens, posteriormente identificados como agentes do serviço de inteligência guatemalteco, conformando uma operação de inteligência militar elaborada pelo alto comando do Estado Maior Presidencial⁴².

No entendimento da Corte, a execução extrajudiciária de Mirna Mack teve motivação política, uma vez que o governo guatemalteco interpretou seu trabalho de pesquisa sobre as CPR e as políticas do exército frente às mesmas como uma ameaça à segurança nacional e ao próprio governo⁴³.

Os processos judiciais que se seguiram a partir da execução foram inefetivos e falhos. Dentre os responsáveis pela execução, apenas um dos autores materiais foi apenado, sendo que os demais autores materiais e intelectuais não foram sancionados, sendo que alguns foram inclusive absolvidos. Ficou provado que a investigação policial foi inadequada, demonstrando ter sido desvirtuada por várias irregularidades, e que o Ministério da Defesa Nacional e o Estado Maior Presidencial da Guatemala negaram e por vezes alteraram os documentos solicitados pelas autoridades judiciais e de investigação⁴⁴.

Além disso, os policiais encarregados da investigação do caso foram perseguidos e ameaçados, sendo que um deles, José Mérida Escobar, foi assassinado. Em decorrência das ameaças e intimidações, dois outros investigadores, três das principais testemunhas e um juiz se viram obrigados a exilar-se no Canadá⁴⁵.

Quanto aos familiares da vítima, além de membros da Fundação Mirna Mack e da AVANCSO, estes também

receberam ameaças e foram alvos de perseguição e intimidação. Ademais, a Corte reconheceu que os familiares de Mirna Mack sofreram danos materiais e imateriais devido às dificuldades de obter justiça, e por terem sido ameaçados por autoridades estatais, pondo em risco a integridade pessoal de alguns dos membros⁴⁶.

Considerações e Decisões da Corte

A) Sobre os direitos violados

No presente caso, a Corte verificou que o Estado da Guatemala violou os seguintes direitos consagrados na Convenção Americana: direito à vida (Artigo 4), direito às garantias judiciais e à proteção judicial (Artigos 8 e 25) e direito à integridade pessoal (Artigo 5), todos em relação à obrigação de respeitar direitos (Artigo 1.1).

Sobre a violação do Artigo 4, a corte concluiu que:

“(…) la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang fue producto de una operación encubierta de inteligencia militar elaborada por el alto mando del Estado Mayor Presidencial llevada a cabo por sus miembros dentro de un patrón de ejecuciones extrajudiciales selectivas, en un clima de impunidad, que contó y ha contado con la tolerancia de diversas autoridades e instituciones estatales, por lo que declara que Guatemala ha violado el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Myrna Mack Chang.”⁴⁷

Considerando as características da operação de inteligência militar descritas acima, sobre a violação dos Artigos 8 e 25, a Corte verificou que esta operação:

“(…) perseguía el ocultamiento de los hechos y la impunidad de los responsables y para tal fin, bajo la tolerancia del Estado, recurría a todo tipo de recursos, entre los que se encontraban los hostigamientos, amenazas y asesinatos de aquellos que colaboraban con la justicia. Todo ello ha afectado la evaluación de la prueba y la independencia de la judicatura, ha dilatado el proceso penal y ha tenido un impacto negativo en el desarrollo de este proceso.”⁴⁸

Tendo em vista todos os elementos que compõem as violações supracitadas, a Corte considerou que o Estado guatemalteco violou o Artigo 5 em detrimento dos familiares de Mirna Mack, uma vez que os fatos:

“(…) han provocado en los familiares de la víctima constante angustia, sentimientos de frustración e impotencia y un temor profundo de verse expuestos al mismo patrón de violencia impulsado

por el Estado. En razón de ello, los familiares de Myrna Mack Chang deben ser considerados como víctimas porque el Estado les ha vulnerado su integridad psíquica y moral.”⁴⁹

B) Sobre as reparações

As circunstâncias do presente caso causaram grande sofrimento à vítima e aos seus familiares, gerando várias conseqüências tanto de ordem material quanto não-pecuniária. Assim, a Corte decidiu ordenar diferentes tipos de reparação aos familiares de Myrna Mack para que o Estado respondesse pelas violações graves que cometeu e que, enfim, a justiça fosse alcançada. A Corte considerou, como já vem afirmando em sua jurisprudência, que a própria sentença constitui *per se* uma forma de reparação⁵⁰.

Em sua decisão, a Corte determinou que o Estado da Guatemala devia investigar efetivamente os acontecimentos do caso, de modo a identificar, julgar e sancionar todos os autores materiais e intelectuais, além dos outros responsáveis não apenas da execução de Myrna Mack, como seu encobrimento e demais acontecimentos do caso. Ademais, os resultados dessas investigações deveriam ser publicados.

Para tanto, a Corte indicou que todos os obstáculos e mecanismos que sustentam a impiedade do caso fossem removidos, que fossem outorgadas garantias de segurança às autoridades judiciais, aos fiscais, às testemunhas, aos operadores de justiça e aos familiares de Myrna Mack, e que fossem utilizadas todas as medidas possíveis para diligenciar o processo.

Também, para que o reconhecimento de responsabilidade do Estado e a própria sentença rendessem efeitos de reparação às vítimas e servissem como garantia de não-repetição, a Corte advertiu que o Estado realizasse um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade, na presença das mais altas autoridades, pelos acontecimentos do caso e pelo desagravo dos familiares de Myrna Mack, bem como de sua memória. Na mesma ocasião, o Estado deveria honrar publicamente a memória do investigador policial assassinado, José Mérida Escobar.

Ainda como garantias de não repetição, a Corte decidiu que o Estado deveria incluir a capacitação em direitos humanos e Direito Internacional Humanitário nos cursos de formação de membros das forças armadas e da polícia, e dos órgãos de segurança. Com o mesmo propósito, o Estado deveria estabelecer uma bolsa anual, que levaria o nome de Myrna Mack Chang, para cobrir o custo integral de um ano de estudos em antropologia em uma universidade de prestígio nacional, ademais de também dar seu nome a uma rua ou praça conhecida na Cidade da Guatemala e colocar nas

imediações onde faleceu uma placa em sua memória que faça alusão às atividades que realizava. Segundo a Corte, esta medida “(...) contribuirá a despertar la conciencia pública para evitar la repetición de hechos como los ocurridos en el presente caso y a conservar viva la memoria de la víctima.”⁵¹.

Em referência aos danos materiais da família de Myrna Mack, a Corte calculou um montante de 266 mil dólares de indenização, pelos danos imateriais, o total de 350 mil dólares, e para cobrir os custos e gastos dos representantes da vítima nos processos internos e internacionais, o total de 163 mil dólares.

Por fim, a Corte determinou que o Estado deveria publicar no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional, dentro do prazo de 3 meses da notificação da sentença, os fatos provados e os pontos resolutivos da sentença. Quanto às medidas de reparação acima descritas, estas deveriam ser cumpridas no prazo de um ano.

Como podemos observar, muitas das reparações determinadas pela Corte no caso Myrna Mack, assim como veremos nos casos seguintes, ultrapassam sua função de compensar os indivíduos lesados, tendo assim um caráter exemplar. Assim, podemos afirmar que reparações dessa natureza são comparáveis aos chamados “danos punitivos”, cujo escopo excede a função compensatória, sancionando o Estado responsável por haver cometido violações especialmente graves⁵². Desta forma, as reparações beneficiam não apenas as vítimas e seus familiares, mas toda a população do Estado em questão, uma vez que buscam garantir que tais violações não se repitam⁵³.

Sobre a responsabilidade internacional agravada

O caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala* se tornou paradigmático por ser o primeiro na história da Corte Interamericana em que esta tratou do tema da responsabilidade internacional agravada do Estado. Na sentença, a Corte se pronunciou sobre o assunto da seguinte maneira:

“114. Del examen del conjunto de esos elementos, la Corte concluye que está establecida la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de la Convención Americana en el presente caso, responsabilidad esta agravada por las circunstancias en que se produjeron los hechos del *cas d’espèce*.

(...)

139. La Corte considera que (...) el Estado es responsable de la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang cometida a través de acciones de sus agentes, en cumplimiento de órdenes

impartidas por el alto mando del Estado Mayor Presidencial, lo que constituye una violación del derecho a la vida. Esta circunstancia se ve agravada porque en la época de los hechos existía en Guatemala un patrón de ejecuciones extrajudiciales selectivas impulsadas por el Estado, el cual estaba dirigido a aquellos individuos considerados como “enemigos internos”. Además, desde ese entonces y hasta hoy en día, no han habido mecanismos judiciales efectivos ni para investigar las violaciones de los derechos humanos ni para sancionar a todos los responsables, todo lo cual resulta en una responsabilidad internacional agravada del Estado demandado.”⁵⁴

Conforme estes trechos, podemos apreender que não foram as violações *per se* que motivaram a Corte a constatar a existência de responsabilidade agravada do Estado demandado, mas sim o contexto em que se deram os fatos. Como principais circunstâncias destacadas, está o padrão de execuções extrajudiciais, o planejamento das ações por altos agentes estatais, o acobertamento das mesmas em várias instâncias e a impunidade dos responsáveis.

Em sua explicação de voto, o juiz Cançado Trindade fez constar seu entendimento sobre o agravamento da responsabilidade do Estado. Suas reflexões abarcam diversos temas conexos ao da responsabilidade agravada. Cançado Trindade defende que as circunstâncias em que ocorreu o caso *Myrna Mack Chang* acusam a responsabilidade agravada do Estado da Guatemala⁵⁵. Ademais, argumenta que no referido caso se configura um verdadeiro crime de Estado, conclusão esta que nos mostra que os desenvolvimentos da matéria não se limitam às deliberações da CDI.

O eminente juiz afirma o seguinte:

“En el plano conceptual, no veo, en definitiva, cómo dejar de admitir la ocurrencia de un crimen de Estado en el derecho internacional general, sobre todo en la medida en que hay intención (falta o culpa), o tolerancia, acquiescencia, negligencia, u omisión, por parte del Estado en relación con violaciones graves de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario perpetradas por sus agentes, inclusive en nombre de una política de Estado. (...)”⁵⁶

Entre suas principais considerações, estão aquelas sobre a complementaridade entre a responsabilidade internacional dos Estados e a responsabilidade penal internacional dos indivíduos, a necessidade de distinguir a noção de crime de Estado

das categorias de direito penal interno, a importância dos princípios fundamentais do direito internacional para a evolução da sociedade internacional, e o alcance das reparações para uma violação particularmente grave.

Sobre o primeiro assunto, Cançado Trindade reitera que os atos ou omissões cometidos por agentes públicos agindo em nome do Estado são imputáveis tanto ao Estado quanto aos seus agentes. No âmbito internacional, os tribunais de direitos humanos se atêm à responsabilidade dos Estados, enquanto as cortes penais internacionais (tribunais *ad hoc* e o Tribunal Penal Internacional) à dos indivíduos em questão⁵⁷. As circunstâncias *agravantes* que caracterizam o caso mostram que a determinação da responsabilidade dos agentes que cometeram os crimes não é suficiente para se fazer justiça, uma vez que as violações foram perpetradas a partir de uma política de Estado.

Quanto à necessidade de desatrelar o entendimento das categorias de direito penal interno e a noção de crime de Estado, discussão recorrente durante os trabalhos da CDI, o referido juiz defende a idéia de Abi-Saab anteriormente descrita. Cançado Trindade esclarece que tal analogia causa distorções no entendimento da noção de crime de Estado, ignorando sua especificidade, e retardando o reconhecimento dos interesses superiores da comunidade internacional, a emergência do *jus cogens* no âmbito da responsabilidade internacional, e o estabelecimento de um regime voltado para a responsabilidade agravada⁵⁸.

O estabelecimento de um regime desta natureza conformaria uma reação legítima da comunidade internacional, para resguardar os princípios fundamentais sobre os quais os sistemas jurídicos firmam sua estrutura e cumprem seus propósitos mais elevados. Segundo Cançado Trindade, as atrocidades cometidas contra tantos seres humanos acabaram por despertar a *consciência jurídica universal*, permitindo o reconhecimento de valores superiores que devem ser preservados e que devem orientar a comunidade internacional para que esta evolua. Assim, a constatação de que uma violação grave do direito internacional configura um crime de Estado e a determinação de reparações tanto compensatórias como sancionadoras proporcionam a conformação de uma comunidade internacional mais integrada, solidária, e consciente dos valores que deve preservar⁵⁹.

Sobre a questão das reparações, considerando que nem sempre assumem a mesma forma ou têm o mesmo propósito, o caráter particularmente grave das violações do presente caso requer que a reparação seja ao mesmo tempo compensatória, voltada para a vítima ou seus familiares, e sancionadora, objetivando a investigação dos fatos e a punição dos responsáveis⁶⁰.

Ressaltando a relação entre o direito à reparação, o direito à justiça e o combate à impunidade, Cançado Trindade considera que os casos de violações graves requerem além de uma firme reprovação da conduta do Estado, a superação dos obstáculos aos deveres de investigação e sanção dos responsáveis, e reparações dissuasivas para garantir a não-repetição de acontecimentos como os tais, de maneira a considerar tanto das expectativas dos familiares da vítima como os interesses superiores do meio social⁶¹.

No sentido mais amplo dos propósitos do presente trabalho, Cançado Trindade considera que a responsabilidade agravada corresponde precisamente ao crime de Estado e conclui que:

“(…). Si la expresión “crimen de Estado” puede parecer a muchos jusinternacionalistas (sobre todo los petrificados por el espectro de la soberanía estatal) objetable por sugerir una analogía inadecuada con categorías jurídicas del derecho penal interno, esto no significa que el crimen de Estado no exista. Los hechos del presente caso son prueba elocuente de que sí existe. Aunque se pase a buscar para él otra denominación, no por eso deja de existir el crimen de Estado.”⁶²

Assim, a sentença do caso *Myrna Mack Chang* no âmbito da Corte Interamericana representa um marco não apenas para o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, mas uma prova concreta que o tema da responsabilidade internacional do Estado não se esgota ao conteúdo do segundo projeto apresentado pela CDI, e que o direito internacional pode tomar caminhos diversos para evoluir rumo à realização da justiça. O presente caso foi o ponto de partida para a constatação da responsabilidade agravada do Estado em outros dois casos analisados pelo mesmo tribunal: *Massacre Plan de Sánchez e Irmãos Gómez Paquiyauri*.

IV.2. CASO MASSACRE PLAN DE SÁNCHEZ VS. GUATEMALA

Contexto Histórico

Durante o mesmo período que contextualiza o caso anterior, o Estado guatemalteco buscou restabelecer a ordem por meio do combate violento a movimentos insurgentes que, aliado à gradual interposição do poder militar, acabou por gerar a destruição não apenas física mas moral e cultural de grupos e comunidades, especialmente as de origem maia. Por serem consideradas como supostas apoiadoras de movimentos insurgentes, estas comunidades indígenas eram freqüentemente vítimas de ameaças, humilhações, deslocamentos forçados e, nos piores casos,

massacres. Todas estas ações eram comumente executadas sob a aquiescência e premeditação dos mais altos mandos do Estado. Segundo a Comissão para o Esclarecimento Histórico (CEH) da Guatemala, que iniciou seus trabalhos em 1997, cerca de 626 massacres foram levados a cabo neste período.

Fatos que deram origem ao caso

No presente Caso, a Corte analisou as conseqüências dos acontecimentos ocorridos em 18 de julho de 1982, na aldeia de Plan de Sánchez, município de Rabinal, habitada predominantemente por membros da comunidade maia-achí. A população desta aldeia era freqüentemente intimidada e aterrorizada por integrantes do exército, que os acusavam de pertencer aos movimentos insurgentes pelo simples fato de se negarem a integrar as chamadas “Patrulhas de Auto-Defesa Civil” (PAC), forças paramilitares apoiadas pelo governo que atuavam nas zonas rurais⁶³.

Em 18 de julho de 1982, domingo, era dia de mercado na aldeia, que, portanto, se encontrava mais movimentada que usualmente. Nesta tarde, cerca de 60 integrantes do exército guatemalteco devidamente identificados, adentraram a aldeia de maneira extremamente violenta. Meninas e mulheres entre 12 e 20 anos foram levadas a uma casa onde foram maltratadas, violentadas e assassinadas. Crianças foram mortas a golpes. No pátio de outra casa, onde foram reunidos os demais habitantes da aldeia, os integrantes do exército lançaram duas granadas, dispararam tiros contra as pessoas de maneira indiscriminada, e atearam fogo no local. Cerca de 268 pessoas foram mortas. Várias pessoas conseguiram se esconder, principalmente os homens, pois estes acreditaram que não aconteceria nada com as mulheres, crianças e idosos, uma vez que o exército geralmente não os perseguiu⁶⁴.

Na manhã seguinte, os moradores que restaram, tanto os que estavam ausentes como os que lograram fugir, voltaram à aldeia destruída. Ameaçados pelos militares, os sobreviventes da tragédia tiveram cerca de uma hora para enterrar seus mortos, impedindo assim que as tradicionais cerimônias mortuárias maias fossem realizadas, afetando mais uma vez a dignidade da comunidade. Membros do exército haviam saqueado e destruído as casas, roubado seus pertences, sua comida, seus animais e seus documentos pessoais⁶⁵.

Sob ameaças, os sobreviventes do massacre foram progressivamente abandonando a aldeia, alguns inclusive se refugiaram nas montanhas passando por muitas necessidades. Alguns anos depois, para poder regressar a suas terras e poder cultivá-las novamente, alguns sobreviventes foram obrigados a ingressar nas PAC, servindo como patrulheiros nas aldeias vizinhas, ou até mesmo integrar o exército, causadores últimos

de tanto sofrimento. A coesão da comunidade de Plan de Sánchez foi fatalmente afetada, alguns sobreviventes nunca mais retornaram às suas terras ou voltaram a viver comunitariamente⁶⁶.

Somente em 1992 que a comunidade pôde, por meio da Procuradoria de Direitos Humanos, iniciar as diligências judiciais frente o Ministério Público. O objetivo dos sobreviventes era que os corpos de seus entes queridos fossem exumados dos cemitérios clandestinos e então enterrados segundo as tradições maias, e que os responsáveis fossem punidos. A partir de 1994 iniciaram-se as exumações. Em 1996, a Procuradoria emitiu uma resolução, estabelecendo a responsabilidade dos agentes estatais, inclusive das PAC, os comissionados militares, os membros do exército e oficiais de alto nível, por não haver protegido a população e tentar encobrir os delitos para assegurar a impunidade dos autores materiais e intelectuais. Entre os fatores que contribuíram para a impunidade, está a recusa do Ministério da Defesa Nacional em responder aos pedidos de informação do Ministério Público, o extravio durante cerca de 3 anos do material balístico recolhido nas exumações, o fato de nenhum agente do Estado ter sido chamado a declarar, e a falta de investigação⁶⁷.

Considerações e Decisões da Corte

A) Sobre os direitos violados

Uma vez que a Guatemala só aceitou a competência contenciosa da Corte a partir de março de 1987, apenas as violações à Convenção Americana relativas à denegação de justiça e a outros atos de intimidação e discriminação em prejuízo dos sobreviventes e familiares das vítimas foram indicados pela Comissão Interamericana.

Durante a audiência pública e nos escritos de 23 de Abril de 2004, o Estado guatemalteco reconheceu sua responsabilidade internacional em violação aos direitos consagrados nos artigos 5.1 e 5.2 (Direito à Integridade Pessoal); 11 (Proteção à Honra e à Dignidade); 12.2 e 12.3 (Liberdade de Consciência e de Religião); 13.2(a) e 13.5 (Liberdade de Pensamento e de Expressão); 16.1 (Liberdade de Associação), 21.1 e 21.2 (Direito à Propriedade Privada); 24 (Igualdade perante a Lei); 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, todos em conexão ao artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar Direitos). A Corte considerou que este reconhecimento de responsabilidade feito pelo Estado “(...) constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Ademais, as declarações do estado puseram fim à controvérsia quanto aos fatos que deram origem ao caso.

B) Sobre as reparações

Além do pagamento de indenização às vítimas, a Corte determinou medidas de reparação que consideram o caráter coletivo das violações ocasionadas, além de sua extrema gravidade.

Primeiramente, a Corte determinou que o Estado deve investigar de maneira efetiva os fatos que deram origem ao caso e identificar, julgar e sancionar os responsáveis, evitando assim que a impunidade propicie a repetição crônica das violações cometidas, e que as vítimas sobreviventes possam usufruir seu direito de conhecer a verdade do que lhes sucedeu⁶⁸.

Assim como no caso anterior, a Corte dispôs que o Estado deveria promover um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade, e em desagravo às vítimas, a realizar-se na própria aldeia de Plan de Sánchez, na presença não apenas de altas autoridades do Estado, mas na presença dos membros das comunidades afetadas e com a participação dos líderes destas. Na mesma ocasião, o Estado deveria honrar publicamente a memória das pessoas executadas⁶⁹.

A Corte determinou que o Estado, ademais de publicar partes das sentenças em seu diário oficial, deveria traduzir a Convenção Americana, bem como as sentenças do presente caso, para o idioma maia-achí, facilitando a divulgação destes textos no município onde se deram as violações e fazer a entrega dos mesmos às vítimas⁷⁰.

Com vistas a reestruturar a comunidade em diversos aspectos, a Corte determinou que o Estado deveria promover um programa habitacional para que as vítimas sobreviventes pudessem usufruir de uma moradia adequada na aldeia de Plan de Sánchez. Ademais, o Estado deveria proporcionar às vítimas tratamento médico e psicológico gratuito, além de desenvolver programas de saúde, educação, produção e infra-estrutura que beneficiem os membros das comunidades afetadas, que incluiriam a promoção do estudo e a difusão da cultura maia-achí, melhorias no sistema de comunicação viária, saneamento básico, a contratação de pessoal docente capacitado em ensino intercultural e bilíngüe para a educação das comunidades, e o estabelecimento de um centro de saúde na aldeia⁷¹.

Como garantia de não-repetição e com vistas a incentivar a memória coletiva, a Corte determinou que o Estado disponibilizasse o equivalente a 25 mil dólares para a manutenção e o melhoramento da infra-estrutura da capela onde as vítimas sobreviventes rendem tributo às pessoas executadas no massacre⁷². Além disso, o Estado deverá pagar para cada vítima 5 mil dólares pelos danos materiais sofridos, e 20 mil dólares pelos danos imateriais, além do referente aos custos e gastos⁷³.

Como se pode perceber, grande parte das reparações ordenadas visam à recomposição do tecido social e da identidade cultural dos membros da comunidade maia-achí. Para tanto, a Corte determinou medidas de reparação que visam a reabilitação das vítimas sobreviventes, ademais de incentivarem a recuperação e preservação da cultura maia-achí, sem deixar de enfatizar a importância de programas que objetivem o desenvolvimento dos membros da comunidade.

Segundo o juiz Cançado Trindade, a sentença de reparações tem como propósitos básicos reconhecer a extrema gravidade dos fatos, sancionar o Estado responsável pelas violações, reconhecer o extremo sofrimento a que foram submetidas as vítimas fatais, mitigar o sofrimento das vítimas sobreviventes, e estabelecer medidas que garantam a não-repetição de violações dessa natureza. Ainda, afirma que as reparações determinadas pela Corte Interamericana, no presente caso, evidenciam que não é uma dificuldade insuperável estabelecer reparações em casos de crimes de Estado⁷⁴.

Sobre a responsabilidade internacional agravada

Uma questão de extrema relevância tratada pela Corte neste caso foi a levantada tanto pela Comissão como pelos representantes das vítimas de que o Estado da Guatemala havia cometido atos de genocídio, o que é considerado proibido não apenas pela Convenção de 1948 sobre o tema, mas pelo seu caráter *jus cogens* que torna esta proibição imperativa⁷⁵. Devido à falta de jurisdição *ratione materiae*, a Corte se pronunciou que, em matéria contenciosa, só tem competência para declarar violações à Convenção Americana e outros instrumentos do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos a ela conferidos. Não obstante, considerou que:

“(…) hechos como los señalados, que afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y que se desarrollaron dentro de un patrón de masacres, causan un impacto agravado que compromete la responsabilidad internacional del Estado que esta Corte tomará en cuenta al momento de resolver sobre reparaciones.”⁷⁶

De forma complementar, o juiz Cançado Trindade discute a matéria em questão em sua explicação de voto, tendo como base a importância das normas de *jus cogens* para o fortalecimento do princípio de humanidade. O juiz se refere ao *princípio de humanidade* como um elemento que ultrapassa tanto o direito internacional de caráter convencional como consuetudinário, integrando assim, o direito internacional geral. Esta idéia

se baseia no fato de que algumas violações graves aos direitos inerentes à pessoa humana já se encontravam condenados pela consciência humana muito antes de serem tipificados e codificados no plano internacional, como no caso do genocídio.

Assim, Cançado Trindade entende que o reconhecimento de uma hierarquia entre as normas de direito internacional conforme sua natureza, o que levaria a níveis diferenciados de responsabilidade, permitiria uma maior evolução do direito internacional contemporâneo. Segundo ele:

“La búsqueda corriente de una jerarquía normativa y conceptual en el ordenamiento jurídico internacional (ilustrada por la consagración del *jus cogens*) ha conformado, a mi modo de ver, la responsabilidad internacional *agravada*, en casos de violaciones particularmente graves de los derechos humanos y de crímenes internacionales, con todas sus consecuencias jurídicas. Crímenes internacionales y violaciones del *jus cogens*, por su particular gravedad, afectan los valores básicos de la comunidad internacional como un todo.”⁷⁷

O juiz novamente defende a idéia da existência de crime de Estado, salientando que, assim como no caso *Myrna Mack Chang*, o Estado teve intenção em causar dano, ou negligência em evitar as graves violações em que acarretaram nos atos perpetrados em nome de sua política de contrainsurgência⁷⁸. Na sentença de reparações, posterior à sentença sobre o mérito, mais alusões são feitas a este assunto.

É importante perceber que os acontecimentos que deram origem ao presente caso, constituem uma grave afronta ao princípio de humanidade pela extrema selvageria a que foram submetidas as vítimas, pela crueldade na premeditação dos atos, pelos resultados devastadores que eternamente acompanharão os sobreviventes, e pela impunidade em que se encontram os culpados. Independente da denominação que se dê à atrocidade cometida em Plan de Sánchez pelas mãos do Estado, é notório que este caso fere, gravemente, a consciência de toda a humanidade.

IV.3. CASO HERMANOS GÓMEZ PAQUIYURI VS. PERU

Contexto Histórico

Entre os anos de 1984 e 1993, o Peru passou por um violento conflito entre grupos armados e agentes das forças policial e militar. Durante este período, os direitos humanos eram violados de forma sistemática, incluindo casos de execuções extrajudiciais de pessoas suspeitas de pertencer a grupos dissidentes,

perpetradas por agentes do Estado e por muitas vezes planejadas pelo alto comando militar e policial.

Fatos que deram origem ao caso

Rafael Samuel Gómez Paquiyauri e Emilio Moisés Gómez Paquiyauri, de 17 e 14 anos respectivamente, viviam na província de El Callao, Peru, onde diversas vezes foi decretado estado de emergência, e que durante o ano de 1991 foi palco do plano conhecido como “Cerro Noventiuno”, o qual objetivava capturar e executar perpetradores de atos de terrorismo⁷⁹.

Em 21 de junho de 1991 pela manhã, os dois irmãos se dirigiam ao trabalho de sua mãe quando foram detidos por agentes da polícia que buscavam pessoas envolvidas em atos terroristas. Eles foram jogados ao chão, golpeados, encapuzados e colocados no portamalas de um carro da polícia. O carro seguiu até um local afastado, onde foram golpeados com uma escopeta, torturados e assassinados mediante tiros de arma de fogo na cabeça, tórax e outras partes do corpo. Os corpos dos irmãos foram deixados no necrotério de um hospital como não-identificados, e apresentados pelos agentes estatais como terroristas mortos em um enfrentamento armado⁸⁰.

Após a morte dos menores, os familiares das vítimas foram afetados por variadas formas. Foram por diversas ocasiões intimidados por agentes da DINCOTE (*Dirección Nacional Contra el Terrorismo*), que invadiram sua casa, seguiam os membros da família e ofereceram dinheiro aparentemente a mando de autoridades. Além disso, entre outras dificuldades, a mãe dos jovens teve sua saúde deteriorada, a irmã mais velha que estava no final da gestação perdeu o filho devido a problemas nervosos, e sua outra irmã, Lucy Rosa Gómez Paquiyauri, foi detida em 1992 e liberada quatro anos depois⁸¹.

Os pais das vítimas buscaram justiça porém o crime permaneceu parcialmente impune. Apesar dos dois autores materiais do crime terem sido condenados, foram libertados cerca de um ano depois. Ainda, não obstante as diversas ordens de captura, o autor intelectual do crime, um capitão da polícia, não foi localizado⁸².

Considerações e Decisões da Corte

A) Sobre os direitos violados

A Corte verificou que os seguintes direitos estabelecidos na Convenção Americana foram violados: direito à vida (Artigo 4.1), direito à liberdade pessoal (Artigo 7), direito à integridade pessoal (Artigo 5), direito às garantias judiciais e proteção judicial (Artigos 8 e 25), direitos da criança (Artigo 19), e proteção à honra e dignidade (Artigos 11), todos em relação à obrigação de

respeitar direitos (Artigo 1.1). Ademais, a Corte verificou que houve a violação do Artigo 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura.

Sobre a violação do direito à vida, a Corte ressaltou que esta obrigação apresenta modalidades especiais no caso de menores de idade, considerando as normas internacionais de proteção às crianças⁸³.

Quanto à violação do direito à liberdade pessoal, a Corte concluiu que a detenção dos irmãos foi arbitrária e ainda *agravada* pelo fato que foram torturados e executados extrajudicialmente no marco da chamada “luta antiterrorista”, além de se encontrarem desarmados, indefesos e ainda serem menores⁸⁴.

Sobre o direito à integridade pessoal, a Corte verificou que este direito foi violado em relação aos familiares dos irmãos Gómez Paquiyauri da seguinte forma:

“(…) la vulneración del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri es consecuencia directa de la detención ilegal y arbitraria de éstos el día 21 de junio de 1991; de los malos tratos y torturas sufridos por éstos durante su detención, y de la muerte de ambos aproximadamente una hora después de haber sido detenidos, así como de la presentación oficial de los hechos como ‘un enfrentamiento con elementos subversivos’. Todo lo señalado generó en sus familiares inmediatos sufrimientos e impotencia ante las autoridades estatales, razón por la cual, en este caso, los familiares pueden ser considerados víctimas de tratos crueles, inhumanos y degradantes (...)”⁸⁵

Em relação à violação do direito às garantias judiciais e à proteção judicial, a Corte fez uma ressalva que apesar de ter havido um processo judicial interno e dois indivíduos terem sido sancionados, o autor intelectual dos fatos não havia sido localizado. Assim, o Estado falhou em investigar efetivamente os atos, o que é particularmente grave em casos como o presente em que foi comprovado que houve tortura⁸⁶.

Como os irmãos Gómez Paquiyauri eram crianças de 14 e 17 anos quando sofreram as violações, a Corte verificou a violação aos direitos da criança, amplamente aceitos pela comunidade internacional. Segundo a Corte, o fato das vítimas serem crianças obriga que as violações das disposições contra a tortura sejam qualificadas de maneira mais grave⁸⁷. Ainda, os direitos da criança consagrados não apenas na Convenção Americana, mas nos demais instrumentos internacionais sobre a matéria ressaltam o dever do Estado em tomar medidas que protejam as crianças, prevenindo que ocorram situações como as apresentadas nesse caso.

Finalmente, a Corte verificou que as vítimas e os membros de sua família sofreram desapeço público, perseguição e discriminação pelo fato dos menores terem sido tratados como terroristas. Assim, o Estado falhou em proteger a honra e a dignidade dos familiares das vítimas, violando assim o Artigo 11 da Convenção Americana⁸⁸.

B) Sobre as reparações

Com respeito às medidas de satisfação e garantias de não repetição, assim como nos demais casos, a Corte decidiu que o Estado deverá investigar os fatos que geraram as violações, identificar e sancionar os responsáveis que permanecem impunes⁸⁹. Também, o Estado deverá publicar partes da sentença em seu diário oficial e realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional e em desagravo aos familiares dos irmãos Gómez Paquiyauri, na sua presença, e das mais altas autoridades do Estado⁹⁰.

Ademais, o Estado deverá dar oficialmente o nome de Rafael Samuel e Emilio Moisés Gómez Paquiyauri a um centro educativo da província de El Callao, durante uma cerimônia pública a realizar-se com a presença dos familiares das vítimas preservando, assim, sua memória⁹¹.

Ainda, considerando que Rafael Samuel teve uma filha, Nora Emely Gómez Peralta, quem não teve a oportunidade de conhecer o pai, a Corte determinou que o Estado deverá facilitar o seu registro como filha de Rafael Samuel e proporcionar a ela uma bolsa de estudos até o atingir o nível universitário⁹².

Por fim, a Corte determinou indenizações a serem repartidas entre os familiares das vítimas no total de 240,5 mil dólares pelos danos materiais, e 500 mil dólares pelos danos não-materiais, além do referente aos custos e gastos⁹³.

Sobre a responsabilidade internacional agravada

No Caso Gómez Paquiyauri, a Corte afirmou que o Estado incorreu em responsabilidade internacional agravada, baseando-se no seguinte:

“(…) la responsabilidad del Estado se ve agravada por existir en el Perú en la época de los hechos una práctica sistemática de violaciones de derechos humanos, entre ellas ejecuciones extrajudiciales, de personas sospechosas de pertenecer a grupos armados, realizadas por agentes estatales siguiendo ordenes de jefes militares y policiales. Dichas violaciones graves infringen el *jus cogens* internacional. Asimismo, para la determinación de la responsabilidad

agravada, se debe tomar en cuenta que las presuntas víctimas de este caso eran niños.”⁹⁴

Neste caso a Corte associou diretamente o caráter grave das violações cometidas à infração de normas *o jus cogens*. Além da proibição da tortura e das execuções extrajudiciais serem consideradas como normas peremptórias de direito internacional, as quais não podem ser derogadas mesmo em situações em que o Estado decreta estado de emergência, o fato das vítimas serem menores de idade acrescenta gravidade às violações cometidas. Tais fatos trazem conseqüências diretas à natureza das reparações determinadas.

V. CONCLUSÃO

O desenvolvimento da Proteção Internacional dos Direitos Humanos, impulsionado pela consciência jurídica universal, não se acanha diante das limitações impostas pela política, pois certos episódios não dependem de classificações formais para ter o efeito de desafiar os valores humanos mais fundamentais, chocando assim a comunidade internacional como um todo. O capítulo da Responsabilidade Internacional dos Estados, fundamental para a consecução dos fins da totalidade do ordenamento jurídico internacional, deve satisfazer as necessidades da comunidade internacional em repudiar aquelas violações ao Direito Internacional que atentem contra seus interesses superiores.

Os resultados dos trabalhos da CDI, apesar destes terem sido extensos, se mostraram insuficientes para abranger todo o conteúdo das denominadas *violações graves de obrigações oriundas de normas peremptórias de direito internacional geral*, que substituíram a noção de *crimes internacionais* presente no primeiro projeto de artigos sobre o tema da responsabilidade internacional. Essa mudança de termos, que na verdade não implica em alteração *ratione materiae*, constitui uma seqüela decorrente da

persistente comparação entre o termo *crime internacional* com categorias de direito penal interno, o que impede que um regime *agravado* de responsabilidade internacional do Estado emerja.

Os casos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos considerados no presente trabalho mostram que é possível, ao menos no domínio dos direitos humanos, estabelecer a responsabilidade *agravada* de Estados quando estes usam seu aparelho burocrático para intencionalmente vulnerar os direitos de indivíduos sob sua jurisdição, provocando, assim, violações graves a normas imperativas. Pode-se perceber as conseqüências disso ao se analisar as variadas formas de reparação determinadas nos referidos casos, as quais objetivam tanto ressarcir (por meio das indenizações às vítimas e aos seus familiares) quanto sancionar (por meio da investigação dos atos e da punição dos responsáveis). As reparações determinadas têm como propósito não apenas a garantia de não-repetição das violações perpetradas, mas a realização de justiça e o fim da impunidade, o que beneficia não apenas as vítimas e seus familiares, mas toda a comunidade internacional.

Em conclusão, o desenvolvimento progressivo do direito internacional não pode ser por muito tempo inibido, principalmente quando os interesses mais fundamentais da comunidade internacional estão envolvidos. Para promover sua evolução no referente às violações graves de normas imperativas, ou se preferirem, os crimes de Estado, se faz premente o fortalecimento dos princípios que dão origem às normas de *jus cogens* e a consolidação das *obrigações erga omnes* no âmbito internacional. Para tanto, deve-se ter em mente que os destinatários últimos de toda norma internacional são os seres humanos, e que a função precípua do Estado é promover o bem comum, afastando em definitivo resquícios da concepção voluntarista do Direito Internacional.

NOTAS

1. RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por Violação de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 15.
2. CANÇADO TRINDADE, A.A. Os Rumos do Direito Internacional Contemporâneo: de um *Jus inter Gentes* a um Novo *Jus Gentium* no Século XXI. In CANÇADO TRINDADE, A.A. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 1088.
3. RAMOS, op. cit., p. 410.
4. CANÇADO TRINDADE, op. cit., p. 1095.
5. Entre eles, destacam-se: H. Grotius, E. de Vattel, L. Oppenheim, W.E.Hall, Lord MacNair, H. Lauterpacht, A. Verdross, R. Ago, e A.A. Cançado Trindade.
6. Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva OC-18/03 sobre a *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 17 de setembro de 2003, Voto Concorrente do Juiz A.A. Cançado Trindade, par. 53.
7. ZELADA, Carlos. *Ius Cogens y Derechos Humanos: Luces y Sombras para una Adecuada Delimitación de Conceptos*. In *Agenda Internacional*, n. 17, Lima, 2002.
8. Para mais informações, idem.
9. Cf. Opinião Consultiva OC-18/03, op. cit., par. 68.
10. Op.cit. Zelada, Carlos.
11. VERDROSS, A. *Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*. In *AJIL*, v. 60, p. 58, 1966.
12. Corte Internacional de Justiça, *Caso Barcelona Traction Light and Power Company, Limited* (Bélgica vs. Espanha).
13. BESNÉ MAÑERO, Rosario. *El Crimen Internacional – Nuevos Aspectos de la Responsabilidad Internacional de los Estados*. Bilbao: Universidad de Deusto, p.79.
14. Idem, p.79
15. Quinto Relatório sobre o Projeto de Código de Ofensas contra a Paz e a Segurança do Gênero Humano, Nações Unidas. Doc. A/CN.4/404, 1987.
16. JØRGENSEN, Nina H. B. *The Responsibility of States for International Crimes*. Oxford: Oxford University Press, 2003. pp. 108 e 109.
17. Cf. Convenção para a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, Artigo 2.
18. JØRGENSEN, op. cit., pp. 109-112.
19. Idem, p. 112.
20. BASSIOUNI, Cherif. *International Crimes: Jus Cogens and Obligatio Erga Omnes*. In *Law & Contemporary Problems*, n. 63, Autumn 1996.
21. JØRGENSEN, op. cit, p. 120.
22. Idem, p.119.
23. Ibidem, p. 97.
24. Em Direito Internacional, fala-se de regras primárias e secundárias. As regras primárias são aquelas que indicam quais ações são permitidas ou proibidas. Já as regras secundárias referem-se às consequências surgidas a partir da violação de uma regra primária.
25. AGO, Roberto. *Le délit international Recueil des Cours*, 68, pp. 419-554, Haia, 1939.
26. CRAWFORD, James. *First Report on State Responsibility*. UN Doc. A/CN.4/490/Add.1-3 (1998).
27. Crawford exemplifica que não existe no direito internacional qualquer norma que proíba o genocídio em larga escala, mas normas que simplesmente proíbem genocídio. Cf. UN Doc. A/CN.4/490/Add.1, par. 51.
28. Os governos de países do antigo bloco ocidental, em especial Estados Unidos, Reino Unido e França, formularam duras críticas à permanência da noção de crimes internacionais. Já os países ex-socialistas e os não-alinhados se mostraram favoráveis à noção de crimes internacionais desde que esta os permitisse denunciar os vestígios do colonialismo e do apartheid na África do Sul, mas fizeram ressalvas no que diz respeito às consequências legais da perpetração de tais crimes. Cf. SICILIANOS, Linos-Alexander. *The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility*. In *EJIL*, v.13, n. 5, pp.1129, 2002.
29. Cf. *Official Records of the General Assembly, fifty-sixth session, Supplement n. 10 (A/56/10)*, cap.IV.E.2. Report of the International Law Commission on the Work of its fifty-third Session, Commentaries to the Draft Articles on

Responsibility of the State for Internationally Wrongful Acts, p. 285, par. (7) e (8).

30. Entre os exemplos referidos, temos: artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados e as medidas cautelares do caso da CIJ sobre a aplicação da Convenção sobre Genocídio.
31. Diferentemente do projeto de artigos anterior, que considerava todos Estados como “Estados lesados” nos casos em que ocorresse um crime internacional, a CDI criou uma gradação para classificar os Estados afetados nos casos de violação de normas peremptórias, considerando como lesados apenas os Estados afetados diretamente. Cf. SICILIANOS, Lino-Alexander. The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility. *In EJIL*, v. 13, n. 5, pp. 1127-1145, 2002.
32. Cf. *Official Records of the General Assembly, fifty-sixth Session, Supplement n. 10 (A/56/10)*, cap.IV.E.2. Report of the International Law Commission on the Work of its fifty-third Session, Commentaries to the Draft Articles on Responsibility of the State for Internationally Wrongful Acts, p. 319, par. (1).
33. PELLET, Alain. Can a State Commit a Crime? Definitely, Yes!. *EJIL*, v. 10, n. 2, pp. 425-434, 1999.
34. *Idem*, pp. 425-434.
35. ABI-SAAB, Georges. The Uses of Article 19. *EJIL*, v. 10, n. 2, pp. 339-351, 1999.
36. Para mais informações sobre o tema, vide WYLER, Eric. From ‘State Crime’ to Responsibility for Serious Breaches of Obligations under ‘Peremptory Norms of General International Law’. *EJIL*, v. 13, n. 5, pp. 1147-1160, 2002.
37. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mirna Mack Chang versus Guatemala*, sentença de 25 de novembro de 2003, Série C, n. 101, p. 57, par. 134.9.
38. O serviço de inteligência guatemalteco era composto pelos seguintes órgãos: a Seção de Inteligência do Exército, posteriormente denominada Direção de Inteligência do Estado Maior, e a unidade de inteligência do Estado Maior Presidencial. Cf. *Idem*, pp. 59 e 60, par. 134.14 a 134.18.
39. *Ibidem*, pp. 57 e 58, par. 134.10 e 134.11.
40. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mirna Mack Chang versus Guatemala*, sentença de 25 de novembro de 2003, Série C, n. 101, p. 58, par. 134.12 e 134.13.
41. *Idem*, pp. 55 e 56, par. 134.1 e 134.2.
42. *Ibidem*, p. 56, par. 134.3-134.6.
43. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mirna Mack Chang versus Guatemala*, sentença de 25 de novembro de 2003, Série C, n. 101, p. 57, par. 134.7.
44. *Idem*, pp. 60-82, par. 134.19-134.94.
45. *Ibidem*, pp. 82 e 83, par. 134.95-134.100.
46. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mirna Mack Chang versus Guatemala*, sentença de 25 de novembro de 2003, Série C, n. 101, pp. 83-85, par. 134.101-134.107.
47. *Idem*, p. 93, par. 158.
48. *Ibidem*, p. 109, par. 216.
49. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mirna Mack Chang versus Guatemala*, sentença de 25 de novembro de 2003, Série C, n. 101, p. 113, par. 232.
50. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Bulacio*, Sentença de 7 de junho de 2003. Série C, n. 99, par. 90; *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C, n. 98, par. 168; e *Caso del Caracazo. Reparaciones*, sentença de 29 de agosto de 2002. Serie C, n. 95, par. 94.
51. Cf. *Caso Myrna Mack Chang*, op. cit., p. 131, par. 286.
52. Para mais informações: JØRGENSEN, op. cit., pp. 187-207.
53. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre Plan de Sánchez versus Guatemala*, Reparaciones, Voto Explicativo do juiz A.A. Cançado Trindade, par. 25.
54. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mirna Mack Chang versus Guatemala*, sentença de 25 de novembro de 2003, Série C, n. 101, pp. 27 e 87, par. 114 e 139.
55. *Idem*, p. 1, par. 2.
56. *Ibidem*, p. 7, par. 19.
57. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mirna Mack Chang versus Guatemala*, sentença de 25 de novembro de 2003, Série C, n. 101, p. 6, par. 14.
58. *Idem*, p. 11, par. 29.
59. *Ibidem*, p. 12, par. 32.
60. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mirna Mack Chang versus Guatemala*, sentença

- de 25 de novembro de 2003, Série C, n. 101, p. 16, par. 43.
61. *Idem*, p. 17, par. 45 e 46.
62. *Ibidem*, p. 19, par. 53.
63. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre Plan de Sánchez versus Guatemala*, sentença de 29 de abril de 2004, Série C, n. 105, pp.11-12, par. 42.9-42.12.
64. *Idem*, pp.13-14, par. 42.15-42.21.
65. *Ibidem*, pp.14-15, par. 42.22-42.27.
66. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre Plan de Sánchez versus Guatemala*, sentença de 29 de abril de 2004, Série C, n. 105, p. 15, par. 42.25-27.
67. *Idem*, pp. 16-19, par. 42.32-42.46.
68. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre Plan de Sánchez versus Guatemala*, Reparações, sentença de 19 de novembro de 2004, Série C, n. 116, p. 57, par. 94-98.
69. *Idem*, p. 99, par. 100-101.
70. *Ibidem*, p. 99-100, par. 102-103.
71. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre Plan de Sánchez versus Guatemala*, Reparações, sentença de 19 de novembro de 2004, Série C, n. 116, pp. 101-102, par. 94-98.
72. *Idem*, p. 100, par. 104.
73. *Ibidem*, pp. 73-80, 84-93, 103-104, par. 72-76, 80-89, 116-117, e 119.
74. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre Plan de Sánchez versus Guatemala*, Reparações, Série C, n. 116, Explicação de voto do juiz A.A. Cançado Trindade, pp. 6 e 7, par. 22 e 33.
75. É importante ressaltar que em seu relatório *Guatemala – Memoria Del Silencio*, a Comissão de Esclarecimento Histórico da Guatemala, estabeleceu a ocorrência de “atos de genocídio”, que se diferenciam de uma “política genocida” por não ter como objetivo final o extermínio de um grupo, mas sim outros fins políticos, econômicos, militares ou de qualquer outra índole. Apesar dessa diferenciação fundamentada na intencionalidade dos atos cometidos, os meios para alcançar estes objetivos, indiferentemente, têm como resultado o extermínio total ou parcial do grupo.
76. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Masacre Plan de Sánchez versus Guatemala*, Reparações, sentença de 19 de novembro de 2004, Série C, n. 116, p. 24, par. 51.
77. *Caso Plan de Sánchez*, Reparações, *idem*, Explicação de voto do juiz A.A. Cançado Trindade, pp. 13-14, par. 33.
78. *Idem*, pp.14-15, par. 34-36.
79. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri versus Peru*, sentença de 8 de julho de 2004, Série C, n. 110, pp. 25-26, par. 67.
80. *Idem*, pp.26-29, par. 67.
81. *Ibidem*, pp.31-33, par. 67.
82. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri versus Peru*, sentença de 8 de julho de 2004, Série C, n. 110, pp. 29-31, par. 67.
83. *Idem*, p. 50, par. 124.
84. *Ibidem*, p. 41, par. 89.
85. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri versus Peru*, sentença de 8 de julho de 2004, Série C, n. 110, p. 48, par. 118.
86. *Idem*, pp.55-60, par. 137-156.
87. *Ibidem*, par. 170, p. 63.
88. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri versus Peru*, sentença de 8 de julho de 2004, Série C, n. 110, pp. 66-67, par. 182.
89. *Idem*, pp. 79-81, par. 227-233.
90. *Ibidem*, p. 81, par. 234-235.
91. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri versus Peru*, sentença de 8 de julho de 2004, Série C, n. 110, pp. 81-82, par. 236.
92. *Idem*, p. 82, par. 237-238.
93. *Ibidem*, pp. 71-78, par. 201-210 e 211-222.
94. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri versus Peru*, sentença de 8 de julho de 2004, Série C, n. 110, p. 36, par. 76.

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EL DESAFIO DE REPARAR LAS VIOLACIONES DE ESTOS DERECHOS¹



CLAUDIO NASH ROJAS

Coordinador del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Una materia de vital trascendencia que ha emergido en el sistema internacional de derechos humanos es la obligación de reparar las violaciones de derechos humanos. Uno de los sistemas que más han aportado a este tema es precisamente el sistema interamericano de derechos humanos, particularmente a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por ello centraremos nuestro análisis en su jurisprudencia contenciosa. En concreto, nos proponemos: (i) revisar un panorama general sobre los estándares internacionales en materia de reparaciones; (ii) revisar la jurisprudencia de la Corte en materia de reparaciones y a partir de este análisis reseñar su evolución y las innovaciones en los parámetros tradicionales sobre reparaciones; (iii) intentaremos explicar cuáles son las razones que explican esta evolución, innovaciones y modificaciones de criterios, y (v) finalmente, a modo de reflexión, formularemos algunos criterios que nos parece pueden desprenderse de la jurisprudencia de la Corte en materia de reparaciones.

I. LA RESPONSABILIDAD Y EL DEBER DE REPARACION EN EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. NOCIONES GENERALES SOBRE LA RESPONSABILIDAD.

En el derecho internacional público se define la responsabilidad en los siguientes términos:

“Es una institución jurídica en virtud de la cual el Estado al cual le es imputable un acto ilícito según derecho internacional, debe reparación al Estado en contra el cual fue cometido ese acto”².

Se ha establecido que “de acuerdo con la doctrina admitida comúnmente, la responsabilidad internacional es siempre una relación de Estado a Estado”,³ esto es, supone que un Estado dañe a otro Estado y que éste solicite la reparación por el daño causado.

Sobre el fundamento de la responsabilidad internacional en el derecho clásico, se han sostenido diversas tesis⁴, primando la idea de que la responsabilidad se fundamenta en la contrariedad de la actuación del Estado con la norma internacional a la que se encuentra obligado en forma voluntaria, a través de un tratado o del derecho consuetudinario. Así nos señala el profesor ROUSSEAU:

“El único fundamento de la responsabilidad es, en realidad, *el incumplimiento de una regla del derecho internacional*; y es la solución que se emplea cada vez más en la doctrina y en la práctica”⁵.

Los elementos que componen el hecho ilícito serían los siguientes:

- a) existencia de un acto u omisión que viole una obligación establecida por una norma del derecho internacional vigente entre el Estado responsable del acto u omisión y el Estado perjudicado por dicho acto u omisión;
- b) dicho acto de carácter ilícito le debe ser imputable al Estado en su calidad de persona jurídica.

A juicio de Jiménez de Aréchaga dicha responsabilidad es objetiva y no debe estar a los aspectos subjetivos del sujeto que ha actuado en representación o por el Estado involucrado en los hechos⁶. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia internacional y la doctrina, señalando

que la responsabilidad es independiente de la voluntad del Estado y sus agentes⁷.

Debemos tener presente que parte importante de la doctrina ha señalado que el daño no es necesariamente un requisito para el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado, bastando el incumplimiento imputable al Estado, sin que sea necesario que además, se produzca un daño a partir de dicho incumplimiento⁸.

Esta es la tesis de AGO⁹ quien en su Segundo Informe sobre la Responsabilidad de los Estados señala que sólo dos son los elementos necesarios: comportamiento atribuible al Estado como sujeto del Derecho Internacional y la contravención de la norma. A juicio de AGO, toda violación a las normas internacionales constituye de por sí un daño o perjuicio. En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión de Derecho Internacional, quien ha establecido en el artículo 1° del Proyecto sobre Responsabilidad de los Estados “todo hecho internacionalmente ilícito de un Estado da lugar a la responsabilidad internacional de este”¹⁰, determinado como requisitos: la contravención de la norma y la atribución de esta al Estado¹¹.

El ilícito internacional ha sido conceptualizado como un hecho complejo, toda vez que para su perfeccionamiento deben concurrir dos elementos: el incumplimiento de la obligación y la falta de reparación del mismo en el derecho interno¹².

2. NOCIONES GENERALES SOBRE LAS REPARACIONES

La obligación que tienen los Estados de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos se considera como uno de los principios del derecho internacional público en materia de responsabilidad del Estado y así ha sido reconocido tanto por la doctrina y por la jurisprudencia, además de su recepción en tratados específicos.

Su vinculación como uno de los principios del Derecho Internacional y, por tanto, aplicable como fuente de obligaciones, aún respecto de los Estados que no sean parte de dichas Convenciones especiales, ha sido consagrada por la Justicia Internacional entre estados y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado ‘incluso una concepción general de derecho’, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo”¹³.

De esta forma, hoy es evidente y no es materia de discusión, que los Estados están obligados a reparar a las víctimas de infracciones a las obligaciones internacionales. Dicha obligación es un principio del derecho internacional público¹⁴ y una norma acogida por el sistema contencioso público¹⁵ como especializado en derechos humanos¹⁶.

Los criterios de reparación que ha establecido el derecho internacional público son la restitución, la compensación, la rehabilitación y la satisfacción y garantías de no repetición¹⁷.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Una de las mayores innovaciones en el derecho internacional provocada por el derecho internacional de los derechos humanos ha sido el surgimiento de una nueva concepción de la responsabilidad internacional del Estado¹⁸. En efecto, la relación de responsabilidad ya no se encuentra más definitiva por una relación entre Estados, sino que los sujetos son el Estado, con la obligación de respetar dichos derechos y libertades fundamentales y los individuos, con la posibilidad de exigir su cumplimiento ya no como una mera concesión del Estado, sino como una obligación de este¹⁹. Incluso, podemos afirmar que existe una relación triangular, donde se relacionan el Estado obligado, los ciudadanos y todos los demás Estados como garantes del respeto a los derechos humanos.

Asimismo, podemos observar que el objeto de protección cambia, ya no estamos ante simples obligaciones entre Estados, sino que el objeto de protección son las personas, por lo que la responsabilidad del Estado es absoluta a su respecto y no puede verse disminuida ni agotada por la mera voluntad de uno de los sujetos de la obligación²⁰.

En el sistema interamericano, a partir de la sentencia “La Última Tentación de Cristo”, la Corte Interamericana estableció claramente que el ilícito internacional por violaciones a los derechos humanos se produce en el momento en que el Estado actúa en violación de una norma obligatoria, sin necesidad de que exista falta o culpa por parte del agente, ni tampoco que se produzca un daño²¹.

III. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO POR VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

1. BASES NORMATIVAS

La normativa básica que fija la responsabilidad para los Estados parte de la Organización de Estados Americanos, es primariamente, la Carta de la Organización y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre²². La normativa convencional especializada relativa a obligaciones de derechos humanos está configurada por los instrumentos regionales especializados, cuyo principal documento es la Convención Americana sobre Derechos Humanos²³.

Estas normas de derechos humanos generan “obligaciones erga omnes de efectos triangulares”²⁴, lo que se traduce en la obligación que adquiere el Estado respecto de todos los Estados partes de la Convención y, a su vez, frente a todos los individuos sujetos a su jurisdicción, quienes son los directos destinatarios de los derechos protegidos y reconocidos por la Convención. Dichas normas establecen “obligaciones objetivas”²⁵, en cuanto estas crean un sistema u orden público comunitario e interamericano de protección a los derechos de los individuos y no busca crear derechos subjetivos y recíprocos en favor de los Estados.

En consecuencia, el sistema general y el especial, según sea el caso, va a definir las obligaciones internacionales que los Estados deben respetar, bajo sanción de ver comprometida su responsabilidad internacional.

2. LAS VIOLACIONES DE LAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

2.1 LAS OBLIGACIONES DE RESPETAR Y DE GARANTIZAR

El artículo 1 de la Convención Americana establecen dos importantes obligaciones para los Estados Partes: respetar los derechos humanos de todos

los individuos sujetos a su jurisdicción y garantizar su ejercicio y goce. Son éstas obligaciones de exigibilidad inmediata en el plano internacional.

La obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen directamente los derechos humanos establecidos en la Convención, ya sea por acción u omisión. La obligación de garantizar le exige emprender las acciones necesarias para asegurar que todas las personas sujetas a su jurisdicción estén en condiciones de ejercerlos y de gozarlos²⁶. La Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó exhaustivamente el contenido general de la obligación de garantizar en el caso Velásquez Rodríguez²⁷, que trataba de una desaparición en Honduras y en su sentencia señaló:

“La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.

Consecuencialmente, en materia de derechos humanos, el Estado no puede limitarse a no incurrir en conductas violatorias de dichos derechos, sino que debe emprender acciones positivas, esto es, todas aquéllas necesarias para que todos los habitantes sujetos a la jurisdicción de ese Estado puedan ejercer y gozar sus derechos humanos²⁸.

2.2 LA OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS PARA HACER EFECTIVOS LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONVENCIÓN. SU INTERPRETACIÓN Y SU ALCANCE

La Convención en su artículo 2 consagra la obligación del Estado Parte de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, si el ejercicio de dichos derechos no

estuviere ya garantizado en el Estado por disposiciones legislativas o de otro carácter²⁹. Es ésta una obligación propia de todo Estado que se hace parte de cualquier tratado, sea o no de derechos humanos, ya que éstos deben ser cumplidos (*pacta sunt servanda*).

En el contexto de la Convención la norma obliga al Estado a desarrollar en su legislación aquellos derechos que en su formulación internacional carecen de la precisión necesaria para que puedan ser aplicados por los órganos del Estado y para invocados ante los tribunales de justicia.

2.3 IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Para los efectos de determinar la responsabilidad del Estado es necesario “decidir si los hechos demostrados son o no imputables al Estado, lo cual exige un examen detenido respecto de las condiciones en las cuales un determinado acto u omisión que lesione uno o más de los derechos consagrados por la Convención Americana, puede ser atribuido a un Estado parte y, en consecuencia, comprometer su responsabilidad según las reglas del derecho internacional”³⁰. En consecuencia, cuando nos referimos a la atribución de responsabilidad estamos haciendo referencia a aquellos actos cometidos por un órgano o agente del Estado, que por su actividad o inactividad, puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado.

La Comisión de Derecho Internacional, en sus trabajos sobre la responsabilidad internacional del Estado, ha establecido ciertos parámetros sobre los cuales puede atribuirse responsabilidad al Estado³¹, los que son concordantes con la jurisprudencia que han desarrollado ha sido plenamente aplicada por las Cortes internacionales de derechos humanos³².

De esta forma, tenemos que el Estado puede ser responsable por las violaciones a sus obligaciones internacionales cometidas en forma directa por sus agentes (de cualquier órgano del Estado), ya sea que dicha responsabilidad emane de una omisión o de una acción positiva³³. Pero la responsabilidad del Estado va más allá y este debe actuar en aquellos casos en que particulares afectan los derechos convencionales, es decir, la omisión de prevenir las violaciones y de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionales acarrea la responsabilidad del Estado³⁴, lo mismo ocurrirá cuando no actúe frente a estas violaciones por particulares para investigar, condenar, sancionar a los culpables y reparar a las víctimas³⁵.

III. CONSECUENCIAS DE LA RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

1. BASE NORMATIVA

En el sistema de la Convención no existe una norma general y expresa que fije las consecuencias de las violaciones a los derechos y libertades establecidos en su texto. Sólo en relación con las facultades de la Corte Interamericana nos encontramos con el artículo 63. 1, que establece:

“Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos o el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”³⁶.

Esta norma, según lo expresa el profesor GROS ESPIELL³⁷, es similar y análoga con el art. 50 de la Convención Europea de Derechos Humanos, por lo cual la jurisprudencia general sobre la materia generada por dicho órgano de protección a los derechos humanos puede ser aplicada por la Corte Interamericana. En consecuencia, el referido artículo 63.1, constituye la adopción por parte de la Convención de un principio del derecho internacional (incluso consagrado expresamente por la Convención Europea) y, en general, del Derecho sobre la responsabilidad en orden a que quien daña a otro debe ser obligado a reparar los perjuicios causados, indemnizando.

A juicio de la Corte Interamericana, el artículo 63. 1 de la Convención “constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del actual derecho de gentes tal como lo han reconocido esta Corte (...) y la jurisprudencia de otros tribunales(...)”³⁸. En un fallo reciente, aplicando este criterio, señala:

“Tal como ha indicado la Corte, 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. De esta manera, 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”³⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en consideración que, a diferencia del artículo 50 de la Convención Europea y de la práctica internacional, el artículo 63.1 de la Convención no se remite al derecho interno para el cumplimiento de la responsabilidad del Estado⁴⁰.

La consecuencia inmediata de dicha omisión es que no procede en el sistema interamericano que un Estado excuse su responsabilidad en el hecho que la reparación de la acción u omisión dañosa no se encuentra contemplada, como tal, dentro de su jurisdicción interna, toda vez que la Convención es autónoma en la materia y la Corte ejerce al respecto plena jurisdicción; consecuentemente, no está relacionada, ni supeditada a otros tratados sobre la materia. Así lo ha aclarado, además, la propia Corte:

“Ninguna parte de este artículo [63.1.] hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquella no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencia del derecho nacional, sino con independencia del mismo”⁴¹.

En segundo lugar, como consecuencia del artículo 63.1 de la Convención la responsabilidad del Estado se encuentra determinada por el derecho internacional, no sólo en cuanto a la tipicidad de la violación, sino que en todo lo que diga relación con las consecuencias del hecho dañoso.

“La obligación contenida en el artículo 63.1 de la Convención es de derecho internacional y éste rige todos sus aspectos, como, por ejemplo, su extensión, sus modalidades, sus beneficiarios, etc. Por ello, la presente sentencia impondrá obligaciones de derecho internacional que no pueden ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno”⁴².

2. HACIA UNA NOCIÓN DE REPARACIÓN

Según la tesis clásica del derecho internacional público la “reparación es la consecuencia principal de la responsabilidad internacional del Estado”⁴³. La naturaleza de dicho efecto es de carácter compensatorio y no punitivo, tal como lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia⁴⁴.

Atendida su naturaleza compensatoria y no punitiva, el límite establecido para la reparación es el perjuicio causado por el ilícito cometido, es decir, en la especie se recurre al “principio de la equivalencia de la reparación con el perjuicio”⁴⁵.

A juicio de la Corte, la responsabilidad no puede extenderse a elementos ajenos de aquellos efectos inmediatos del acto, pero, además, dichos efectos inmediatos deben estar jurídicamente tutelados, lo cual nos lleva a la idea que el efecto dice relación con el bien jurídico protegido a partir del derecho o libertad consagrado en la Convención⁴⁶.

La Corte Interamericana ha conceptualizado la reparación en el contexto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los siguientes términos:

“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados”⁴⁷.

De este concepto de reparación que nos da la Corte Interamericana podemos extraer sus elementos centrales y característicos; en general, dichos elementos se vinculan con la protección de los derechos humanos y no sólo con la relación entre Estados; en efecto, la reparación consiste en restablecer la situación de la víctima al momento anterior al hecho ilícito, borrando o anulando las consecuencias de dicho acto u omisión ilícitos. Esta restitución a las condiciones anteriores implica dejar sin efecto las consecuencias inmediatas del hecho, en todo aquello que sea posible y en indemnizar -a título de compensatorio- los perjuicios causados, ya sean estos de carácter patrimonial, como extrapatrimonial.

Importa destacar que en materia de derechos humanos debe primar un criterio diverso al utilizado por el derecho *iusprivatista* y que ha sido también recogido por el derecho internacional público, esto es, mirar la responsabilidad desde el sujeto dañador⁴⁸. En materia de derechos humanos y en particular, en lo que dice relación con las reparaciones, es fundamental mirar el tema desde la óptica de la víctima, esto es, determinar cómo se puede restituir a la persona afectada en sus derechos fundamentales, cómo puede el derecho

restablecer la situación, no solo patrimonialmente, sino que integralmente, mirando a la persona como un todo⁴⁹.

IV. LAS MODALIDADES QUE ADOPTA LA OBLIGACIÓN DE REPARAR

Nos corresponde ahora determinar las formas o modalidades de reparación. La Corte Interamericana ha asumido un concepto amplio de reparaciones:

“La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la *restitutio in integrum* de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte (...). La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos”⁵⁰.

La reparación consiste en cumplir efectivamente y de buena fe la obligación originaria. En las obligaciones de hacer, la reparación consiste en la *perpetuatio obligationis*, esto es, cumplimiento específico de la obligación primaria contraída. En el caso de las obligaciones de no hacer, la reparación consistirá en la *restitutio in integrum*, esto es, dejar sin efecto los actos que incumplieron con la obligación y los perjuicios que dicha acción pudiera haber ocasionado⁵¹.

Es importante destacar que en materia de derechos humanos, atendido el hecho que en juego se encuentran derechos y libertades que no están en el ámbito de disponibilidad del Estado, el medio primario o prioritario de reparación será la *perpetuatio obligationis* o la *restitutio in integrum*, según sea el caso; las indemnizaciones sólo procederán en aquellos casos en que el cumplimiento de lo debido no sea posible⁵².

1. REPARACIONES MATERIALES

Cuando no es posible el cumplimiento de la obligación violada, la reparación debe tomar un rumbo diverso. Al respecto la Corte Interamericana nos ha señalado:

“La regla de la *restitutio in integrum* se refiere a una de las formas de reparación de un acto ilícito internacional (*cf.* Usine de Chorzów, *fond, supra* 33, p. 48), pero no es la única modalidad de reparación, porque puede haber casos en que la *restitutio* no sea posible, suficiente o adecuada. La indemnización corresponde en primer término a los perjuicios sufridos por la parte lesionada, y comprende, como esta Corte ha expresado anteriormente, tanto el daño material como el moral”⁵³.

Es decir, la Corte recoge el criterio correcto y reconoce que existen ciertos casos en que no es posible borrar los efectos del ilícito, por lo cual, el concepto de la *restitutio in integrum* se muestra insuficiente e ineficaz para el fin reparador que debe contener y perseguir toda sentencia de acuerdo al artículo 63.1 de la Convención, por lo que por esta vía quedan abiertos otros caminos de reparación y, en consecuencias, este concepto adquiere un carácter amplio o “plural”⁵⁴.

En términos generales, tanto el derecho internacional público tradicional, como el derecho internacional de los derechos humanos, han determinado que la indemnización constituye la forma más usual de reparación por daños producidos por violaciones a obligaciones de carácter internacional⁵⁵. Si bien compartimos esta tesis, mantenemos nuestra aprehensión en orden a limitar el campo de las indemnizaciones, ubicándolas en su justa medida, cual es, una forma de reparación, pero no la única ni la más importante. Al efecto las formas de reparación no materiales tienen un papel importante y la Corte Interamericana ha ido ampliando su uso y aplicación⁵⁶.

Sobre el contenido de la indemnización, la Convención en el artículo 63.1 se limita a señalar que esta debe ser una “justa indemnización”, sin señalar los elementos que esta “justa indemnización” debe contener. De esta manera, siguiendo el criterio de la Corte, este contenido debe ser llenado por los “principios del derecho internacional”⁵⁷. Al respecto se ha establecido que la indemnización debe ser comprensiva del daño material directo (daño emergente) e indirecto (el lucro cesante o pérdida de ingresos) y el inmaterial o daño moral.

1.1 EL DAÑO MATERIAL DIRECTO (DAÑO EMERGENTE)

El daño emergente es equivalente a los gastos directos e inmediatos que ha debido cubrir la víctima o sus representantes con ocasión del ilícito. Básicamente representa todos aquellos gastos que, en forma razonable y demostrable, hayan incurrido las víctimas con el objeto de reparar el ilícito, o bien, anular sus efectos. En los procesos seguidos ante la Corte Interamericana ha sido un elemento básico que se aporten los medios de prueba que acrediten la efectividad y cuantía de estos gastos, no siendo suficiente que estos sean simplemente invocados⁵⁸.

A partir de la sentencia dictada en el caso de Loayza Tamayo⁵⁹, se desprenden ciertos criterios que la Corte ha mantenido a futuro:

- a) reparación por los salarios que deja de percibir la víctima en razón de la violación de los derechos convencionales;
- b) compensar los gastos médicos en que haya incurrido la víctima o sus familiares en razón de la violación convencional;⁶⁰
- c) gastos en que hayan incurrido los familiares específicamente en la búsqueda de la víctima, en sus visitas, etc.;⁶¹
- d) reparación por las pérdidas patrimoniales de los familiares por motivos imputables al Estado vinculados directamente con la violación de los derechos de la víctima;⁶²
- e) Gastos médicos futuros que pueda involucrar un tratamiento vinculado con las violaciones convencionales.⁶³

En esta materia debe tenerse presente que la Corte ha ido variando sus criterios en cuanto a la prueba necesaria para hacer procedente estos gastos. De hecho en una primera etapa se exigía una prueba de cada uno de estos gastos y su vinculación con el caso⁶⁴; en los fallos recientes, dicho criterio se ha flexibilizado y ha comenzado a presumirse la efectividad de los gastos y el criterio para su valorización ha sido el de la equidad⁶⁵.

1.2 EL DAÑO MATERIAL INDIRECTO (LUCRO CESANTE O PÉRDIDA DE INGRESOS)

En cuanto a la indemnización del lucro cesante, la Corte Interamericana ha desarrollado una interesante jurisprudencia, ya que ha analizado dicho aspecto con un criterio amplio y progresista, aunque sin apartarse de los conceptos *iusprivatistas* sobre la reparación.

En casos de ilícitos consistentes en la muerte de una persona, la Corte ha determinado que el lucro

cesante debe calcularse “de acuerdo con los ingresos que habría de recibir la víctima hasta su posible fallecimiento natural”⁶⁶, fallecimiento este que debe ser considerado atendida las expectativas de vida en el país del cual era natural la víctima⁶⁷. En este sentido la Corte ha desarrollado todo un criterio para la determinación del lucro cesante. Así ha establecido que debe estarse a las expectativas de vida laboral en el país respectivo y a los ingresos posibles de la víctima; en caso que esto no sea posible de determinar, se ha recurrido a determinarlo sobre la base de los ingresos mínimos establecidos en la legislación interna, ya sea el ingreso general, o bien, aquel correspondiente a las labores que desempeñaba la víctima⁶⁸.

Sobre esta base, la Corte realiza la distinción de acuerdo a si la indemnización le corresponde a la víctima afectada por incapacidad total o absoluta, o bien, dicha indemnización le corresponde a los familiares directos de dicha persona⁶⁹, fijando en este segundo caso un criterio de mayor flexibilidad a la hora de ponderar la indemnización.

En fallos recientes⁷⁰ la Corte ha cambiado su criterio para fijar esta indemnización por concepto de lucro cesante y ha determinado el monto sobre la base del principio de equidad, sin hacer las disquisiciones antes señaladas. Al efecto, nos parece interesante señalar que existe una sentencia de transición, cual es, la sentencia de reparaciones en el caso Cantoral Benavides; en dicha sentencia si bien la Corte hizo las acostumbradas disquisiciones sobre las bases de cálculo para determinar los ingresos que la víctima dejó de percibir con ocasión del ilícito cometido por el Estado, al momento de fijar la indemnización, lo hizo en base al criterio de equidad⁷¹.

En caso que el beneficiario de la indemnización sea un familiar de la víctima, la Corte ha sostenido un criterio amplio y ha señalado que en dichos casos debe estarse a “una estimación prudente”⁷², tomando en consideración que no puede seguirse un criterio estricto como el antes señalado, toda vez que dichos familiares pueden tener otros ingresos, por lo que la Corte debe evaluar todos estos elementos al momento de determinar el monto de la indemnización por lucro cesante y que esta no sea una causa de enriquecimiento ilícito para las víctimas indirectas del hecho dañoso.

Atendido que en los casos de determinación del lucro cesante se hace una proyección de largo plazo, la Corte ha tenido en cuenta los procesos inflacionarios que afectan normalmente a la región y de esta forma ha sido cuidadosa en fijar las indemnizaciones en un procedimiento donde se establezca con precisión la remuneración percibida por la víctima al momento de su fallecimiento, transformarla esta en dólares americanos y sumar a este monto un interés de carácter resarcitorio

y a partir de este proceso, realizar la proyección por años de vida útil probable⁷³.

En este caso, al igual que en la determinación y prueba del daño emergente, la Corte ha optado por remitirse a los medios de prueba del derecho interno de cada uno de los Estados⁷⁴.

Una situación especial se ha presentado para la Corte en la determinación del lucro cesante a partir de la presentación de casos en que la víctima estaba viva al momento de fijarse la indemnización. En este sentido la Corte se ha preocupado de varias situaciones, así ha fijado los dineros que la persona dejó de percibir en razón del ilícito como víctima directa⁷⁵; ha determinado, sobre la base de la acreditación en el proceso⁷⁶ las sumas que los familiares han dejado de recibir por deber iniciar acciones para buscar a sus familiares en casos de detención forzada⁷⁷; ha determinado las consecuencias económicas y laborales de la separación ilegal de funciones⁷⁸; las consecuencias económicas para los negocios de la víctima de una violación convencional como consecuencia de la acción del Estado⁷⁹, entre otras materias.

1.3 EL DAÑO MORAL

En relación con el daño moral la Corte ha señalado:

“que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violaciones de derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad”⁸⁰.

En primer lugar, al momento de determinar qué se entenderá por daños morales, la Corte no da un concepto claro, sino que este debe extraerse del contexto de las sentencia que han tratado el tema.

Una primera aproximación al tema por parte de la Corte que señala que “[L]a Corte debe abordar [ahora] la cuestión relativa a la indemnización del daño moral, que resulta principalmente de **los efectos psíquicos** que han sufrido los familiares...”⁸¹. Es decir, la Corte en un primer momento vincula el daño moral con aspectos y efectos de orden psíquicos sufridos por los familiares de la víctima de un caso de desaparición forzosa. Y tiene por acreditados los “efectos psíquicos” por sendos informe médicos que señalan trastornos sufridos por dichas personas⁸². Esta concepción del daño moral, como efecto o trastorno psíquico, nos parece restringida y peligrosa; en efecto, es restringida toda vez que los daños morales no sólo pueden traducirse en trastornos de carácter psíquico, sino que pueden tener otras manifestaciones que escapan de una calificación de trastorno o efecto psicológico, tales como efectos morales, afectación de expectativas, proyectos, sin que

lleguen a constituir un trastorno psicológico. En segundo lugar, nos parece peligrosa, toda vez que esta queda entregada a informes médicos que no siempre pueden considerar y cubrir los aspectos vinculados al daño moral.

Parece más apropiada la doctrina elaborada por la Corte en su fallo sobre caso Aloeboetoe y otros, de fecha 10 de septiembre de 1993, donde se señaló:

“El daño moral inflingido a las víctimas, a criterio de la Corte, resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a agresiones y vejámenes mencionados experimente un sufrimiento moral. La Corte estima que no se requieren pruebas para llegar a esta conclusión y resulta suficiente el reconocimiento de responsabilidad efectuado por Suriname en su momento”⁸³.

El razonamiento de la Corte se pronuncia derechamente por la doctrina del daño moral como *pretium doloris*, esto es, vincular el daño moral con el padecimiento y sufrimiento de la víctima⁸⁴. Sin perjuicio de las objeciones y reparos que se pueda tener con esta concepción del daño moral⁸⁵, nos parece más acertado como criterio que el sostenido por la Corte en el caso Velásquez Rodríguez, ya que supera los aspectos fundamentales, esto es, que no se vincula el daño con efectos psíquicos insuficientes muchas veces como criterio de valorización y omite la necesidad de prueba. En todo caso, nos parece que en situaciones particulares, podría acreditarse un daño mayor al “evidente” por medios de prueba particulares, por ejemplo, mediante peritajes médicos, testigos, u otros.

La jurisprudencia de la Corte ha evolucionado en la materia, agregando una nueva perspectiva, que si bien no es completamente diferente al criterio antes señalado, lo amplía y permite una mejor resolución de esta temática. En efecto, en fallos recientes⁸⁶ se ha formulado un nuevo acercamiento al tema a través del detalle de los elementos que comprendería el daño moral⁸⁷.

Por su parte, en la sentencia de reparaciones de los casos Bámaca Velásquez y Trujillo Oroza, la Corte fija como elementos del daño inmaterial:

“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*”⁸⁸ (destacado nuestro).

Como vemos, al concepto clásico vinculado a la aflicción, ya sea física o psíquica, ahora se agrega la

idea de “menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones”; así como la idea de que dichas perturbaciones pueden afectar las condiciones de existencia de la víctima o su familia. Al efecto, el menoscabo de valores no se circunscribiría a la aflicción psíquica, sino con una medición más objetiva, en cuanto al ilícito como un acto *per se* capaz de afectar la moral vigente, o bien, la moral particular de un grupo determinado⁸⁹. Además, la referencia a “otras perturbaciones” y la afectación de “las condiciones de existencia de la víctima o su familia”, nos señala una ampliación a esferas no propias del *pretium doloris* que aún la Corte no ha explorado con detalle, salvo en el tratamiento de la afectación al proyecto de vida (ver *infra*) como una afectación distinta al criterio ‘dolor’, dentro del daño moral.

En todo caso, la Corte ha sido especialmente prudente y cuidadosa al momento de establecer los montos de las indemnizaciones y así lo ha resuelto expresamente:

“Las expresiones ‘apreciación prudente de los daños’ y ‘principios de equidad’ no significan que la Corte puede actuar discrecionalmente al fijar los montos indemnizatorios. En este tema, la Corte se ha ajustado en la presente sentencia a métodos seguidos regularmente por la jurisprudencia y ha actuado con prudencia y razonabilidad al haber verificado *in situ*, a través de su Secretaría adjunta, las cifras que sirvieron de base a sus cálculos”⁹⁰.

De hecho en este sentido ha excluido cualquier indemnización punitiva para el Estado⁹¹. Debe tenerse en consideración en esta materia, los esfuerzos desplegados por el juez Cançado Trindade para ampliar esta perspectiva indemnizatoria a la luz de la consideración de un nuevo criterio de valoración, cual es, la “responsabilidad agravada del Estado”⁹². En la medida que sea aceptada esta concepción, se podría ampliar la reparación material de carácter indemnizatorio con un contenido punitivo. Parece que a través del daño moral puede encontrar expresión esta indemnización punitiva, sin necesidad de crear una nueva categoría indemnizatoria en la jurisprudencia de la Corte. Este es un camino que aún no es claro que la Corte vaya a seguir, aunque es muy interesante de tener en consideración⁹³.

Un criterio de importancia usado por la Corte al momento de fijar las indemnizaciones por daño inmaterial es determinar si este daño debe ser probado o no. Al efecto la Corte ha ido evolucionando en su apreciación sobre el tema. En una primera etapa la Corte usó elementos de prueba para tenerlo por acreditado⁹⁴, para luego, ir eliminando dicha exigencia, al menos en el caso de los padres. Así la Corte ha fijado ciertos criterios que a esta fecha parecen ser jurisprudencia constante y

pacífica. En primer lugar, que la víctima de violaciones a los derechos humanos, tales como, derecho a la vida, integridad personal, libertad personal no debe acreditar haber sufrido daño moral, toda vez que “resulta evidente, pues es propio de la naturaleza humana que toda persona sometida a torturas, agresiones y vejámenes (...) experimente dolores corporales y un profundo sufrimiento”⁹⁵. Con respecto a los padres, se hace extensivo el mismo criterio, ya que la Corte entiende que dichos padecimientos (los de la víctima) “se extienden de igual manera a los miembros más íntimos de la familia, particularmente a aquellos que tuvieron un contacto afectivo estrecho con la víctima”⁹⁶. Con respecto a aquellos familiares o miembros del núcleo cercano a la víctima, la Corte comienza a exigir un elemento de prueba cual es, acreditar el grado de cercanía con la víctima⁹⁷.

Ahora, nos parece pertinente señalar que estas presunciones de daño moral, para el caso de los padres y demás miembros del núcleo familiar, puede ser desvirtuada por el Estado⁹⁸.

Por último, la Corte ha fijado un criterio interesante, cual es, la posibilidad de indemnizar, por concepto de daño inmaterial, a un colectivo, esto es, a un grupo humano en cuanto tal⁹⁹. Nos parece interesante esta forma de indemnización toda vez que el sujeto de la indemnización es un colectivo; a diferencia de otras indemnizaciones relativas a grupos¹⁰⁰, en esta la reparación corresponde a un sujeto colectivo y no a meros beneficios para la comunidad, pero desligadas de una titularidad específica. En efecto, las sentencias de reparaciones en los casos *Aloeboetoe* y *Villagrán Morales*, si bien establecieron formas de reparación que beneficiaban a la comunidad, estas no se ordenaron en atención a la naturaleza del colectivo, sino que como formas de reparación vinculadas a las víctimas individuales (educación en un caso y memoria histórica en el otro).

En cuanto a la forma de fijar la indemnización por daño inmaterial, la Corte se ha guiado por el criterio de la equidad¹⁰¹. Al efecto, no podemos extraer de la jurisprudencia criterios claros en cuanto a la forma en que se fija la indemnización. Sólo contamos con un antecedente que es interesante resaltar, este se dio en el caso *Villagrán Morales*, al momento de fijar la indemnización por daño moral de los familiares directos de las víctimas asesinadas, la Corte tuvo

“presente las condiciones generales adversas de abandono padecidas por los cinco jóvenes en las calles, quienes quedaron en situación de riesgo y sin amparo alguno en cuanto a su futuro”¹⁰².

De ahí que pueda extraerse como conclusión que la Corte no sólo tiene en consideración el “dolor” sufrido

por los familiares, sino también las condiciones generales en la que se produce la violación. Además, ha tenido presente la forma en que se produce la violación, tomando en consideración los medios para llevarla a cabo y la afeción que esto pudo producir en las víctimas¹⁰³.

Debemos tener en consideración que a juicio de la Corte el daño moral que ha sufrido la víctima se incorpora a su patrimonio al momento de sufrirlo, por ello es transmisible a sus familiares con motivo de su fallecimiento¹⁰⁴, pudiendo estos reclamar por dicho daño y por el propio fundado en su personal afectación¹⁰⁵.

1.4 PROYECTO DE VIDA

A partir del fallo de reparaciones de Loayza Tamayo, la Corte introdujo un concepto que se ha prestado para confusiones y un mal tratamiento jurisprudencial: nos referimos al “proyecto de vida”. En efecto, dicho concepto fue vinculado por la Corte en dicho fallo a la idea de que una violación de los derechos convencionales puede tener no solo efectos patrimoniales y de daño moral, sino que además puede afectar las proyecciones que la persona podía tener sobre su existencia al momento de producirse dicho ilícito¹⁰⁶. En términos de la propia Corte: “el denominado ‘proyecto de vida’ atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”¹⁰⁷.

Si bien este es un concepto de alto interés, que ha sido analizado por la doctrina, principalmente, en el derecho privado¹⁰⁸ y que abre las puertas a análisis más profundos sobre la afectación de la persona como un todo y no como un mero sujeto material; el tratamiento dado por la Corte ha sido deficiente. Al efecto, podemos señalar que en el caso *Loayza Tamayo*, si bien se desarrolló el concepto, no se le cuantificó argumentando que ni la doctrina, ni la jurisprudencia estaban avanzadas, sin considerar que es la propia Corte quien debe desarrollar dicha jurisprudencia.

En otro caso en que se invocó este concepto, la Corte vinculó directamente el proyecto de vida con el derecho a educarse, estableciendo que el Estado con el fin de “restablecer el proyecto de vida” de la víctima, debía otorgarle una beca de estudios superiores o universitarios y costear sus gastos de manutención en el período de tales estudios¹⁰⁹.

En un fallo reciente el tema fue tratado en el ámbito de la reparación por daño moral y vinculado con “las expectativas de desarrollo personal, profesinal y familiar, posibles en condiciones normales, fueron interrumpidas de manera abrupta”¹¹⁰. Con ello parece

que el proyecto de vida será considerado como un elemento a considerar al momento de evaluar el monto de la indemnización por daño moral.

2. OTRAS FORMAS DE REPARACION: MEDIDAS POSITIVAS

2.1 REPARACIONES NO MATERIALES

Las formas de reparación no materiales cumplen un importante rol en cuanto medio de reparación integral de la víctima, estas medidas poseen un enorme poder de reparación en situaciones de violaciones de los derechos humanos. La posición de la víctima de violaciones de derechos fundamentales, no tiene solo una óptica material, dicho aspecto no es el más importante. Los aspectos fundamentales dicen relación con la verdad, el restablecimiento del honor, la justicia, los cambios internos en el Estado, etc.

En la sentencia de reparaciones en el caso Loayza, la Corte señaló ciertos mecanismos no indemnizatorios para garantizar la reparación:

“Por esta razón, la Corte considera que el Estado está en la obligación de tomar todas las medidas necesarias para asegurar que la víctima reciba sus salarios, garantías sociales y laborales a partir de la fecha de emisión de esta sentencia y hasta que se encuentre en condiciones de reincorporarse efectivamente al servicio docente. A este respecto, la Corte estima prudente que sean utilizados los mecanismos internos aplicables a situaciones de incapacidad laboral, o cualquier otro medio idóneo que asegure el cumplimiento de esta obligación”¹¹¹.

La Corte ha abierto el camino y ha dispuesto variadas formas de reparación no-materiales. Sólo a forma de enumeración podemos señalar: anulación de procesos¹¹², órdenes de liberación¹¹³, nulidad de leyes por incompatibilidad con la Convención¹¹⁴, reformas constitucionales¹¹⁵, demarcación de territorios¹¹⁶, entre otras¹¹⁷.

En la sentencia del caso Bámaca Velásquez, la Corte ordena al Estado que cumpla con el artículo VIII de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, impartiendo la educación necesaria sobre este delito a los funcionarios públicos encargados de la aplicación de la ley¹¹⁸; en el mismo sentido, en un fallo contra Venezuela, la Corte señaló que el estado debía “adoptar todas las providencias necesarias (...) 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 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”.¹¹⁹ Recientemente, la Corte dio un paso más y no solo ordenó establecer un programa de formación y capacitación, sino que determinó quiénes son los destinatarios -personal judicial, del ministerio público, policial y penitenciario, incluyendo al personas médico, psiquiátrico y psicológico-, el contenido -sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos- y además indicó que el programa debe incluir los recursos necesarios y debe incorporar la participación de la sociedad civil¹²⁰.

Otra forma de reparación es la entrega de los restos mortales en casos de detenidos-desaparecidos, calificado por la Corte como un acto de justicia y reparación en sí mismo¹²¹. Ya en el caso *Bámaca Velásquez*, la Corte ordenó al Estado localizar y hacer entrega de los restos mortales de Efraín Bámaca Velásquez a sus familiares, “a fin de que reciban sepultura según sus costumbres y creencias religiosas”, teniendo presente que el señor Bámaca y su familia pertenecían a la cultura maya, en la cual se cree que las honras fúnebres aseguran la posibilidad de un reencuentro entre los vivos, la persona fallecida y los antepasados.

Como se ve, la Corte ha ordenado una creciente gama de medidas no-materiales. Nos interesa destacar aquellas medidas que parecen más controvertidas si las miramos desde el derecho internacional clásico. Dichas reparaciones dicen relación con aquellos aspectos que clásicamente se han considerado aspectos propios de la soberanía nacional y respecto de los cuales hasta hace poco tiempo era impensable que un órgano internacional pudiera intervenir.

Nos referimos en particular a las medidas de tipificar delitos en la legislación interna y las medidas de nulidad de leyes¹²². Usaremos como ejemplo la obligación de tipificar en la legislación interna ciertas conductas ilícitas¹²³ que nos parece un avance central para el derecho internacional de los derechos humanos que la Corte haya adoptado esta tendencia y más relevante que los Estados hayan acatado dicha obligación¹²⁴. En esta materia es evidente la progresividad en los fallos de la Corte, desde una situación de abstención a pronunciarse sobre legislación interna¹²⁵, en una sentencia posterior (citar *Garrido*) había determinado que el Estado cumplía con su obligación al ser enviado por el ejecutivo a tramitar el proyecto de ley respectivo; luego, en el caso *Trujillo Oroza*, ordenó a Bolivia tipificar el delito de desaparición forzada de personas en su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, agregando que dicha obligación sólo se entendería cumplida cuando el proyecto de ley

respectivo se convirtiera en ley y ésta entrara en vigor¹²⁶; hasta un fallo reciente contra Trinidad y Tobago, donde la Corte no sólo se pronunció sobre la legislación interna, sino que además le señala al estado, no sólo que debe reformar la legislación, sino el contenido mínimo de dicha reforma¹²⁷.

Es interesante en esta materia hacer una lectura de estas medidas de reparación en el contexto de las medidas de cesación del mal causado. En el marco de la discusión teórica sobre si estas son parte del cumplimiento de las obligaciones del Estado, o son medidas reparatorias¹²⁸, es relevante destacar la utilización creativa que la Corte ha hecho de este tipo de medidas, a partir de las facultades consagradas en el art. 63.1, como un medio eficaz para cesar los efectos de las violaciones y a la vez, buscar medidas preventivas que impidan que estas violaciones se sigan cometiendo a futuro¹²⁹. Esta práctica sin duda es un avance en la medida que profundiza las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos más allá de la reparación puntual de un caso particular, para adentrarse en las causas que permiten dicha violación. Poner estas medidas en el campo de las reparaciones otorga una posibilidad de concreción de las medidas y de seguimiento que no sería posible si solo se estableciera como declaración de una obligación general del Estado en el marco de la sentencia. En este sentido la práctica de la Corte es un avance respecto de la decisión tomada por la Comisión de Derecho Internacional de considerar que estas medidas son parte de las obligaciones y no de las reparaciones¹³⁰.

2.2 DEBER DE ACTUAR EN EL ÁMBITO INTERNO

La Corte ha señalado que en aquellos casos en que se han producido violaciones de los derechos y libertades convencionales, el Estado tiene el deber de actuar en el ámbito interno de forma tal que se determine la verdad de los hechos violatorios de la Convención, se juzgue y sancione a los responsables y se repare a las víctimas. Todo ello en el entendido que las situaciones de impunidad pueden inducir a futuras violaciones de derechos humanos.

El derecho a la verdad ha sido desarrollado por la Corte desde un doble punto de vista, un derecho colectivo o social a conocer la verdad y como un derecho individual¹³¹.

En cuanto al deber de investigar la Corte ha señalado que si bien esta es una obligación de medio, debe ser cumplida con toda seriedad por los Estados, de forma tal que la obligación de investigar también debe cumplir con ciertos requisitos mínimos para cumplir con la obligación de garantizar¹³².

Por su parte, en materia de sanción de los responsables de violaciones de derechos humanos, la Corte ha establecido una obligación particular a los Estados y esta es la obligación de sancionar a quienes hayan incurrido en estos ilícitos.¹³³

Todo esto ha sido vinculado por la Corte con la idea de la impunidad. En efecto, según el criterio de la Corte, en aquellos casos en que el Estado no cumpla con las obligaciones complementarias a que hemos hecho referencia, se estaría en una situación de impunidad que viola la obligación de garantía a que están obligados los Estados para con sus ciudadanos¹³⁴.

A modo de síntesis, la Corte ha dicho que el deber de garantía pasa a constituir un deber de prevención:

“El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”¹³⁵.

Sobre el fundamento en que la Corte ha basado este desarrollo jurisprudencial no hay una constante. Por una parte, se ha fundado en la garantía del derecho mismo violado, principalmente, el derecho a la vida; pero, también se ha fundamentado como una expresión del derecho a un recurso sencillo y eficaz, establecido en el art. 25 de la propia Convención.¹³⁶ Nos parece más apropiado el razonamiento que vincula la obligación de investigar, sancionar y reparar como una expresión del deber de garantía del derecho violado, en la medida que esto potencia el derecho en sí y la referencia al art. 25 pasa a ser instrumental y no substantiva. En efecto, el art. 25 pasa a ser la garantía de que existe un medio judicial para reclamar la violación del derecho y no es la violación en sí misma. Sin perjuicio que, de no existir el recurso o este sea ineficaz, se produzca una violación particular de la Convención.

V. HACIA UNA COMPRESION DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE.

CONSIDERACIONES CONCEPTUALES

1. LA CORTE Y SU OBJETO, EL CONOCIMIENTO DE CASOS INDIVIDUALES

No puedo dejar de mencionar que las reparaciones que dispone la Corte se producen dentro de un procedimiento de casos individuales, por tanto, obedecen a la lógica de este tipo de violaciones y se enmarca dentro de los supuestos propios de violaciones que se dan en el marco de un Estado de Derecho, con órganos del Estado que propenden al cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos, al menos, en lo formal. Distinto es el caso de las violaciones masivas y sistemáticas donde el contexto es completamente diferente y es el Estado que opera como una organización que usa las violaciones de derechos humanos como parte de un plan de gobierno de manera sistemática y planificada. La respuesta del sistema internacional en estos casos es diferente y debe dirigirse a la modificación de las políticas de gobierno para que cesen este tipo de violaciones de derechos humanos.

2. LA REALIDAD DE LA CORTE: CONOCIMIENTO DE CASOS DE VIOLACIONES MASIVAS Y SISTEMÁTICAS

Si bien estas distinciones operan claramente en la teoría, la práctica es distinta. Las violaciones de derechos humanos en el sistema interamericano siguen operando con patrones sistemáticos. Estas violaciones masivas y sistemáticas deben ser vistas hoy en la perspectiva de aquellas violaciones estructurales, donde el Estado, sin que necesariamente haya desarrollado una política de violaciones, permite a través de sus estructuras culturales e institucionales, las violaciones masivas de los derechos humanos de ciertos grupos desaventajados en el goce y ejercicio de sus derechos (piénsese en la situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres).

De ahí que las reparaciones que muchas veces se ve obligada la Corte a disponer corresponden más bien a reparaciones de violaciones masivas y sistemáticas y no necesariamente la reparación de casos individuales, ampliando la idea de reparación a nuevos campos de acción.

3. CRITERIOS NORMATIVOS QUE PUEDEN DESPRENDERSE DE LA CORTE EN SU JURISPRUDENCIA

3.1. Medidas reparatorias que miren a la persona como un ser integral. Las reparaciones no se pueden agotar en lo económico. Los objetivos generales¹³⁷ debieran ser: a) la justicia a las víctimas, la percepción de las víctimas y de la sociedad es central en esta materia, en el sentido que ambos deben percibir que el informe en sí es un acto de justicia, pero que las medidas de reparación también permiten restablecer un orden que ha sido roto; b) la integralidad, esto es, que sea una respuesta que se inserte como parte de un proceso integral de reparaciones (procesos penales, reformas institucionales, entre otros). En este sentido es fundamental que las medidas de reparación tengan una lógica y coherencia evidente para los involucrados, pero también que pueda ser percibido por la sociedad.

En cuanto a los fines específicos que debe contemplar el programa de reparaciones podemos destacar los siguientes elementos: a) el reconocimiento de las víctimas como individuos y como ciudadanos; uno de los fines centrales de un programa de reparaciones es el cambio en la situación subjetiva de las víctimas; b) la confianza cívica entre los ciudadanos; es central que la Corte tenga presente que sus medidas deben tender a restablecer los lazos que han sido rotos en el tejido social a través de las violaciones de derechos humanos, c) la solidaridad, tanto social como individual; es en este ámbito que las medidas respecto de ciertos grupos particulares cobra especial relevancia en el sentido de visibilizar su sufrimiento que siempre ha quedado subsumido en el de un colectivo regido por los paradigmas del género y las etnias.

3.2. Vinculación entre la víctima, la violación sufrida y la medida reparatoria. Las reparaciones en estricto rigor son aquellas medidas que buscan reestablecer la situación al estado anterior a que se produzca la

violación del derecho y por tanto, debe ser proporcional al hecho y directamente vinculada a la idea relación violación – víctima. Las reparaciones de violaciones de derechos humanos deben partir de la siguiente premisa: “todos aquellos beneficios que se les puede dar directamente a las víctimas de violaciones de derechos humanos para resarcir las violaciones que padecieron”. De esta forma, el programa de reparaciones deberá articular criterios que no pierdan de vista este vínculo directo entre las víctimas y las medidas a ser adoptadas, siempre con la perspectiva que sirvan para resarcir cierto tipo particular de afectación de los derechos violentados.

3.3. Medidas reparatorias y medidas con efecto reparatorio dentro del ámbito de la reparación. Si analizamos las medidas de actuación en el ámbito interno y otras medidas de reparación inmaterial, veremos que la Corte ha ampliado el concepto de reparaciones y ha dispuesto actuaciones del Estado que no son técnicamente medidas reparatorias, sino que estamos ante el cumplimiento de obligaciones que pueden tener efecto reparatorio¹³⁸. En efecto, determinar que el Estado tiene la obligación de investigar y sancionar a los perpetradores de una violación convencional no es sino el cumplimiento de la obligación de garantizar los derechos establecida en el art. 1.1 de la CADH; la obligación de capacitar a la policía para que sea respetuosa de los derechos humanos es la misma situación. En estos casos la Corte está determinando el cumplimiento de obligaciones que tienen un efecto reparatorio, tanto en la perspectiva de cesación del mal causado, como medidas de no-repetición.

Esta distinción es relevante toda vez que la reparación en el sistema de casos individuales está en directa relación con la víctima y las medidas con efecto reparatorio pueden contribuir con el objetivo de prevención y no repetición de la situación violatoria de los derechos humanos, obligaciones propias de los Estados y por tanto, materia de competencia de la Corte y que tal como hemos señalado antes se encuentran mejor tratadas en la medida que sean vistas como reparaciones.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- A. Aguiar, *Derechos Humanos y Responsabilidad Internacional del Estado*, Monte Avila Editores Latinoamérica, 1997.
- I. Brownlie, *International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations, General Course on Public International Law*, Académie de Droit International, 1995, tomo 225 de la Collection (Collected course of the Hague Academy of International Law), Martinus Nijhoff Publishers, 1996.
- T. Buergenthal, "The Inter-American System for the Protection of Human Rights", en OEA, *Anuario Jurídico Interamericano, 1981*, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, OEA, Washington, D.C., 1982.
- Comisión de Derecho Internacional, *Proyecto de Artículos aprobados provisionalmente por el Comité de Redacción en Segunda Lectura*, Informe a la Asamblea General, 2.000.
- Comisión de Derecho Internacional. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, adoptada en su 53 período de sesiones (2001)
- J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002a.
- J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002b.
- P. de Greiff, *Justice and Reparations*, ICTJ, 2002.
- P. de Greiff, "Reparations efforts in International perspective: what compensation contributes to the achievement of imperfect justice", en *Repairing the Unforgivable: Reparations and Reconstruction in South Africa*, C. Villa-Vicencio and E. Dostader, eds., Cape Town: David Phillips, 2004.
- J. Ferrer L., *Responsabilidad Internacional del Estado y Derechos Humanos*, Tecnos, 1998.
- D. Fox, "The American Convention on Human Rights and Prospects for United States Ratification", en *Human Rights* 3, 1973.
- F. Fueyo, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile, 1990.
- M. Garrido, "La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada", en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Año 1 Número 0, editorial Ad-Hoc, 2001.
- Ghersi y otros, *Daños al Ser Humanos. Daño Psíquico*, en *Los Nuevos Daños*, Ed. Hammulabi., 1995.
- H. Gros E, "La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo", Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- E. Jiménez de Arechaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1980.
- E. Jiménez de Aréchaga, "Responsabilidad Internacional", en M. Sorenden, *Manual de Derecho Internacional Público*, 1985.
- R. Lawson, "Out of Control, State Responsibility and Human Rights: Will the ILC's Definition of the 'Act of State' Meet the Challenges of the 21 st Century?", en M. Castemans, F. Van Hoof and J. Smith, *The Role of the Nation State in the 21 st Century*, Kluwer Law International, 1998.
- R. Lorenzetti, Ricardo, "La Lesión Física a la Persona. El Cuerpo y la Salud. el Daño Emergente y el Lucro Cesante", en *Revista de Derecho Privado Comunitario*. n. 1, año 1995, Argentina.
- C. Medina y C. Nash, "Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos. Sección doctrina", en *Documentos Oficiales*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, n. 1, diciembre 2003.
- C. Nash, *Introducción al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Tesis de Grado, Facultad de Derecho – Universidad de Chile, 1998.
- C. Nash, *Las Reparaciones ante la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Fac. de Derecho - Universidad de Chile, 2004.
- M. Monroy C., "Derecho Internacional Público". 2a edición, Temis. 1986.
- J. M. Pasqualucci, "The Application of International Principles of State Responsibility by the Inter-American Court of Human Rights", en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Volume II, Costa Rica, 1998.
- R. Piza E., "El Valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos – El ejemplo de Costa Rica", en Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, Tomo I, 1998.

Sh. Rosenne, *The Perplexities of Modern International Law, General Course on Public International Law*, Académie de Droit International, 2001, tome 291 de la Collection (Collected course of the Hague Academy of International Law), Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

C. Rousseau, *Derecho Internacional Público Profundizado*, Editorial La Ley, 1966.

D. Shelton, "The ILC's State Responsibility Articles: Righting wrongs: reparations in the articles of State responsibility", en *ASIL* 933 (96), Octubre 2002.

A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5ª edición, Madrid, 1967.

Jurisprudencia

Corte Permanente de Justicia Internacional

Caso Factory al Chorzow, Jurisdiction, Judgment (1927), Series A, n. 9

Caso Factory al Chorzow, Merits, Judgment n. 13, 1928, Series A, n. 17

Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex (deuxième phase), ordonnance du 6 décembre 1930, Série A, n. 24

Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, arrêt, 1932, Série A/B, n. 46

Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, avis consultatif, 1932, Série A/B, n. 44

Jurisdiction of the Courts of Danzing, advisory opinion, 1928, Series B, n. 15

Questions des "communautés" gréco-bulgares, avis consultatif, 1930, Série B, n.17

Corte Internacional de Justicia

Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory opinion, Reports 1949

Caso Estrecho de Corfú, sentencia de 9 de abril de 1949

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Serie A - Fallos y Opiniones Consultivas

Corte I.D.H., *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A, n. 2.

Serie C – Resoluciones y Sentencias

Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, n. 4.

Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz*. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, n. 5.

Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, n. 7.

Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz. Indemnización Compensatoria* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C, n. 8.

Corte I.D.H., *Caso Aloeboetoe y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C, n. 15.

Corte I.D.H., *Caso El Amparo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C, n. 28.

Corte I.D.H., *Caso Neira Alegría y otros. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C, n. 29.

Corte I.D.H., *Caso Genie Lacayo*. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C, n. 30.

Corte I.D.H., *Caso Caballero Delgado y Santana. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C, n. 31.

Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C, n. 33.

Corte I.D.H., *Caso Castillo Páez*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C, n. 34.

Corte I.D.H., *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros)*. Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C, n. 37.

Corte I.D.H., *Caso Benavides Cevallos*. Sentencia de 19 de junio de 1998. Serie C, n. 38.

Corte I.D.H., *Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C, n. 39.

Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, n. 42.

Corte I.D.H., *Caso Castillo Páez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C, n. 43.

Corte I.D.H., *Caso Suárez Rosero. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C, n. 44.

Corte I.D.H., *Caso Blake. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de enero de 1999. Serie C, n. 48.

Corte I.D.H., *Caso Castillo Petrucci y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, n. 52.

Corte I.D.H., *Caso Trujillo Oroza*. Sentencia de 26 de enero de 2000. Serie C, n. 64.

Corte I.D.H., *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, n. 68.

Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C, n. 70.

Corte I.D.H., *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C, n. 71.

Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, n. 72.

Corte I.D.H., *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C, n. 73.

Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C, n. 74.

Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C, n. 75.

Corte I.D.H., *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros). Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 25 de mayo de 2001. Serie C, n. 76.

Corte I.D.H., *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros). Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, n. 77.

Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 31 de mayo de 2001. Serie C, n. 78.

Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, n. 79.

Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C, n. 87.

Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C, n. 88.

Corte I.D.H., *Caso Durand y Ugarte. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C, n. 89.

Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, n. 91.

Corte I.D.H., *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C, n. 92.

Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, n. 94.

Corte I.D.H., *Caso del Caracazo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C, n. 95.

Corte I.D.H., *Caso Masacre Plan de Sánchez*. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C, n. 105.

Corte I.D.H., *Caso Molina Theissen. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de julio de 2004. Serie C, n. 108.

Corte I.D.H., *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C, n. 110.

Corte I.D.H., *Caso Tibi*. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, n. 114.

NOTAS

1. Este trabajo tuvo su origen en una charla dictada en las Jornadas de Derecho Internacional, organizadas por la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Sociedad Chilena de Derecho Internacional, en diciembre de 2004, en Santiago de Chile.
2. A. Verdross (1967), p. 297.
3. C. Rousseau (1966), p. 126.
4. E. Jiménez de Aréchaga (1985), pp. 508-513.
5. C. Rousseau (1966), p. 131.
6. E. Jiménez de Aréchaga (1980), pp. 320 y 321.
7. Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), *Case Factory al Chorzow*, (1928); en materia de análisis doctrinal, ver I. Brownlie (1996), p. 95.
8. Un buen resumen en: A. Aguiar (1997), p. 132.
9. Ver análisis en detalle en J. Ferrer L. (1998), p. 101 y siguientes.
10. International Law Commission. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, adoptada en su 53 período de sesiones (2001), artículo 1.
11. Sobre la discusión de esta materia en la Comisión de Derecho Internacional, ver J. Crawford (2002a), pp. 12-14.
12. J. Ferrer L. (1998), pp. 109-110.
13. *Caso Velásquez Rodríguez – Indemnización Compensatoria*, párr. 25. Asimismo la Corte cita fallos de otros tribunales en que se ha sostenido la misma doctrina: Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), *Caso Factory al Chorzow*, (1927), párr. 21 y *Factory al Chorzow* (1928), párr. 29 y Corte Internacional de Justicia (CIJ), *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (1949), párr. 184.
14. D. Shelton (2002), pp. 835-837.
15. CPJI, *Caso Fábrica Chorzow* (1928), párr. 47.
16. *Caso Velásquez Rodríguez - Indemnización Compensatoria*, párr. 25.
17. Sh. Rosenne (2002), pp. 211-241; J. Crawford (2002b).
18. R. Piza E. (1998), pp. 169-192.
19. “La tensión entre los preceptos del Derecho Internacional Público y los del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es de difícil explicación: mientras los conceptos y categorías jurídicos del primero se han formado y cristalizado sobretudo en el plano de las relaciones *interestatales* (bajo el dogma de que sólo los Estados, y más tarde las organizaciones internacionales, son sujetos de aquel ordenamiento jurídico), los conceptos y categorías jurídicos del segundo se han formado y cristalizado en el plano de las relaciones *intraestatales*, es decir, en las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones (erigidos estos últimos en sujetos de aquel ordenamiento jurídico)”, Voto Razonado Juez A. A. Cançado Trindade, *Caso Blake – Reparaciones*, párr. 5.
20. *Opinión Consultiva OC-2/82*, párr. 29.
21. “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”, *Caso La Última Tentación de Cristo*. Para una explicación completa de los alcances de este fallo, ver Voto concurrente juez A.A. Cançado Trindade, en la misma sentencia.
22. La Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) fue adoptada el año 1948 y ha sido reformada por el “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967; por el “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985; por el “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992; y por el “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993; Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, Resolución XXX de la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, Bogotá, Colombia, 1948.
23. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) se adoptó en 1969 durante la Conferencia Especializada de Derechos Humanos, realizada en San José, Costa Rica. Entró en vigencia casi diez años después, el 18 de julio de 1978, cuando se depositó la undécima ratificación, cumpliéndose así el requisito exigido por el artículo 79(2) de la Convención.
24. A. Aguiar (1997), p. 24.
25. *Ibidem*, p. 25.
26. Sobre la obligación de garantizar, ver C. Medina y C. Nash (2003), pp. 36-38.

27. *Caso Velásquez Rodríguez*, párr. 166.
28. C. Medina y C. Nash (2003), pp. 36-39.
29. *Ibidem*, p. 38.
30. *Caso Paniagua Morales y otros*, párr. 90.
31. International Law Commission. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, adoptada en su 53 período de sesiones (2001), artículos 4-11.
32. R. Lawson (1998), pp. 91-116. J. M. Pasqualucci (1998), pp. 1213-1223.
33. “Esta Corte entiende que 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”, *Caso La Ultima Tentación de Cristo*, párr. 72.
34. “(...) 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 transgresión, 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”, *Caso Velásquez Rodríguez*, párr. 172.
35. “Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención. Además, también se compromete la responsabilidad internacional del Estado cuando éste no realice las actividades necesarias, de acuerdo con su derecho interno, para identificar y, en su caso, sancionar a los autores de las propias violaciones”, *Caso Paniagua Morales y otros*, párr. 91.
36. Artículo 63.1 de la CADH.
37. H. Gros (1991), p. 191.
38. *Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones*, párr. 43.
39. *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 60. En el mismo sentido ver: *Caso Cantoral Benavides - Reparaciones*, párr. 40; *Caso Cesti Hurtado - Reparaciones*, párr. 35; y *Caso Villagrán Morales y otros - Reparaciones*, párr. 62; *Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 38.
40. Hay una segunda diferencia en cuanto a los términos usados para referirse a la indemnización, pero que en la práctica no ha tenido una aplicación diversa. Sobre el particular consultar H. Gros (1991), pp. 191-192.
41. *Caso Velásquez Rodríguez - Indemnización Compensatoria*, párr. 30. En el mismo sentido *Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria*, párr. 28; *Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 39; *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 61.
42. La jurisprudencia que ha tenido a la vista la Corte para resolver: *Caso Velásquez Rodríguez - Indemnización Compensatoria*, párr. 30; *Caso Godínez Cruz - Indemnización Compensatoria*, párr. 28; Jurisdiction of the Courts of Danzing, advisory opinion, (1928), párrs. 26 y 27; Questions des “communautés” gréco-bulgares, avis consultatif, (1930), párr. 32 y 35; Affaire des zones franches de la Haute-Savoie el du pays de Gex (deuxième phase), (1930), párr. 12; Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du pays de Gex, arrêt, (1932), párr. 167; Traitement des nationaux polonais el des autres personnes d’origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig, (1932), párr. 24), todas citadas en *Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones*, párr. 44.
43. M. Monroy (1986), p. 272.
44. Corte Internacional de Justicia, *Caso Estrecho de Corfú*, (1949).
45. M. Monroy (1986), p. 272.
46. Es interesante tener en consideración que la Corte Permanente de Justicia Internacional se ha pronunciado en el mismo sentido: “El principio general que está implícito en el concepto de acto ilícito (...) es que en la medida de lo posible, la reparación debe anular todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haberse cometido dicho acto. Restitución en especie o, si ello no es posible, pago de una suma equivalente al valor que tendría la restitución en especie, otorgamiento de ser necesario, de una indemnización por los daños sufridos que no hayan sido reparados por la restitución en especie o por el pago en efectivo: tales son los principios que deben servir para determinar el monto de una indemnización por un acto contrario al derecho internacional”, CPJI, *Caso Fábrica Chorzow*, (1928), párr. 47.
47. *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 61; *Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 39; *Caso Cantoral Benavides - Reparaciones*, párr. 41; *Caso Durand y Ugarte - Reparaciones*, párr. 25; y *Caso*

- Barrios Altos – Reparaciones*, párr. 25; *Caso Velásquez Rodríguez - Indemnización Compensatoria*, párr. 25.
48. Para un análisis de esta perspectiva ver, C. Nash (2004).
 49. Compartimos plenamente el voto concurrente de los jueces Cancado y Abreu, “[T]odo el capítulo de las *reparaciones* de violaciones de derechos humanos debe, a nuestro juicio, ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad”, Voto Conjunto de los Jueces A.A. Cancado Trindade y A. Abreu B., *Caso Loayza Tamayo – Reparaciones*, párr. 17.
 50. *Caso Garrido y Baigorria - Reparaciones*, párr. 41
 51. A. Aguiar (1997), p. 249.
 52. “Habiendo encontrado la Corte que se ha producido una violación de los derechos humanos protegidos por la Convención, debe disponerse, con base en el artículo 63.1 de la misma, la reparación de las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la violación de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”, *Caso Caballero Delgado y Santana*, párr. 68.
 53. *Caso Blake - Reparaciones*, párr. 42.
 54. En este mismo sentido: “en decisión reciente (aquella precitada) subrayó (la Corte) el carácter plural que acusan las medidas de reparación de los hechos ilícitos, abriéndose así camino a la diversificación del contenido de la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos”, A. Aguiar (1997), pp. 35-36.
 55. En el Derecho internacional clásico ver: CPJI, *Caso Factory al Chorzow* (1927), párr. 21 y *Factory al Chorzow* (1928), párr. 29 y CIJ, *Reparation for Injuries suffered in the Service of the United Nations* (1949), párr. 184. Y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana ver: *Caso Velásquez Rodríguez - Indemnización Compensatoria*, párr. 25.
 56. Para una recopilación sobre la jurisprudencia relativa a *reparaciones*, ver C. Nash (2004).
 57. *Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones*, párr. 44.
 58. Concretamente en el *Caso Velásquez Rodríguez - Indemnización Compensatoria*, la Corte rechazó la indemnización por daño emergente, toda vez que no se le habían acreditado dichos gastos en el proceso (párr. 42). Por su parte en el *Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones*, la Corte accedió a indemnizar todos los gastos en que incurrieron los familiares de las víctimas con el objeto de encontrarlos, párr. 79.
 59. *Caso Loayza Tamayo - Reparaciones*, párr. 129.
 60. *Caso Villagrán Morales - Reparaciones*, párr. 80; *Caso Cantoral Benavides - Reparaciones*, párr. 51.a., d. y e.; *Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 54.a.; *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 74.b.
 61. *Caso Castillo Páez-Reparaciones*, párr. 76; *Caso Villagrán Morales-Reparaciones*, párr. 80; *Caso Cantoral Benavides - Reparaciones*, párr. 51.c; *Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 54.a.; *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 74.a..
 62. *Caso Cantoral Benavides - Reparaciones*, párr. 76; *Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 54.a.; *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 74.a.
 63. *Caso Cantoral Benavides - Reparaciones*, párr. 51.b. y f.; recientemente ver *Caso Tibi*, párr. 249.
 64. *Caso Velásquez Rodríguez - Indemnización Compensatoria*, párr. 42.
 65. Por todos ver: *Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 54.
 66. *Caso Velásquez Rodríguez - Indemnización Compensatoria*, párr. 46.
 67. *Ibidem*, párr. 45.
 68. *Caso Castillo Páez - Reparaciones*, párr. 75; *Caso Villagrán Morales - Reparaciones*, párr. 81; *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 73..
 69. A modo de ejemplo, ver *Caso Velásquez Rodríguez - Indemnización Compensatoria*, párr. 47.
 70. *Caso Bámaca Velásquez-Reparaciones*, párr. 51; *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 73.
 71. *Caso Cantoral - Reparaciones*, párr. 53.
 72. *Ibidem*, párr. 49.
 73. Este procedimiento se encuentra establecido en el *Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones*, párrs. 88 y 89. Sin duda, se seguirá utilizando dicho procedimiento a futuro ya que parece ser aquel que da mayores seguridades en cuanto al mantenimiento del valor de la moneda en el largo plazo.
 74. A. Aguiar (1997), p. 37.
 75. *Caso El Amparo - Reparaciones*, párr. 28; *Caso Loayza - Reparaciones*, párr. 128; *Caso Suarez - Reparaciones*, párr. 59; *Caso Castillo Páez - Reparaciones*, párr. 75; *Caso Baena y otros*, párr. 205; *Caso Cantoral - Reparaciones*, párr. 49; *Caso Tribunal Constitucional*, párr. 121.

76. *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 74, letra c).
77. *Caso Bámaca - Reparaciones*, párr. 54, letra a).
78. *Caso Baena y otros*, párr. 203; *Caso Tribunal Constitucional*, párr. 120.
79. *Caso Ivcher Bronstein*, párr. 181.
80. *Caso Velásquez Rodríguez - Indemnización Compensatoria*, párr. 27.
81. *Ibidem*, párr. 50 (destacado nuestro).
82. *Ibidem*, párr. 51.
83. *Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones*, párr. 52. En el mismo sentido, *Caso Loayza Tamayo - Reparaciones*, párr. 138 y *Caso Suárez Rosero - Reparaciones*, párr. 65.
84. Sigue este mismo criterio el fallo precitado en los párrafos 76 y 91, al momento de determinar los beneficiarios de la indemnización y al momento de determinar su monto.
85. Sobre este tema ver F. Fueyo (1990), p. 51.
86. *Caso Cantoral - Reparaciones*, párr. 53; *Caso Villagrán Morales y otros - Reparaciones*, párr. 84; *Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 56; *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 77.
87. “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”, *Caso Villagrán Morales y otros - Reparaciones*, párr. 84.
88. *Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 56; *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 77.
89. En este sentido es clara la referencia a la cultura maya hecha en diversos fallos de *Reparaciones*. Ver *Caso Blake*, párr. 115; *caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 81.
90. *Caso Aloeboetoe y otros - Reparaciones*, párr. 87 inc. 2.
91. *Caso Velásquez Rodríguez - Indemnización Compensatoria*, párr. 38.
92. Voto razonado juez Cançado Trindade *Caso Masacre Plan de Sánchez*, párrs. 24-28; Voto razonado juez Cançado Trindade, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri*, párrs. 37-44.
93. En un caso reciente, en la etapa de *Reparaciones* se menciona la responsabilidad “agravada”, pero no se sacan consecuencias directas, ver *Caso Molina Thiessen - Reparaciones*, párr. 41.
94. *Ibidem*, párr. 51.
95. Sentencias más recientes en este sentido: ver por todas *Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 62; *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 85.
96. *Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 62. En el mismo sentido *Caso Suárez - Reparaciones*, párr. 66, *Caso Paniagua Morales y otros - Reparaciones*, párrs. 106, 124, 142, 157 y 173; *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 85.
97. *Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 65, letra c); *Caso Paniagua Morales y otros - Reparaciones*, párr. 109.
98. *Caso Loayza Tamayo - Reparaciones*, párr. 142.
99. La Corte ha señalado: “Por lo expuesto y tomando en cuenta las circunstancias del caso y lo decidido en otros similares, la Corte estima que el Estado debe invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de US\$ 50.000 (cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awás Tingni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana”, *Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awás Tingni*, párr. 167.
100. *Caso Villagrán Morales y otros - Reparaciones*, párr. 103; *Caso Benavides Cevallos*, párr. 48.5; y *Caso Aloeboetoe y Otros - Reparaciones*, párrs. 54 a 65, 81 a 84 y 96.
101. *Caso Loayza Tamayo - Reparaciones*, párr. 139; *Caso Castillo Páez - Reparaciones*, párr. 90; *Caso Cantoral Benavides - Reparaciones*, párr. 61; *Caso Baena y otros*, párr. 207; *Caso Villagrán Morales y otros - Reparaciones*, párrs. 89-90; *Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 66; *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 89.
102. *Caso Villagrán Morales y otros - Reparaciones*, párr. 90.
103. *Caso Aloeboetoe - Reparaciones*, párr. 51.
104. *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 86; *Caso Villagrán Morales y otros - Reparaciones*, párr. 67; *Caso Paniagua Morales y otros - Reparaciones*, párr. 84; y *Caso Neira Alegría y otros - Reparaciones*, párr. 60.
105. *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 86; *Caso Villagrán Morales y otros - Reparaciones*, párr. 68; *Caso Paniagua Morales y otros - Reparaciones*, párr. 85; y *Caso Castillo Páez - Reparaciones*, párr. 59.
106. *Caso Loayza Tamayo - Reparaciones*, párrs. 144-154.

107. *Ibidem*, párr. 147.
108. Sobre estas formas de daños ver: R. Lorenzetti (1995), pp. 102-141. en el mismo sentido Gherzi (1995), pp. 70-82.
109. *Caso Cantoral Benavides - Reparaciones*, párr. 80.
110. *Caso Tibi*, párr. 245.
111. *Caso Loayza Tamayo - Reparaciones*, párr. 116.
112. *Caso Castillo Petruzzi y otros*, punto resolutive n. 12. Para un análisis doctrinario, ver M. Garrido (2001), pp. 153-174.
113. *Caso Loayza Tamayo*, párr. 83-84.
114. *Caso Barrios Altos*, párr. 44.
115. *Caso La Última Tentación de Cristo*, punto resolutive n. 4.
116. *Caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni*, párrs. 163-164.
117. Para una recopilación de estas medidas, hasta el año 2003, ver C. Nash (2004).
118. *Caso Bámaca Velásquez - Reparaciones*, párr. 86.
119. *Caso Caracazo - Reparaciones*, párr. 127.
120. *Caso Tibi*, párrs. 263 y 264.
121. *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 114.
122. *Caso Barrios Altos*, relativo a leyes de autoamnistía en el Perú.
123. *Caso Garrido Baigorria - Reparaciones*, párr. 66; *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párrs. 94-98.
124. En el caso de Chile, a partir del fallo de la Corte Interamericana, se reformó la Constitución eliminando la censura previa que en ésta se permitía.
125. *Caso Genie Lacayo*, párrs. 91 y 92.
126. *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párrs. 94-97.
127. *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*, párr. 212.
128. Sobre esta discusión ver, D. Shelton (2002), pp. 839-840.
129. En un trabajo anterior nos habíamos referido críticamente a esta forma de reparación, en especial en el período anterior a 1999; ver C. Nash (1998).
130. D. Shelton (2002), pp. 839-840.
131. Voto Razonado Concurrente juez A.A. Cancado Trindade, *Caso Bámaca Velásquez*, párrs. 199-202.
132. *Caso Velásquez Rodríguez*, párr. 176.
133. *Caso Trujillo Oroza - Reparaciones*, párr. 99.
134. *Caso Paniagua y otros*, párr. 173.
135. *Caso Godínez Cruz*, párr. 185 primera parte.
136. *Caso Durand y Ugarte*, párr. 130; *Caso Castillo Páez*, párr. 86; *Caso Bámaca Velásquez*, párr. 201; *Caso Barrios Altos - Reparaciones*, párr. 48.
137. P. de Greiff (2002) y (2004).
138. Agradezco a Pablo de Greiff quien fue responsable en el contexto del Diplomado sobre Derechos Humanos y Procesos de Democratización, organizado por el Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile y el Centro Internacional para la Justicia Transicional, en abril de 2004, de la iluminación sobre esta distinción conceptual.

Ainda em cotejo com as normas de direito privado pode-se asseverar que as normas de direito constitucional são mais fracionadas, mais estanques, o que não significa em absoluto um refúgio à harmonia entre si das ditas normas constitucionais, que no corpo da Constituição formam um todo coeso.

O que se estabelece, isto sim, é uma situação de superioridade da norma constitucional sobre as demais normas.

Dependem constantemente da evolução social e política de cada povo, sendo fruto, muitas vezes, de revoluções ou mudanças abruptas em determinados países, o que por si só impõe certa dificuldade para uma maior tradição dogmática ou continuidade.

Daí ser por conta desta dita unicidade constitucional de tais normas, bem assim da constante abertura estrutural que se tornam impróprias as regras tradicionais de interpretação.

Teorias baseadas tão-somente no aspecto axiológico, bem como teorias interpretativas escoradas em exame tópico começam a ceder espaço para as chamadas teorias mistas, que procuram aglutinar os pontos expressivos de cada um dos citados métodos hermenêuticos, buscando garantir a segurança e a força de norma que emana da Carta Política, num exercício onde se faz indispensável uma postura de criatividade do intérprete, o qual deverá sempre estar aberto a entender os conceitos de significados múltiplos do texto constitucional a serem aplicados nos mais diferentes casos e muitas vezes em sociedades que pedem do ordenamento jurídico uma constante evolução⁴.

Dessa forma, as mencionadas teorias constitucionais enxergam na interpretação constitucional a consumação, quer na construção de princípios de interpretação constitucional, quer no estabelecimento de um novo conceito de norma, que vai além do programa normativo, dando ensanchas ao surgimento de uma esfera normativa que possibilitaria a consideração jurídica dos verdadeiros elementos que constituem a realidade constitucional⁵.

1.1.3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O MANEJO DA TRIDIMENSIONALIDADE NORMA, VALOR E FATO

A concretização do conteúdo normativo, muitas vezes elaborado de maneira abstrata e indeterminada, é desafio constante na aplicação das normas de direitos fundamentais.

Para uma ampla compreensão e consecução dos direitos fundamentais há que se arrear qualquer postura

reducionista que venha a implicar numa ótica unilateral e estanque de sua essência e de seu significado.

Daí concluir-se que cada teoria que vem à baila não deve ser desprezada, tendo um mínimo que seja de contributo a dar, uma vez que cada uma terá propiciado uma compreensão mais alargada deste ou daquele direito fundamental.

Adotando-se tal raciocínio, há de se dizer que cada teoria tem o desiderato de incorporar tópicos de aplicação das normas, embora não necessariamente cheguem a ser princípios ou postulados para a solução das questões normativas⁶.

Existe, deve-se admitir, uma unidade de concepção antropológica em relação ao sentido dos direitos fundamentais, posicionando-se tal unidade na base do corpo normativo que referidos direitos fundamentais congregam.

A condição humana dá ao ser a capacidade de envergar a autonomia, a liberdade e a responsabilidade, e são tais condições insitas de se ser homem que ensejam o conteúdo ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que tem o escopo de catalisar primariamente a efetividade dos direitos fundamentais, permitindo, de tal forma, uma plausível aplicação dos mandamentos constitucionais pertinentes.

Há de se esclarecer que a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada, por si só, um direito fundamental propriamente dito, mas somente feixe de normas específicas, quer sejam de essência constitucional ou não, podendo propiciar efetivos direitos individuais, ou, doutra forma, vir a gerar efeitos jurídicos independentes, do que se conclui serem as normas jurídicas as condutoras basilares de soluções jurídico-constitucionais, da hermenêutica e da aplicação da constituição vigente⁷.

Importa dizer, sem querer dar valor diminuído ao princípio da dignidade da pessoa humana, ou aos demais princípios constitucionais, que os mesmos congregam a condição de princípios gerais de direito constitucional, vindo a ser considerados fontes do direito na condição de pressupostos de validade e como elementos de interpretação e integração das normas jurídicas.

Quer esteja o intérprete à frente da administração, do Legislativo ou do Judiciário, deparar-se-á com normas de direitos fundamentais incompletas, que acabam por suscitar uma veia criadora por parte do aplicador do direito, daí a fundamental importância da pré-compreensão.

E é inegável que o norte para o qual devem se mirar os aplicadores da Carta Política, no ato de criar o direito, ao mesmo tempo que o estão interpretando, há de ser o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em quaisquer das frentes em que se encontrem

referidos aplicadores do direito a serviço da comunidade, a saber, no Legislativo, no Executivo, ou no Judiciário.

1. 2. NOÇÕES SOBRE PESSOA E DIGNIDADE HUMANA

Caso façamos um vislumbre sobre o conceito de pessoa nas civilizações antigas observaremos que para a compreensão que hoje se tem há larga fronteira.

Para a filosofia grega, é de sabença notória, era o homem um animal político ou social, tendo na cidadania seu escopo maior, sendo de suma importância sua vinculação ao Estado, que por sua vez se encontrava em estreita ligação com o Cosmos.

Tendo em vista que o termo *persona* tem origem latina, pode-se afirmar que inexistia na filosofia antiga a expressão para dar o significado de personalidade.

Somente com o Cristianismo, através da filosofia patrística, veio à tona o conceito de pessoa enquanto categoria espiritual, possuidora de valor em si mesmo, eivada de subjetividade e com fins absolutos, sendo, por via de consequência, detentora de direitos fundamentais ou subjetivos e consubstanciada de dignidade. Tal compreensão foi depois desenvolvida pelos escolásticos⁸.

Com efeito, Fernando Ferreira dos Santos, citando Felice Bataglia, obtempera: “La Antigüedad clásica no percibió bien la existencia del sujeto, con significación ética y jurídica, fuera del Estado. Para que fuese el individuo reconocido como sujeto, con anterioridad e independencia al ente político, y con propia dignidad y valor, para que fuese estimado como principio, tanto en orden jurídico como en el moral, para que se le pudiesen atribuir inherencia y facultades que no le vinieran de fuera, sino de dentro en la intención que el hombre puede hacer de sí en sí mismo fue precisa la incomparable y única revolución del Cristianismo”⁹.

Entretanto, embora não se possa negar a imensa contribuição que o Cristianismo trouxe para a compreensão de pessoa e de dignidade humana, não se pode, por outro lado, olvidar que lampejos houve em relação a tais questões, quer no período socrático, quer entre os estóicos.

Inegável que a partir do momento que tal conceito de valor diferenciado da pessoa humana veio à baila consequências se apresentaram, como a afirmação de direitos específicos de cada homem, bem assim a idéia de que o homem não se confunde com a vida do Estado. Houve, pois, daí para frente, como que um deslocamento do Direito da esfera do estado para a esfera do indivíduo, com o escopo de se encontrar o equilíbrio que deve sempre existir entre autoridade e liberdade¹⁰.

1.2.1. NOÇÃO DE DIGNIDADE HUMANA EM KANT

Toda a filosofia kantiana pode ser sintetizada em duas grandes preocupações, quais sejam, as possibilidades do conhecimento, com seus campos de aplicação e limitações, bem assim o problema do agir do homem, a moral, podendo-se acrescentar a preocupação estética, elaborada que foi na Crítica do Juízo¹¹.

As possibilidades do conhecimento foram examinadas na Crítica da Razão Pura, sendo, de seus debruços, o que tem mais relevo para o que ora se examina. Seu objetivo primordial era o de saber como seria possível conhecer, saber as possibilidades da razão, e não necessariamente criar uma nova metafísica. E em tal reflexão perguntava-se Kant por qual motivo a metafísica não apresentaria o mesmo grau de razão que as matemáticas, a lógica, ou a física¹².

A significação de tal pergunta é o mesmo que especular sobre a plausibilidade de a metafísica comportar formulação de juízos sintéticos *a priori*, vez que só estes são, concomitantemente, universais e necessários, acrescentando novos conhecimentos.

E lembra Ferreira dos Santos¹³: “Com efeito, o filósofo de Koenigsberg distingue as formas do conhecimento em *a priori*, ou puro e *a posteriori*, ou empírico. Aqueles independem da experiência, sendo, pois, universais e necessários, enquanto estes se limitam aos dados oferecidos pela experiência, e, por isso, contingentes. Porém, há, ainda, os juízos sintéticos e os analíticos, que se diferenciam por adicionar ou não elementos novos à assertiva.”

Para Kant o conhecimento, em seu verdadeiro núcleo, teria posição em sede dos juízos sintéticos *a priori*, que ao mesmo tempo conseguem ser universais e necessários, o que corrobora para a evolução do conhecimento. Segundo tal raciocínio, entende Kant que a Matemática e a Física somente conseguiram atingir o patamar a que chegaram por serem juízos *a priori*¹⁴.

Faz Kant, após tais conclusões, uma proposta de mudança de método no ato cognitivo, por ele denominada de revolução copernicana. Assim, o sujeito não gira em torno dos objetos, mas, ao reverso, os objetos giram em torno do sujeito cognoscente. Dessa forma, o ato de conhecer não deve mais se curvar aos objetos, mas, pelo contrário, os objetos devem se amoldar ao conhecimento.

Tal postura é entendida como uma substituição de uma hipótese idealista por uma hipótese realista, na seara da teoria do conhecimento.

Ao passo que para o realismo, a uma realidade posta, conhecer significa tão-somente registrar o real, para o idealismo há uma interferência do espírito na

elaboração do ato cognitivo, sendo, pois, o real, o resultado de um verdadeiro processo de construção, ou seja, enquanto para o idealismo o conhecer é verdadeiro ato de produção, para o realismo nada mais é que uma visão.

Destarte, não se pode dizer que o idealismo kantiano tenha cunho ontológico, vez que não concerne à coisa em si, a saber, o ser, quer no que toca à sua existência, quer à sua essência, mas, ao reverso, refere-se ao nosso conhecimento das coisas, podendo ser denominado de idealismo gnoseológico, também podendo ser considerado um idealismo transcendental, posto que não se ocupa dos objetos em si, mas da forma que podemos conhecê-los, *a priori*.

E arremata Ferreira dos Santos, citando Georges Pascal: “Idealismo transcendental é a doutrina segundo a qual todo objeto de conhecimento é determinado *a priori* pela própria maneira de nossa faculdade de conhecer.¹⁵”

Portanto, para a filosofia kantiana do conhecimento, a revolução copernicana consiste no fato de o sujeito tornar-se elemento decisivo para o processo de elaboração do conhecimento. E o mesmo citador acima de Pascal, valendo-se desta feita do saber de Manfredo Oliveira¹⁶, costura que “sem a ação da subjetividade, o conhecimento e a ação são impensáveis e por isso querer tematizá-los sem levantar a pergunta transcendental é cair no mais profundo dogmatismo.”

Destarte, ao invés de tomar uma postura meramente contemplativa, age o sujeito cognoscente decisivamente no ato em si de conhecer. É o sujeito que conhece a própria condição necessária de plausibilidade do conhecer. Tem-se, portanto, que a experiência não vem a ser dado inexorável, que se efetivaria tão-somente como simples recepção, mas, ao contrário, transformada pelo sujeito, por intermédio da chamada mediação prévia do Sujeito Transcendental.

Obtempera Marilena Chauí¹⁷ que “Ao falar em Sujeito Transcendental Kant está afirmando que o sujeito do conhecimento ou a razão pura universal é a condição necessária de possibilidade dos objetos do conhecimento, que, por isso, são postos por ele.”

O elemento central da teoria do conhecimento de Kant está no sujeito transcendental, ou seja, a consciência enquanto tal, vale dizer, a razão universal, ao contrário do eu empírico, que é histórico e, portanto, mutável, no que se vê que também para Kant o homem é a medida de todas as coisas¹⁸.

E admitir ser o sujeito o elemento central da teoria do conhecimento equivale a dizer que Kant trabalha com uma filosofia antropológica, por meio da qual procura o pensamento kantiano responder, mesmo que de forma oblíqua, à indagação a respeito do que é o homem.

Entretanto, há se frisar que a preocupação maior de Kant não é a investigação sobre o homem, mas, isto sim, a possibilidade de consecução da objetividade cognitiva. Não se pode negar, contudo, que o homem é para Kant um horizonte, donde ele parte e em função de quem tudo é elucubrado. Ou na sempre pertinente colocação de Paulo Bonavides¹⁹: “Kant faz do homem o eixo de toda a sua indagação crítica.”

Por outro turno, a razão universal em Kant, vale dizer, o sujeito cognoscente e transcendental nada mais seria que não uma estrutura vazia caso fosse separado da sua sensibilidade, o que o faria nada poder conhecer. Deduz-se, pois, ser o pensamento humano jungido à sensibilidade²⁰.

Tão-somente através da práxis se efetivará a libertação da razão em relação à autoalienação, vez que no domínio da prática passa a razão a estar a serviço de si mesma. E tal afirmação é o mesmo que dizer que não se deve procurar as normas do agir do homem na experiência, posto que com tal postura estar-se-ia a submeter o homem ao próprio homem. Ora, o que diferencia o ser humano, patenteando sua dignidade especial, é exatamente o fato de ele jamais poder ser meio para os outros, vez que é fim em si mesmo.

Assim, na visão kantiana, há uma supremacia da razão prática sobre a razão teórica. O ser humano, enquanto livre, encontra na moralidade o eixo de sua libertação. Destarte, por conta da práxis, estamos jungidos ao reino dos fins, o que dá à pessoa a condição de ser detentor de dignidade própria, por força do que todo o resto tem significação relativa.

Efetivamente Só o homem não existe em função de outro e por isso pode levantar a pretensão de ser respeitado como algo que tem sentido em si mesmo.

Volta-se Kant para a moral, após haver estabelecido as possibilidades da razão, seus limites, o que é passível de conhecimento e como se dá o processo cognitivo.

Passa a ser seu desiderato a comprovação da existência da lei moral, que é o parâmetro para o julgamento da moralidade do agir humano. Volta-se, pois, em busca do esclarecimento do princípio supremo da moralidade.

Na obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* Kant arreda a existência de duas razões, asseverando existir uma única razão com funções diferenciadas²¹. Preleciona que possa existir um arremate para uma crítica de uma razão pura prática, sendo possível a simultânea demonstração de sua integração com a razão especulativa num só e comum princípio.

Faz a diferenciação entre os conhecimentos empíricos e racionais, para, ao final, questionar não ser o caso de se criar uma Filosofia Moral absolutamente

depurada de todo o conhecimento empírico, devendo ser uma investigação *a priori* que atenda ao racional e que seja deduzida da razão pura e não da experiência, que se conclui que na visão kantiana as condições de universalidade e necessidade da lei moral encontram-se no próprio sujeito, o que se deduz, outrossim, aí residir a revolução copernicana na ética.

O princípio da moralidade será buscado, *a priori*, exclusivamente nos conceitos da razão pura e não na natureza do homem, nem nas circunstâncias do mundo em que está inserido. Há de se acrescentar que o princípio da moralidade que Kant tem por objetivo determinar é pertinente a todos os seres racionais, quer sejam homens ou não. Conclui-se, portanto, que a investigação kantiana não depende do conhecimento da psicologia empírica, das regras de convivência social, ou da antropologia.

Em tal vereda, igualmente, tem-se o ser humano como horizonte, donde parte todo o pensamento e em relação a quem tudo é pensado, nada obstante se possa afirmar que ao homem retorna, vez que é tomado como fim em si mesmo.

Dessa forma, diferentemente das éticas materiais, as quais partem de determinada concepção do homem, onde se procura definir o que é o Bem, vale dizer, a matéria do Bem, a ética de Kant, por seu turno, é formal, já que não se cuida de dizer que bem deve ser atingido, nem mesmo o que deve ser feito para atingir referido bem, mas sim como se deve proceder, como se deve agir, já que a ação resulta da vontade e que apenas uma coisa há de ser considerada boa por si mesma, a saber, a boa vontade²².

Importa que se diga que o que faz a vontade ser boa não vem a ser o fim que se possa atingir, mas exclusivamente o querer, isto é, a vontade em si mesma e considerada em si mesma, num verdadeiro agir por dever. Assim, há de se distinguir o agir conforme o dever e o agir por dever, residindo o *discrimen* em se proceder motivado ou não por alguma inclinação.

Kant anatematiza qualquer liame entre sensibilidade e razão, o que significa que não admite qualquer influência da sensibilidade, seja no cumprimento da lei, seja em sua origem, uma vez que tal aceitar seria o mesmo que calcar a moral na experiência, enquanto só a razão pode servir de finco para a mesma.

É que no pensamento kantiano ato realizado por dever traz consigo seu valor moral, não exatamente no fim que com o mesmo se quer chegar, mas na máxima determinante, o que faz concluir não depender da realidade do objeto da ação, e sim do princípio do querer²³.

Vê-se na ação moral que o móvel da vontade é o dever, enquanto o fundamento da moralidade reside no respeito à lei, definida por Kant²⁴ como o princípio objetivo, que tem valia para todo e qualquer ser racional,

o qual deve agir em conformidade exata com referido princípio, por ser um imperativo.

Com efeito, se o valor da ação moral não está no resultado que dela se espera, somente a lei poderá determinar a vontade. Dessa forma, a lei nada mais é que o bem moral desprovido de qualquer liame com o que seja exterior à vontade, uma vez que nada a condiciona.

“Lei que deve ser universal, em que a minha máxima se torne uma lei universal; lei que tendo sua origem como um *a priori* deve valer para todo o ser racional em geral.”²⁵

Por conta da racionalidade humana, o indivíduo, ao mesmo tempo em que obedece às leis, tem consciência delas, tendo, outrossim, a vontade, a qual, não sendo perfeita, sujeita-se, quer à razão, quer à inclinação das sensibilidades. Em face de tal conflito, para sua determinação deve a vontade vir a ser constrangida, vez que a lei se lhe apresenta como uma obrigação, um dever.

Para Kant, a obrigação que é a representação da lei, é chamada de mandamento, enquanto a fórmula do mandamento, a maneira como ele se exprime, é o imperativo.

Na seara da moralidade são denominados de categóricos, posto que não estão subordinados a nenhum fim, ou qualquer condição, mas tão-somente à forma e ao princípio donde a ação se origina.

Referido imperativo categórico reside na fórmula que prega se dever agir em conformidade com uma máxima tal, de tal forma que se queira que ela se transforme numa lei universal. Ou seja, deve-se agir de tal sorte que a máxima da ação devesse se tornar, pela vontade do agente, em lei universal da natureza.

Pode-se afirmar, pois, que no pensamento kantiano, inexistente um fim exterior que o homem aspire atingir, mas, isto sim, o fim deve apresentar-se como fim em si mesmo. Com efeito, é o próprio Kant²⁶ que afirma que: “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.”

O mais surge como valor de meio frente ao homem, que é o valor absoluto. Ou seja, tudo está a serviço do homem, uma vez que é ele o fundamento do imperativo categórico. Daí se poder lembrar outra lição kantiana: “Age de tal maneira que uses a humanidade tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”

Ora, sendo a humanidade fim em si mesma, posto que universal, não há como derivar da experiência, do que se conclui que a vontade de todo ser racional é vontade legisladora universal. Vale dizer, o homem fica sujeito à lei que ele próprio cria. Assim, a vontade fica

não só submetida à lei, mas é, concomitantemente, legisladora em relação a esta lei moral, daí restando estampado o princípio da autonomia da vontade, que, por sua vez, é o princípio supremo da moralidade e “é definido como a ‘propriedade graças à qual ela é para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do bem querer) e que é fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional.’”

Na visão kantiana é a condição de legislador universal que nos torna pessoas, eivadas de dignidade, e detentoras de um fim em si mesmas, dando-nos a inserção enquanto membros de um reino de fins, o qual reúne todos os seres dotados de razão, sob o comando de leis comuns.

E arremata Fernando Ferreira dos Santos²⁷: “O conceito de reino dos fins nos faz rememorar que, na práxis, a razão não está submetida, como na teoria, à sensibilidade; ela está, ao contrário, a serviço de si mesma. Na práxis, pois, a razão se liberta da autoalienação da teoria; aquela possui primazia sobre esta. Com efeito, ‘a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois por ela lhe é possível ser membro legislador num reino dos fins’.

A título de conclusão, pode-se dizer que, para Kant, o homem, como vimos, é um fim em si mesmo e, por isso, tem valor absoluto, não podendo, de conseguinte, ser usado como instrumento para algo, e, justamente por isso **tem dignidade, é pessoa.**”

Não se pode deixar de admitir que tal conceito de dignidade da pessoa humana, como fim em si mesmo, não esteja enquadrado numa concepção liberal do Estado, como de fato está²⁸.

Efetivamente toda a reflexão ética em Kant encontra eco na liberdade. Já que o homem pertence ao mundo inteligível, não fica a depender das causas determinantes do mundo sensível e por tal razão é livre, e assim sendo tem autonomia e pode dar leis a si mesmo.

Todo o sistema da razão pura tem finco na liberdade, a qual há de ser compreendida como independência da lei da causalidade universal, sendo, negativamente, um desprendimento da natureza e de suas imposições.

Portanto, a grande finalidade do Estado seria a de definir a ordem e conseguir que a mesma seja cumprida, ao mesmo tempo propiciando ao indivíduo larga liberdade de iniciativa²⁹.

Conclui-se, pois, que o estado, na visão de Kant, é um estado jurídico, como recepcionado pelo individualismo e liberalismo de sua época, e cuja característica seria a de instituir e conseguir manter ordenamento jurídico que conseguisse contemporizar a coexistência das liberdades externas³⁰.

Assim é que um conceito para dignidade da pessoa humana em Kant, inserido em sua teoria liberal, implica em dar ênfase aos seus limites, em sua defesa do individualismo, o qual há de ter prevalência em relação à sociedade, caso haja conflito. Também não se pode deixar de admitir a existência de uma compreensão panorâmica das funções do Estado.

E será exatamente esse individualismo que terá peso na definição dos direitos fundamentais, que se externam, principalmente, pelos direitos da liberdade, inatos a cada pessoa, e por tal razão, de resistência ou oposição frente ao Estado.

Importa que se conclua que, ao se situar Kant como filósofo do liberalismo não se pode deixar-se induzir à rejeição absoluta de sua teoria do homem como fim em si mesmo.

Basta que se contemple a máxima “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”, para se concluir que ao reverso de reverberar uma adesão ao individualismo burguês, propaga como insito do indivíduo a abertura para seus semelhantes³¹.

1.2.2. TEORIAS SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Vem a doutrina constitucional mais moderna analisando o princípio constitucional da pessoa humana sob três óticas, a saber, o individualismo, o transpersonalismo e o personalismo.

Pelo viés da teoria do individualismo tem-se uma visão da dignidade humana com horizonte bastante limitado, em consonância com o liberalismo, sendo chamado, outrossim, de individualismo-burguês, voltando-se o Estado, preponderantemente, para a defesa das liberdades individuais³².

Já pela ótica da teoria do transpersonalismo tem-se a idéia de que a essência do homem não é algo abstrato e voltado para o indivíduo de forma isolada e estanque. Ao reverso, é o indivíduo um interagente das mais diversas relações sociais. As concepções socialistas e coletivistas se encontram sob tal diapasão.

Compreende, pois, o transpersonalismo que, no momento em que se está realizando o bem comum, o bem de todos, realiza-se, *ipso facto*, a salvaguarda dos direitos e interesses individuais. Em caso de choque entre os interesses de um indivíduo e os da coletividade deve prevalecer este último. Abstrai-se, pois, o valor supremo da pessoa humana, para consumir-se a preservação da dignidade da pessoa humana através do coletivo³³.

Há, pois, uma limitação da liberdade, a bem da igualdade, assumindo-se uma compreensão de serem os interesses individuais manifestos através dos interesses da sociedade, havendo, portanto, uma primazia destes sobre aqueles.

Já com esquite na teoria do personalismo há uma total rejeição, seja da visão individualista, seja da coletivista. Incompatibiliza-se tal teoria com a idéia de que haja uma harmonia espontânea entre a sociedade e o indivíduo, bem como não concebe a subordinação absoluta do indivíduo à sociedade.

A partir de uma distinção entre o indivíduo e a pessoa, tenta a teoria do personalismo encontrar uma contemporização entre os valores individuais e os valores coletivos, pelo que, não se tem como *standart* a prevalência do indivíduo ou a supremacia do todo, mas o exame em concreto de cada caso e circunstância³⁴.

Nunca se deve olvidar, contudo, ser a pessoa humana a célula menor da sociedade, não podendo o Estado, nem qualquer outra instituição, desprezá-la.

Há de se considerar que a ótica da teoria personalista acaba por se contrapor a convivência em espontânea harmonia entre a sociedade e o indivíduo, onde ora prevalecem os interesses da sociedade sobre os do indivíduo, ora os do indivíduo sobre os da sociedade.

Quando se faz, pois, uma opção pela linha personalista, acaba por se estabelecer uma nítida distinção entre o indivíduo e a pessoa, deixando-se de enaltecer o individualismo que tem como horizonte o homem abstrato, em consonância com o pensamento do liberalismo burguês, para se elevar a patamar mais alto o conceito de ser humano como peça fundamental do todo que é a sociedade, congregando a forma mais lapidada do gênero, a saber, uma pessoa humana, individualmente considerada.

1.2.3. O DIREITO ALIENÍGENA E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É inegável que de uns tempos para cá o constitucionalismo moderno passou a conviver, inseparavelmente, nos mais alargados ordenamentos jurídicos, com o princípio da dignidade da pessoa humana, o que, por via de consequência, espalhou-se por cada ramo do direito dos respectivos mais vários ordenamentos jurídicos³⁵.

Com efeito, vê-se da legislação espanhola que De acordo como o art. 50.1.a) ET, as modificações substanciais das condições de trabalho, sejam coletivas ou individuais, lícitas ou ilícitas, e independentemente da matéria à que afetem, “que redundem em prejuízo da

formação profissional ou em detrimento da dignidade” do trabalhador, constituem causa justa para a extinção indenizada do contrato de trabalho.

Em respeito ao direito do trabalhador à formação profissional que reconhece a CE, art. 35.1, e o ET, art. 4.2.b), dada a ausência de uma obrigação legal geral de formação contínua ou permanente por parte da empresa, a aplicação do art. 50.I.a) costuma cingir-se à proteção da formação adquirida diante das modificações do contrato que transgridem os limites do poder de direção (art. 39 ET) ou do *ius variandi* (arts. 23.4 ET e 64 LCT), e assim a jurisprudência aprecia a existência do prejuízo quando a troca funcional produz a perda da própria especialização, supõe o pagamento ao trabalhador de funções que não são profissionalmente equivalentes entre si; ou constitui uma regressão profissional não causal nem temporal.

Entretanto, em algum caso os tribunais têm confirmado a violação invocada dos direitos profissionais regulados no art. 22 ET, que, embora externos ao contrato, obrigam o empresário a procurar que seu exercício seja compatível com aquele, dentro dos limites impostos pelas necessidades organizativas da empresa, Vasco 26 de Fevereiro de 1991 (Colex, JL núm. 304/1991) e STS 9 de abril de 1990 (Art. 3432). SSTS 11 de março de 1991 (AL núm. 36/1991, Marg. 868) e 15 de março de 1991 (Cales, JL núm. 303/1991), e STSJ Madri 8 janeiro de 1991 (AL núm. 18/1991, marg. 447). STSJ Madri 19 de fevereiro de 1991 (AL núm. 31/1991, marg. 764) e SSTS 14 de maio e 31 de janeiro de 1991 (Colex, JL núm. 588 e 454/1991), entre muitas outras. Casas baamonde, formação e estabilidade no emprego...op. cit., p. 7, como é o caso da STSJ Galicia 10 de abril de 1991, onde a modificação horária impedia o trabalhador de realizar a atividade de apostolado, assim como se matricular em cursos de Teologia; ou o da STSJ Catalunha 22 de julho de 1991, no que a supressão unilateral do horário flexível impossibilitava ao trabalhador seguir assistindo aos cursos de Diplomação em Informática.

Uma modificação substancial atenta contra a dignidade do trabalhador [art. 4.2. e) ET], constitui-se “uma ofensa a sua honorabilidade e ao valor que de si mesmo tenha, ou antes, aos demais logre”; “uma notória deterioração do prestígio profissional, trabalhista, social e econômico”; não se recomenda ao trabalhador atividades nenhuma depois da modificação implantada, “e no que é claramente ofensivo receber um salário sem trabalhar e sem que isto exista uma razoável justificação”, ou a atividade designada constitui uma “discriminação humilhante”.

Trata-se, pois, de um critério ambíguo, que introduz uma considerável dose de subjetividade para a determinação da sua presença, embora precisamente isso é o que permite a sua utilização diante das situações

que, objetivamente, não suporiam um atentado contra a dignidade do trabalhador, como é o caso da atribuição de funções de inferior categoria. E no que nenhum trabalho é em si mesmo degradante ou humilhante.

A diferença fundamental entre a causa prevista no art. 50. I. a) e a dos arts. 41.3 e 40.2, fundamenta-se em que a modificação substancial, por prejudicar gravemente os direitos trabalhistas do trabalhador à formação profissional e/ou à dignidade, não é simplesmente lesiva, porém constitui um incumprimento grave das obrigações contratuais do empresário, pelo que é a presença deste cumprimento, o elemento delimitador da aplicação desses mandatos.³⁶

Dispensável dizer que a partir de tal inserção protuberou uma nova forma de se encarar a relação sociopolítica baseada no sistema jurídico. Daí para frente o princípio constitucional da dignidade humana, nos países que efetivamente o adotaram em seus ordenamentos, passou a ser o ponto de partida e de chegada do Direito.

Nosso constituinte, ao adotar o princípio da dignidade humana, seguiu a trilha do constituinte alemão de 1959, o qual, no Título I – Dos Direitos Fundamentais – artigo primeiro, sobre a proteção da dignidade do homem, estabelece da seguinte forma:

“(1) A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

(2) O povo alemão reconhece, portanto, os direitos invioláveis do homem como fundamentos de qualquer comunidade humana, da paz e da justiça no mundo.

(3) Os direitos fundamentais a seguir discriminados constituem direito diretamente aplicável aos Poderes legislativo, executivo e judiciário.”

Na Constituição Hispânica de dezembro de 1978 vê-se que restou igualmente estabelecido que a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento de sua personalidade, o respeito à lei e ao direito dos outros são fundamentos de ordem política e paz social.

A Constituição Lusitana, de abril de 1976, posteriormente reformada em 1982 e 1989, define Portugal como “uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”

Também se vê referência à expressão dignidade humana, logo no intróito, nas Cartas Políticas, da Venezuela, do Peru, da Bulgária, da Irlanda e da Índia, e no corpo das Constituições da Colômbia, de Cabo Verde, da Grécia e da China.

A Constituição Alemã elevou a proteção à dignidade humana a patamar máximo, ao estabelecê-la como direito absoluto.

Já na Carta Magna do país belga, mais especificamente em seu artigo 23, restou consagrado o direito do cidadão de levar uma vida em conformidade com a dignidade humana, configurando-se verdadeiro direito autônomo. Também tal Carta Política da Bélgica assevera que referida dignidade é um direito objetivo a ser perseguido pelo legislador no momento em que ele vier a erigir outros direitos.

Extrai-se de tal texto que o direito de levar uma vida em conformidade com a dignidade humana deverá ser, a curto espaço de tempo, o justificador de todos os outros direitos.

Assim é que o Conselho Europeu de Luxemburgo lembrou, em 29 de junho de 1991, que a promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, como aquela dos direitos civis e políticos, e bem como aquela do respeito às liberdades religiosas e de culto, são de uma importância fundamental para a plena realização da dignidade humana e para as aspirações legítimas de todo indivíduo.

O fato é que é de entendimento comum dos constitucionalistas europeus de nomeada que a dignidade humana funcionaria como o alfa-ômega do sistema constitucional de proteção das liberdades.

E não se diga que tal pensamento seja tão recente, uma vez que do debruço sobre os prolegômenos da Declaração Universal dos Direitos do Homem depara-se com a previsão de que, o reconhecimento da dignidade, insita a todos os componentes da família humana e de seus direitos inafastáveis, enseja o fundamento da liberdade, da justiça e da paz mundial. É de se lembrar que no mesmo texto contempla-se a assertiva de que todos os seres humanos nascem livres e são iguais em dignidade e em direitos.

Congrega, pois, a dignidade humana, o respeito que merece o homem, daí não haver que se reclamar por dignidade humana, muito menos negociá-la. Há, portanto, uma natural e absoluta imposição da dignidade humana, com o que tão –somente a vida poderá ser digna de ser vivida³⁷.

Sendo, pois, o primeiro dos fundamentos de uma Carta Política a preservação da dignidade da pessoa humana é de se concluir que a plêiade de direitos fundamentais erigidos numa carta constitucional não externa uma postura de concessão voluntarista e positivista do legislador constituinte, como se fosse uma simples graça do príncipe, uma concessão do poder estatal, mas ao reverso, estampa a ratificação de um conjunto de direitos intangíveis e inalienáveis, anteriores mesmo ao próprio estado, aos quais este está

jungido e tem a obrigação de respeitar, direitos que se ligam e nascem da própria dignidade da pessoa humana, externando uma faceta intocável dessa dignidade³⁸.

Destarte, ao se reconhecer o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do estado desnuda-se o pressuposto antropológico essencial em que se escoram e donde surgem os direitos fundamentais, também chamados de direitos humanos.

É de se afirmar que mesmo que não conste explicitamente em Carta Política a alusão ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem por tal razão não há de preponderar o respeito e a primazia da referida dignidade no atual momento histórico em que nos enquadrados.

E em todo e qualquer sistema que erija direitos fundamentais, por via de consequência, não há como não estar presente, ainda que de forma indireta e implícita, a busca da preservação da dignidade do homem, e, conseqüentemente, evidencia-se que tal ordenamento adota, inexoravelmente, o princípio da dignidade da pessoa humana³⁹.

1.2.4. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO BRASILEIRO

Embora se tenha visto que desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem já se apregoava o respeito à dignidade humana é certo que tem sido nas Constituições mais recentes que relevo e mesmo até menção explícita ao princípio em baila têm sido observados.

Assim é que, no sentido que de último vem sendo assimilado, é recente o louvor mais expressivo ao princípio da dignidade da pessoa humana, encontrando tal princípio fundamento na integridade e inviolabilidade da pessoa humana, contemplada numa ótica mais elevada, que transcende a compreensão restrita de um ser aquinhado com um físico⁴⁰.

É de se admitir, pois, que doutrina e jurisprudência não têm se dedicado à matéria na proporção de sua importância, o que é facilmente perceptível, seja por um vislumbre nas publicações restritas a respeito do referido princípio, seja por conta de um panorama na jurisprudência de nossos pretórios.

Oxalá mude a curto prazo tal cenário.

Da contemplação de nossa Constituição Federal vê-se que foram seguidos os novos ventos do constitucionalismo moderno, uma vez que restou consignado como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade humana, que tomou a feição de elemento conformador do Estado Democrático.

Efetivamente, já no art 1º do Texto Maior tem-se:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III- a dignidade da pessoa humana;

(...)”.

É de se concluir que dar fundamento ao Estado na dignidade da pessoa humana patenteia o reconhecimento do valor do homem enquanto ser livre, ao mesmo tempo em que o próprio Estado reconhece ter suas pilastras na observância do princípio em baila em favor do ser humano, abrangendo tal princípio não somente os direitos individuais, mas os direitos outros, de natureza econômica, social e cultural.

Assim, o fato de a Constituição Federal haver asseverado que um dos fins do Estado Democrático é a dignidade da pessoa humana não só implica no reconhecimento da liberdade, mas também na garantia, a ser propiciada pelo próprio estado, de condições mínimas de existência à pessoa humana, o que deve ser observado pela ordem econômica, de tal sorte que sejam espancadas extremas desigualdades que venham a ocorrer no seio da sociedade, cujo Texto Maior anatematiza o desrespeito à dignidade do homem⁴¹.

É, pois, bastante profunda a idéia de dignidade humana, remontando aos mais basilares direitos, a começar pelo próprio direito à vida.

Há de se dizer que a dignidade da pessoa humana, como inculpada em nossa Carta Política, é uma referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, devendo, por tal razão, seu conteúdo ser compreendido com caudalosa valoração que encare seu sentido normativo-constitucional, afastando-se, tanto quanto possível, uma noção superficial da essência do próprio homem, de tal sorte que se arrede qualquer idéia apriorística do homem, sendo inaceitável que se estabeleça um reducionismo do verdadeiro sentido da dignidade humana à restrita defesa dos direitos tradicionais, deixando-se de lado os direitos sociais, ou simplesmente fazer menção a tal princípio tão-somente para edificar a teoria do núcleo da personalidade individual, olvidando quando a questão for a garantia das bases do existir do homem⁴².

É indispensável, pois, para a harmonização de tal desiderato constitucional, que a ordem econômica tenha por escopo a propiciação a todos de uma vida digna, bem como possa a ordem social corroborar para

a implementação de uma justiça social, a educação, por sua vez, vir a dar lugar ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, bem como o necessário embasamento para que venha a exercer a cidadania, tudo não com vagos enunciados, mas, isto sim, como delimitadores e norteadores do conteúdo da norma eficaz da dignidade da pessoa humana.

Vê-se, pois, que ao elencar o Texto Maior o princípio da dignidade da pessoa humana, escora para os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, e fundamento do Estado Democrático de Direito, não quis externar mera declaração de princípios, mas que tal princípio fosse fonte produtora de efeitos jurídicos na interpretação e na aplicação das leis e dos outros princípios constitucionais⁴³.

Assim, tem-se que a pessoa humana é um mínimo intangível a ser protegido por todo ordenamento jurídico, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana um caráter absoluto, posto que, mesmo que em determinadas situações se faça a opção pelo valor da coletividade, tal escolha não deverá, tanto quanto possível, ferir ou sacrificar o valor humano⁴⁴.

O esperado é que se possa encontrar o ponto de equilíbrio quando a empreitada for a de escolher entre a prevalência dos interesses do indivíduo ou do interesse social. É este o desafio para a filosofia prática e a política, qual seja, desvendar onde se encontra a plena harmonia e o equilíbrio entre o resguardo dos direitos e interesses do indivíduo e a preservação dos direitos e interesses da sociedade.

A propósito é a já mencionada teoria do personalismo, que, ao contrário das demais, quais sejam, a do individualismo e a do transpersonalismo, procura contemporizar os interesses do indivíduo e da sociedade, almejando alcançar o ponto de equilíbrio, para o que evita as absolutizações. É, portanto, a constante busca do que toca o indivíduo e do que toca o todo. Há, pois, com tal postura mediadora, um reconhecimento de que a harmonia da ordem social com o interesse de cada indivíduo reside no valor que se presta à pessoa humana⁴⁵.

O norte há de ser aquele que indica para a postura de que o indivíduo deve ceder lugar ao todo até o momento em que não venha a ser escoriado o valor da pessoa humana, a saber, a plenitude do homem enquanto homem, posto que, sempre que se aspirar olvidar a esfera da personalidade, estar-se-á aberto para a consumação de conduta arbitrária.

Destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana assegura um mínimo necessário ao homem tão só pelo fato de ele congrega a natureza humana, sendo todos os seres humanos contemplados de idêntica

dignidade, tendo, portanto, direito de levar uma vida digna de seres humanos.

É da perfeita compreensão do sentido de dignidade humana que o intérprete poderá detectar a existência de normas ou atos infraconstitucionais que não se coadunam com a escolha do constituinte de respeito ao ser humano.

Conclui-se, pois, que o comentado princípio da dignidade da pessoa humana tem relevante papel na estrutura constitucional como fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, dando unidade e coerência ao conjunto dos mencionados direitos fundamentais.

Há, portanto, uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana no elenco de direitos e garantias fundamentais insculpidos no título II da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, quer se contemplem os direitos individuais e coletivos, quer se abebere dos direitos sociais ou dos direitos políticos, reside nos direitos fundamentais a concretização do elevado princípio da dignidade da pessoa humana.

Como visto do pensamento de Kant, é o sujeito o primeiro, o centro do conhecimento, vale dizer, a condição necessária e suficiente de possibilidade de existência e do sentido do conhecimento, sendo inconcebível conhecimento e ação sem a ação da subjetividade.

Contudo, o sujeito transcendental de Kant, ou seja, a consciência enquanto tal entendida como razão universal, nada mais é que uma simples estrutura vazia, a qual, desvinculada da sensibilidade, impedida fica de conhecer. Daí se concluir que o pensamento é dependente da sensibilidade, ou na expressão de Manfredo de Oliveira, citado por Ferreira dos Santos⁴⁶, “pode-se dizer que a teoria é para Kant, a dimensão da autoalienação da razão.”

Via de conseqüência, tão-somente por intermédio da práxis a razão conseguirá desvencilhar-se dos grilhões da autoalienação na teoria, uma vez que, como o domínio da prática, a razão restará a serviço de si mesma. Verifica-se, portanto, que para Kant há uma prevalência da razão prática sobre a razão teórica. A libertação do homem e a plena implementação da condição de um ser livre residiriam na moralidade. Tem-se, pois, que a ação livre é uma ação por finalidade e não por mera causalidade. Por força da práxis pertence o homem ao reino dos fins, daí ser a pessoa humana um ser eivado de dignidade própria.

A dignidade humana residiria, dentre outras, no fato de ele homem, por conta dessa dignidade especial, não poder servir de meio para os outros, mas, ao contrário, é fim em si mesmo. É o que literalmente diz

Kant⁴⁷, em sua obra *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*: “o homem, e, duma maneira geral, todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade.”

Deduz-se, portanto, que devendo o indivíduo agir de tal forma que sua ação venha a se tornar lei universal, sua humanidade há de ser usada, tanto em relação à pessoa do agente como de qualquer outro, sempre como fim e nunca tão-somente como meio.

Vale dizer, pois, que cada homem é fim em si mesmo. Ao asseverar a Carta Política que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil vem de imediato a conclusão que o estado existe em função e para o bem das pessoas, e não o contrário. E aqui se entenda que não só o estado deva existir em função das pessoas, mas, outrossim, o próprio Direito tem igualmente tal desiderato de existência em prol do homem⁴⁸.

O fim buscado, pois, é a dignidade, a dignidade do homem. Há, pois, de se reconhecer na juridicidade da norma esse escopo de propiciação da dignidade humana. Tal não sendo reconhecido é de se admitir que tal norma é ilegítima.

Na própria disposição constitucional se vê que obrou com acerto o constituinte ao por o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do estado.

Daí que toda qualquer ação do estado há de ser mensurada sob o cajado da constatação ou não de que cada pessoa foi tomada como fim em si mesmo, ou somente como instrumento e meio para outros objetivos, cuidado que tem sentido para viabilizar a ação em termos de constitucionalidade, posto que escoriada não poderá ser a dignidade humana.

É de se considerar, outrossim, que o mencionado respeito à dignidade humana, focalizado pela idéia de democracia, implica numa forma diferenciada de se enxergar o que venha a ser liberdade, justiça, igualdade e segurança, vislumbre que jamais poderá olvidar a condição humana de meio e nunca de objeto para a implementação de tais valores, sendo, ao reverso, o ser humano, escorado em sua dignidade, o próprio destinatário de tais aspiradas conquistas⁴⁹.

Também deve ser considerado que a dignidade dimensiona a racionalidade jurídica, tendo o conhecimento jurídico, como objeto imediato, a dignidade humana cristalizada na ordem normativa.

O só fato de se considerar o homem como fim em si e que a existência do estado seria em função do homem não implica, *ipso facto*, numa ótica individualista da dignidade da pessoa humana, vale dizer, que o estado não possuiria um fim próprio. Entretanto, seu fim coincide com os fins multifários de todos os

indivíduos⁵⁰. Da mesma sorte a consideração do indivíduo como fim em si mesmo, com direitos fundamentais e anteriores ao estado não implica que, frente a um conflito entre o indivíduo e o estado sempre se dê prevalência ao indivíduo.

Assim é que, ao se adotar uma concepção personalista, não se pode fechar os olhos à necessidade de uma coexistência de harmonia entre indivíduos e a sociedade, não sendo de se esperar que sempre os interesses dos indivíduos prevaleçam sobre os interesses da sociedade, nem muito menos que os interesses da sociedade sempre prevaleçam sobre os interesses dos indivíduos.

Ao reverso, o esperado é a contemporização entre os valores individuais e os valores coletivos, inexistindo um predomínio do interesse individual sobre o interesse coletivo, nem muito menos o predomínio do interesse coletivo sobre o interesse individual.

Cada caso e cada circunstância há de propiciar uma postura diferenciada, a qual redundará, quer na absoluta harmonização de ambos os interesses, quer na prevalência de um sobre o outro.

Ao se adotar uma concepção personalista de dignidade humana há que ser feito um *discrimine* pessoa e indivíduo. Não há, pois, com tal postura, uma intenção de exaltação do individualismo, do homem em abstrato, o que é próprio do liberalismo-burguês, mas, ao reverso, o que se procura elevar é a condição do ser humano enxergado como parte imprescindível do todo que é a sociedade, sendo, portanto, forma do mais alto gênero, a saber, uma pessoa no sentido mais amplo da palavra⁵¹.

Enquanto o homem abstrato congrega uma unidade em si mesma fechada, o ser humano é encarado como entidade aberta.

Dessa forma pode-se afirmar inexistir valor que supere o do ser humano, daí que, em caso concreto, o valor coletivo não deve ferir o valor da pessoa humana. É, pois, a pessoa, um *minimum*, o qual nem o estado, nem qualquer outra instituição pode ultrapassar. É lógico que referido *minimum* deve ser apurado em cada situação concreta na qual existir colisão entre interesses diferenciados, não podendo, igualmente, ser olvidada a realidade histórica. É, pois, a pessoa, um conceito aberto, e nunca fechado⁵².

Neste diapasão é a pessoa o valor último e supremo da democracia, que tem o condão de dimensionar e de humanizar. É, outrossim, a raiz antropológica constitucionalmente estruturante do Estado de Direito, o que não passa necessariamente por uma idéia fixista de dignidade da pessoa humana. Ao reverso, sendo a pessoa uma unidade aberta gera uma integração pragmática.

E arremata Fernando Ferreira dos Santos⁵³: “Saliente-se, ainda, pelo caráter intersubjetivo da dignidade da pessoa humana, defendido por W. Maihofer, citado por Pérez Luño, na elaboração de seu significado parte-se da situação básica (*Grundsituation*) do homem em sua relação com os demais, isto é, da situação do ser com os outros (*Mitsein*), em lugar de fazê-lo em função do homem singular encerrado em sua esfera individual (*selbsein*). O que, ressaltamos nós, tem particular importância na fixação, em caso de colisão de direitos fundamentais de dois indivíduos, do *minimum* invulnerável, além de, como destacou Pérez Luño, contribuir para o estabelecimento dos limites e alcance dos direitos fundamentais.

Relembre-se, neste momento, a decisão do Tribunal Constitucional espanhol que, precisando justamente o significado da primazia da dignidade da pessoa humana (art. 10.1 da Constituição espanhola), sublinhou que a dignidade há de permanecer inalterável qualquer que seja a situação em que a pessoa se encontre, constituindo, em consequência, um *minimum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.”

Pode-se, pois, admitir que a dignidade da pessoa humana é um princípio absoluto enquanto se finca no fato de a pessoa ser um *minimum* invulnerável, o qual todo o estatuto deve assegurar, e mesmo que em caso concreto venha a se fazer uma opção pelo interesse coletivo, tal ato de escolha nunca deverá ferir o valor da pessoa humana em jogo.

Ferreira dos Santos admite sua posição distanciada de Robert Alexy, para a seguir obter: “Distanciamos-nos, pois, do pensamento de Robert Alexy, que... rejeita radicalmente, a existência de princípios absolutos, chegando a afirmar que se os há, impõe-se modificar o conceito de princípio⁵⁴.”

Entendendo como princípio absoluto aquele que, em caso de colisão, tem que preceder a todos os princípios, Robert Alexy adverte que se poderia pensar que o art. 1º, par. 1º, da Lei Fundamental alemã traz um princípio absoluto. No entanto, diz ele, tal impressão reside no fato de que a norma da dignidade da pessoa humana é tratada em regra, e, em parte como princípio. Absoluto, então, não é o princípio, mas a regra. No entanto, não especifica quando a norma da dignidade da pessoa humana é uma regra e quando é um princípio. O que nos leva a levantar, pelo menos, uma objeção: se a distinção entre regras e princípio é de natureza lógica, como pode uma mesma norma ser em um momento um princípio e, em outro, uma regra⁵⁵?

Exemplificando o seu pensamento, acrescenta que os princípios podem referir-se a bens coletivos ou a direitos individuais. Ora, diz ele, se um princípio se refere a bens coletivos e é absoluto, as normas de direito

fundamental não podem fixar-lhe nenhum limite, inexistindo, em consequência, direitos fundamentais. Se, de outro lado, um princípio absoluto se refere a direitos individuais, a ausência de balizas jurídicas conduzirá, em caso de colisão, a uma contradição, pois todos os direitos dos indivíduos fundamentados por um princípio terão que ceder frente ao direito de outro indivíduo fundamentado pelo mesmo ou outro princípio.

Vê-se, portanto, que o emprego da dicotomia do autor alemão citado por Ferreira Santos fica inserido nas concepções individualista e transpersonalista da dignidade da pessoa humana, das quais diz o autor nacional discordar.

É de se lembrar que na concepção personalista não existe, a princípio, prevalência do indivíduo sobre o todo ou vice-versa. Busca-se a solução caso a caso, em conformidade com as circunstâncias, podendo-se ora dar prevalência de um sobre o outro, ora chegar-se a uma contemporização. Pode-se dizer ser tal princípio um mandado de otimização. Ora, sendo a pessoa humana um *minimum* intangível, o fato de se optar, em certa circunstância, pelo valor coletivo jamais poderá ferir ou sacrificar o valor da pessoa. É em tal sentido que ele se apresenta como um princípio absoluto.

A doutrina reconhece duas dimensões constitutivas na dignidade da pessoa humana, a saber, uma negativa e outra positiva. A negativa é a que impede que a pessoa venha a ser objeto de humilhações ou ofensas. E exemplifica Ferreira dos Santos⁵⁶: “Daí o nosso texto constitucional dispor, coerentemente, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”(art. 5º, III, CF) Com efeito, “a dignidade – ensina Jorge Miranda – pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas”.

No pensar de Canotilho⁵⁷ impõe-se “a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável da sua individualidade autonomamente responsável; a garantia da identidade e integridade da pessoa através do livre desenvolvimento da personalidade; a libertação da “angústia da existência” da pessoa mediante mecanismos de sociabilidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas.”

Afonso da Silva, citado por Ferreira dos Santos⁵⁸, conclui ser inaceitável “um sistema de profundas desigualdades, uma ordem econômica em que inumeráveis homens e mulheres são torturados pela fome, inúmeras crianças vivem na inanição, a ponto de milhares delas morrerem em tenra idade... Aliás, a nossa Constituição, em seu art. 170, *caput*, dispõe, expressamente, que “a ordem econômica, fundada na

valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna...”

E após tal citação vale-se da Encíclica *Gaudium et Spes* para lembrar que escoria a dignidade da pessoa humana “tudo quanto se opõe à vida, como seja toda a espécie de homicídio, genocídio, aborto, eutanásia e suicídio voluntário; tudo o que viola a integridade da pessoa humana, como as mutilações, os tormentos corporais e mentais e as tentativas para violentar as próprias consciências; (...) as condições de vida infra-humanas, as prisões arbitrárias, as deportações, a escravidão, a prostituição, o comércio de mulheres e jovens; e também as condições degradantes de trabalho, em que operários são tratados como meros instrumentos de lucro e não como pessoas livres e responsáveis.⁵⁹”

Lembrada a dimensão negativa da dignidade da pessoa humana, tem-se que sua feição positiva subentende o pleno desenvolvimento de cada pessoa, o qual se dá pelo reconhecimento da total autodisponibilidade, sem que existam interferências externas, bem como pressupõe a autodeterminação surgida da livre projeção histórica da razão do homem, o qual não nasce com uma predeterminação da natureza.

Daí estarem no corpo constitucional, enquanto objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos, como se vê no art 3º, III e IV da Carta Política.

1.2.5. A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Pelo que até então se desenvolveu não fica de difícil conclusão que a atual Carta Magna deu ao princípio da dignidade da pessoa humana a compleição de núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo por conta daquele princípio que estes direitos fundamentais se dispuseram da forma constante no texto constitucional.

Tendo tal estrutura de núcleo fundamental, em hipótese algum poderá vir a ser escoriado, uma vez que congrega o verdadeiro coração do direito, o qual, uma vez destruído, o direito deixaria de existir⁶⁰.

Posto que referida postura de núcleo essencial está atrelada a toda idéia de direitos fundamentais, incompatíveis seriam todas e quaisquer construções constitucionais que fossem de encontro a direito subjetivo individual, o que aconteceria caso fosse

adotada a prisão perpétua ou a pena de morte, duas sanções que se chocariam com os direitos à liberdade e à vida, os quais, por suas vezes, têm escora no princípio da dignidade humana⁶¹.

Assim como temos a forma de hermenêutica constitucional de interpretação conforme a constituição, podemos afunilar tal maneira de interpretar a norma constitucional e em determinadas situações fazer uma interpretação conforme os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, os quais se escudam em valores e princípios constitucionais, de tal sorte que mencionados direitos fundamentais conformem a decisão de qualquer instância judicial, observando, assim, o sistema jurídico hierárquico-axiológico.

É de se notar que tal interpretação conforme os princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana, se prestam a corroborar para o chamado ativismo judicial, que em nada mais consiste senão no comprometimento do Poder Judiciário com a construção política do desenvolvimento social⁶².

É consenso hodierno que o Judiciário já não mais pode ser um mero executor de funções jurídicas, técnicas e secundárias, mas, ao reverso, há de ser um inovador da ordem jurídica e social, exercendo papel ativo, eivando suas decisões de efeitos notoriamente políticos.

Deduz-se, portanto, que o aqui examinado princípio da dignidade da pessoa humana há de ser observado tanto pelos administradores públicos, enquanto gestores da coisa pública, quanto pelos legisladores na confecção do corpo normativo, bem assim pelo aplicador da lei no exercício da função jurisdicional, haja vista que nenhum dos membros do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário tem autorização da Carta Magna para fechar os olhos ao princípio que dignifica a pessoa humana, residindo neste um dos espeques do Estado Social e Democrático de Direito.

Não é de difícil dedução, pois, que o magistrado ou administrador que, efetivamente comprometidos com a obrigação a eles imanente de realizar os fins do estado, regulem suas decisões com base no princípio da dignidade da pessoa humana, estão dando cumprimento ao valor maior da justiça social, de realização tão almejada pela Constituição Federal.

Da mesma sorte, a função legiferativa não estaria, em absoluto, descomprometida com a implementação de tal elevado princípio desde que aberta para ouvir os mais legítimos anseios da sociedade.

Uma vez verdadeiramente observado pelos agentes políticos o princípio da dignidade da pessoa humana como amálgama dos direitos fundamentais insertos na Carta Política, esta se transformará em força ativa, com o condão de instalar a paz e a harmonia social, buscas maiores do direito.

Conclui-se, pois, ser o princípio da dignidade da pessoa humana a fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, fonte de natureza ética, propiciando unidade de sentido, valor e concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais, valor básico e fundamentador dos direitos humanos, sendo referidos direitos fundamentais a expressão mais imediata da dignidade humana.

Por tal razão tem-se que os direitos fundamentais são a centralidade dentro do sistema constitucional, apresentando não só um caráter subjetivo, mas também uma função estruturante, sendo condição indispensável para o pleno estabelecimento do estado democrático de direito.

E lembra Ferreira Santos⁶³: “Daí, outrossim, a fundamentalidade destes direitos, tanto formal como material. Ou seja, as normas de direito fundamental ocupam o grau superior da ordem jurídica; estão submetidas a processos dificultosos de revisão; vinculam imediatamente os poderes públicos; significam a abertura a outros direitos fundamentais.”

No mesmo diapasão há de se compreender o porquê de o constituinte haver estabelecido a vedação de deliberação de proposta de emenda que pretenda abolir os direitos e garantias individuais, como se vê no parágrafo 4º, IV, do art. 60 da CF, bem assim a não exclusão de outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna, ou dos tratados internacionais de que faça parte a República Federativa do Brasil, como se assenta nos parágrafos 1º e 2º do art 5º da Carta Política Brasileira.

Destarte, toda e qualquer interpretação dos preceitos constitucionais e legais deverá ser feita com espeque nas normas constitucionais que elevam os direitos fundamentais.

Ferreira Santos⁶⁴, arrematando com Canotilho e Perez Luño, obtempera: “Com razão, Canotilho fala “que a interpretação da Constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais”. E, nas palavras de Perez Luño, “para cumplir sus funciones los derechos fundamentales están dotados de una especial fuerza expansiva, o sea, de una capacidad de proyectarse, a través de los consiguientes métodos o técnicas, a la interpretación de todas las normas ‘del ordenamiento jurídico. Así, nuestro Tribunal Constitucional ha reconocido, de forma expresiva, que los derechos fundamentales son el parámetro de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento.”

1.2.6. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E ISONOMIA

De tudo o que acima se mencionou a respeito do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana impõe-se agora que se faça um cotejo em relação ao princípio da isonomia.

Em que pese não se venha a tratar do referido princípio da igualdade na presente quadra, não há como, ainda que em lampejo, deixar de se realizar um exame da isonomia à luz da dignidade humana.

Ora, viu-se que o respeito à dignidade humana é a busca mais frenética da República Federativa do Brasil. E tal dignidade humana há de ser estendida a todo ser humano, enquanto pessoa.

A partir do momento em que a dignidade humana é preservada para parte da população, que pode ter acesso à alimentação, moradia, saúde, educação, segurança, previdência, transporte, dentre outros, e que outra expressiva gama de pessoas da mesma nação fica tolhida de tal acesso, escoriou-se duplamente a Carta Política, a uma pelo fato de não se respeitar o princípio da dignidade humana em relação aos mencionados relegados, e a outra pelo fato de não se implementar a isonomia, vale dizer, ao se dispensar tratamento diferenciado a alguns em relação a outros, todos, igualmente, pessoas, e, portanto detentoras do direito de preservação de suas dignidades de pessoas humanas e do direito de tratamento isonômico.

Dessa forma, dignidade da pessoa humana e isonomia são princípios constitucionais que caminham próximos, sendo que o primeiro antecede o segundo, vez que todo ser humano é credor de ver preservada sua dignidade e por tal razão, em relação a outro ser humano, há de merecer igual tratamento, pena de estar sendo diminuído em sua dignidade em relação ao que está sendo beneficiado, e ao mesmo tempo estar sendo vilipendiado em seu direito de usufruir, em situações iguais, de tratamentos iguais.

Assim, é o princípio da isonomia uma confirmação do princípio da dignidade da pessoa humana, posto que, se para A, enquanto indivíduo e pessoa, há de ser preservada sua dignidade, B, igualmente indivíduo e pessoa há de merecer o mesmo tratamento, pena de se olvidar, num primeiro plano a dignidade com a qual B deve ser tratado, e num segundo plano restar ferido o princípio constitucional que determina que os iguais devem ser tratados igualmente.

Em situação prática, pois, em que se trata A de forma mais benéfica que B, sem nenhuma razão plausível para tanto, protuberam duas feridas ao espírito de nossa Carta Política, a saber, fere-se a dignidade humana

daquele que se vê em igualdade de condições que o outro sendo prejudicado por razão injustificável, e fere-se o princípio da isonomia, que determina que os iguais hão de ser tratados igualmente, por uma única razão, qual seja, toda pessoa humana deve ser respeitada em sua dignidade, e o fato de ser passada para trás por tal ou qual razão é uma ferida de morte em sua dignidade humana, vez que o prejudicado não é, em absoluto, menos humano e menos pessoa, a ponto de ter que tolerar o *discrimine*.

Assim, numa seqüência lógica, pode-se dizer que os valores que uma sociedade adota ao longo de caudaloso processo de sedimentação, ora maior, ora não tão elástico para valores mais basilares, servem de pano de fundo para que venham à baila os princípios, que pairam acima das normas, externando o espírito do ordenamento jurídico. Referidos princípios, na seara constitucional, têm lugar de relevo na Constituição Federal, devendo ser o norte de aplicação do Direito pelo intérprete da lei. O princípio da dignidade humana, inegavelmente, desfruta de posição hierárquica privilegiada na Constituição Federal, sendo verdadeiro ponto de partida para os demais princípios e via de conseqüência para as normas, vez que, preservando-se o ser humano em sua dignidade, tudo o mais é possível.

Daí que, ao nosso ver, o princípio da isonomia é uma ratificação do princípio da dignidade humana. É como se o constituinte afirmasse que sendo devida a observância da dignidade humana para A, a partir do

momento que para B, que é igualmente uma pessoa, deixa de se dar, em certa circunstância, tratamento igual ao que se dá à A, fere-se a dignidade humana de B, uma vez que a própria idéia de generalidade da norma e do princípio restou espancada, e por via de conseqüência vilipendiou-se outro princípio conseqüente do princípio da dignidade humana, a saber, o princípio da isonomia.

Assim, há que se tratar igualmente A e B porque ambos são pessoas, e portanto detentoras de dignidade humana. A partir do momento em que, em situação idêntica, sem as exceções em que o estudo da isonomia permite o *discrimine*, trata-se A de forma diferenciada em relação a B, numa primeira ótica o que restou depauperado foi a dignidade humana de B, posto que, não obstante ser pessoa humana, merecedora em idêntica forma que A do respeito a sua dignidade, foi nesta escoriado ao ser passado para trás com o injustificado privilégio que se deu à A, ocasião em que se feriu, outrossim, o princípio da isonomia.

Dessa forma, a cronologia seria: valor; princípios constitucionais; princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da isonomia, se quisermos dar uma ordem ao estudo a que nos propusemos.

Se a lei está em função do homem e a serviço da regulamentação de sua vida em sociedade, estar a serviço do homem é, num primeiro plano, preservar sua dignidade enquanto ser humano, idéia da qual deverão partir todos os demais regramentos que nortearão a vida do cidadão num estado democrático de direito.

NOTAS

1. ANDRADE, José Carlos Vieira: *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almeida, 1987, p. 116.
2. *Apud* ANDRADE, José Carlos Vieira: *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almeida, 1987, p. 116.
3. ANDRADE, José Carlos Vieira: *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almeida, 1987, p. 119.
4. ANDRADE, José Carlos Vieira: *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almeida, 1987, p. 124.
5. ANDRADE, José Carlos Vieira: *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almeida, 1987, p. 125.
6. ANDRADE, José Carlos Vieira: *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almeida, 1987, p. 129.
7. ANDRADE, José Carlos Vieira: *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almeida, 1987, p. 130.
8. VAZ, Henrique C. de Lima: *Antropologia Filosófica*. São Paulo: Loyola, 1993, p. 219.
9. REALE, Miguel: *Questões de Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 4.
10. REALE, Miguel: *Questões de Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 4.
11. CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1995, p. 172.
12. KANT, Immanuel: *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Abril, 1993, p. 32.
13. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 21.
14. CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1995, p. 172.
15. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 21.
16. OLIVEIRA, Manfredo A. de: *Filosofia na Crise da Modernidade*. São Paulo: Loyola, 1992, p. 30.
17. CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1995, p. 233.
18. CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 1995, p. 233.
19. BONAVIDES, Paulo: *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 93.
20. OLIVEIRA, Manfredo A. de: *Filosofia na Crise da Modernidade*. São Paulo: Loyola, 1992, p. 19.
21. KANT, Immanuel: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s.d, p. 18.
22. BRITO, José Henrique Silveira de: *Introdução à Fundamentação da Metafísica dos Costumes, de I.Kant*. Porto: Edições Contraponto, 1994, p. 25.
23. KANT, Immanuel: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s.d, p. 30.
24. KANT, Immanuel: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s.d, p. 58.
25. BRITO, José Henrique Silveira de: *Introdução à Fundamentação da Metafísica dos Costumes, de I.Kant*. Porto: Edições Contraponto, 1994, p. 25.
26. KANT, Immanuel: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s.d, p. 68.
27. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 27.
28. BONAVIDES, Paulo: *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 103.
29. BONAVIDES, Paulo: *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 43.
30. BONAVIDES, Paulo: *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 43.
31. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 28.
32. REALE, Miguel: *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 277.
33. REALE, Miguel: *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 277.
34. REALE, Miguel: *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 278.

35. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes Rocha: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Interesse Público*. N. 4, Porto Alegre: Notadez, 1998, pp. 23-48.
36. No original, na obra de Ana Maria de Miguel Lorenzo, La Extinción Causal Del Contrato de Trabajo por Voluntad del Trabajador, Editorial Civitas S.A. Madri 1993. P. 66 / 67. De acuerdo con el art. 50.1. a) ET, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, sean colectivas o individuales, lícitas o ilícitas, e independientemente de la materia a la que afecten, “que redunden en perjuicio de la formación profesional o en menoscabo de la dignidad” del trabajador, constituyen causa justa para la extinción indemnizada del contrato de trabajo.

Respecto al derecho del trabajador a la formación profesional que reconoce la CE, art. 35.1, y el ET, art. 4.2.b), dada la ausencia de una obligación legal general de formación continua o permanente por parte de la empresa, la aplicación del art. 50.1. a) suele ceñirse a la protección de la formación adquirida frente a las modificaciones del contrato que transgreden los límites del poder de dirección (art. 39 ET) o del *ius variandi* (arts. 23.4 ET y 64 LCT), y así la jurisprudencia aprecia la existencia del perjuicio cuando el cambio funcional produce la pérdida de la propia especialización; supone la asignación al trabajador de funciones que no son profesionalmente equivalentes entre sí; o constituye una regresión profesional no causal ni temporal.

Sin embargo, en algún caso los tribunales han confirmado la violación invocada de los derechos profesionales regulados en el art. 22 ET, que, aunque externos al contrato, obligan al empresario a procurar que su ejercicio sea compatible con aquél, dentro de los límites impuestos por las necesidades organizativas de la empresa, Vasco 26 febrero 1991 (Colex, JL núm. 304/1991) y STS 9 abril 1990 (Ar. 3432). SSTS 11 marzo 1991 (AL núm. 36/1991, marg. 868) y 15 marzo 1991 (Colex, JL núm. 303/1991), y STSJ Madrid 8 enero 1991 (AL núm. 18/1991, marg. 447). STSJ Madrid 19 febrero 1991 (AL núm. 31/1991, marg. 764) y SSTS 14 mayo y 31 enero 1991 (Colex, JL núm. 588 y 454/1991), entre otras muchas. casas baamonde, *Formación y estabilidad en el empleo... op. cit.* p. 7. como es el caso de la STSJ Galicia 10 abril 1991, donde la modificación horaria impedía al trabajador realizar la labor de apostolado, así como matricularse en cursos de Teología; o el de la STSJ Cataluña 22 julio 1991, en el que la supresión unilateral del horario flexible imposibilitaba al trabajador seguir asistiendo a los cursos de Diplomado de Informática.

Una modificación sustancial atenta contra la dignidad del trabajador [art. 4.2. e) ET], si constituye “una ofensa a su honorabilidad y al valor que de sí mismo tenga o ante los demás logre”; “un notorio deterioro del prestigio profesional, laboral, social y económico”; no se encomienda al trabajador actividad alguna trae la modificación implantada, “y a que ofensivo es claramente recibir un salario sin trabajar y sin que en ello exista una razonable justificación”, o la actividad encomendada constituye una “discriminación vejatoria”.

Se trata, pues, de un criterio ambiguo, que introduce una considerable dosis de subjetividad para la determinación de su presencia, aunque precisamente eso es lo que permite su utilización ante situaciones que, objetivamente, no supondrían un atentado contra la dignidad del trabajador, como es el caso de la asignación de funciones de inferior categoría, y a que ningún trabajo es en sí mismo degradante o vejatorio.

La diferencia fundamental entre la causa prevista en el art. 50.1. a) y la de los arts. 41.3 y 40.2, estriba en que la modificación sustancial, por perjudicar gravemente los derechos laborales del trabajador a la formación profesional y/o a la dignidad, no es simplemente lesiva, sino que constituye un incumplimiento grave de las obligaciones contractuales del empresario, por lo que es la presencia de este incumplimiento el elemento delimitador de la aplicación de esos preceptos.

37. DELPERÉ, Francis: O Direito à Dignidade Humana. *Direito Constitucional- Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, pp.159-162.
38. COSTA, José Manuel M. Cardoso da. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição e na Jurisprudência Constitucional Portuguesas. *Direito Constitucional- Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 191-199.
39. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes Rocha: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Interesse Público*. N. 4, Porto Alegre: Notadez, 1998, pp. 23-48
40. ROCHA, Carmem Lúcia Antunes Rocha: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. *Interesse Público*. N. 4, Porto Alegre: Notadez, 1998, pp. 23-48.
41. CARVALHO, Kildare Gonçalves *apud* SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p.78.

42. CARVALHO, Kildare Gonçalves *apud* SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 79.
43. MELLO, Celso Antônio Bandeira de: Licitações nas estatais em face da Ecn.19. *Boletim de Direito Administrativo*. N. 12, out/dez., São Paulo: NDJ, 1998, p. 774.
44. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 79.
45. FARIAS, Edilson: *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Fabris, p. 47.
46. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 91.
47. KANT, Immanuel: *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, s.d, p. 68.
48. FARIAS, Edilson: *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Fabris, p. 51.
49. GUERRA FILHO, Willis Santiago: *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza: Ed.Universidade Federal do Ceará, 1989, p. 52.
50. BOBBIO, Norberto: *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant*, Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1192, p. 133.
51. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 93.
52. CANOTILHO, J.J.Gomes: *Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, pp. 362-363.
53. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 94.
54. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 94-95.
55. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 95.
56. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 95.
57. CANOTILHO, J.J.Gomes: *Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 363.
58. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 96.
59. *Gaudim et Spes*, p. 37.
60. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 104.
61. CANOTILHO, J.J.Gomes: *Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 619.
62. PARMO, David Wilson de Abreu: Interpretação Tópica e Sistemática da Constituição. DOBROWULSKI, Silvio, Org. *A Constituição no Mundo Globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 1999, pp. 47-77.
63. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 98.
64. SANTOS, Fernando Ferreira dos: *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, pp. 98-99.

O §3º DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: UM RETROCESSO PARA A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL



GEORGE RODRIGO BANDEIRA GALINDO

Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília; Doutorando em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília; Professor Voluntário de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

1. INTRODUÇÃO

Durante décadas, a doutrina que se preocupou com temas ligados ao problema do relacionamento entre Direito Internacional e Direito Brasileiro vem ressaltando a necessidade de as Constituições Brasileiras consagrarem dispositivos que estabeleçam de maneira clara o posicionamento hierárquico dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno.

Embora em vários processos constituintes já tenha havido propostas consistentes a fim de se disciplinar a estatura dos tratados ao menos em face das leis internas, nenhuma das propostas chegou a bom termo.¹

A recente Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004 – publicada em 31 de dezembro de 2004), ao acrescentar um §3º ao art. 5º da Constituição Federal de 1988, trouxe uma resposta, ao menos em parte, para o problema. Por tal dispositivo, ficou consagrado de maneira expressa que os tratados internacionais de direitos humanos, desde que aprovados por 3/5 tanto dos membros da Câmara dos Deputados como do Senado Federal, em dois turnos, se incorporam ao direito brasileiro como emendas constitucionais.

O presente trabalho pretende demonstrar que, diferentemente do que boa parte dos círculos de operadores jurídicos tem afirmado, a reforma do judiciário, no aspecto referente à hierarquia dos tratados de direitos humanos, representa um retrocesso sensível – do ponto de vista normativo – em comparação com aquilo que foi consagrado originalmente pelo Constituinte de 1988.

O artigo é dividido em duas partes. Na primeira, será apresentado um breve panorama sobre o quadro normativo e jurisprudencial – especialmente do

Supremo Tribunal Federal – existente até antes do advento da Emenda Constitucional 45/2004 a fim de regular o posicionamento hierárquico dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro. Na segunda parte, serão analisadas a inovação que o §3º do art. 5º representou e algumas de suas possíveis conseqüências para o desenvolvimento de uma dogmática de proteção dos direitos humanos que incorpore, no Brasil, as conquistas da proteção em nível internacional.

2. A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO ANTES DA EC 45/2004

A Constituição Federal de 1988, em seu texto original, se referia diretamente ao direito internacional dos direitos humanos pelo menos em três de seus dispositivos. O art. 4º, II, o art. 5º, §2º e o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O primeiro estabelece o princípio da prevalência dos direitos humanos como norteador das relações internacionais do Brasil. O segundo dispõe que os direitos fundamentais consagrados expressamente na Carta não excluem outros decorrentes, por exemplo, de tratados internacionais. Por sua vez, o terceiro prescreve que a República Federativa do Brasil propugnar a fim de que seja criado um Tribunal Internacional de Direitos Humanos. Para os efeitos do presente artigo, o art. 5º, §2º, é o que mais interessa. Assim está ele redigido:

“Art. 5º (...):

(...)

§2º 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”.

Nos primeiros anos da Constituição de 1988, o art. 5º, §2º, passou quase despercebido pela maior parte da doutrina e dos tribunais brasileiros. Algumas razões parecem justificar tal inércia, dentre elas: 1) a novidade do Texto de 1988 somente foi assimilada com o tempo pela doutrina e pelos operadores jurídicos; 2) o dispositivo exigia um certo esforço interpretativo, uma vez que não representava uma cláusula explícita sobre hierarquia de tratados de direitos humanos e também porque, interpretado de maneira a favorecer os tratados de direitos humanos na hierarquia das fontes do direito brasileiro, significava uma ruptura expressiva no tratamento histórico da questão do relacionamento entre direito internacional e direito brasileiro; 3) Quando a Constituição foi promulgada, o Brasil ainda vivia um Governo de transição democrática e importantes tratados de proteção ainda não haviam sido ratificados pelo Brasil, dentre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; 4) existia uma sensação por parte dos operadores jurídicos e mesmo da doutrina – o que acontece ainda nos dias de hoje – de que eram tantos os direitos consagrados no Texto de 1988 que os direitos localizados em instrumentos internacionais seriam meramente reproduções do que já havia sido expressamente disposto no texto da Constituição, criando um sentimento de que a proteção internacional seria um tanto fútil; 5) A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda não era muito intensa, restringindo as possibilidades interpretativas da Convenção Americana de Direitos Humanos – que o Brasil não aceitou de pronto, logo que ratificou esse tratado, em 1992, fazendo-o apenas dez anos após a promulgação da Constituição de 1988; 6) Eram raras as questões levadas a tribunais que pusessem em direto confronto uma disposição contida num tratado de direitos humanos e uma disposição da Constituição; 7) A própria falta de treinamento dos operadores jurídicos em questões relativas ao Direito Internacional e, ainda mais, relativas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Esse quadro começou a mudar de maneira marcante após ter sido submetido ao Supremo Tribunal Federal questões relativas principalmente à possibilidade da prisão por dívidas no Brasil em face da Convenção Americana de Direitos Humanos e, posteriormente, do Pacto de Direitos Civis e Políticos. Nessa oportunidade, o STF pôde se defrontar diretamente com a questão de saber se a previsão contida no art. 5º, LXVII, da Constituição Brasileira, que proíbe a prisão por dívidas, exceto ao devedor de obrigações

alimentícias e do depositário infiel, estava sintonizada com a Convenção Americana e o Pacto de Direitos Civis e Políticos que, respectivamente, em seus artigos 7º, 7 e 11, somente permite a prisão por dívida no caso de devedores de obrigações alimentícias e proíbe a prisão no caso de descumprimento de obrigação contratual.

Por ocasião o julgamento do HC 72.131, *leading case* na matéria, o Supremo Tribunal Federal assim decidiu a questão.

“EMENTA: ‘Habeas corpus’. Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel.

- Sendo o devedor, na alienação fiduciária em garantia, depositário necessário por força de disposição legal que não desfigura essa caracterização, sua prisão civil, em caso de infidelidade, se enquadra na ressalva contida na parte final do artigo 5º, LXVII, da Constituição de 1988.

- Nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária o disposto no §7º do artigo 7º da Convenção de San José da Costa Rica.

‘Habeas corpus’ indeferido, cassada a liminar concedida”.

O julgamento do caso pelo Supremo Tribunal Federal intensificou o debate sobre a estatura hierárquica dos tratados de direitos humanos. A partir dele foram se delineando com mais clareza as diferentes teses acerca do posicionamento hierárquico dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro, que podem ser reduzidas a quatro: caráter legal, caráter supralegal, caráter constitucional e caráter supraconstitucional

2.1. O CARÁTER MERAMENTE LEGAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Como se sabe, desde a década de 70 do século passado, o Supremo Tribunal Federal vem mantendo a posição – não obstante severas críticas por parte de alguns setores doutrinários – de que tratados internacionais se equiparam às leis internas. O julgamento do HC 72.131 não discrepou de tal posicionamento. Não obstante a tese que ficou consagrada no acórdão tenha vencido por apertada maioria, os Ministros que dela divergiram o fizeram por argumentos que passavam ao largo da questão da hierarquia dos tratados de direitos humanos. Na oportunidade, apenas o Ministro Carlos Velloso chegou a afirmar que os tratados de direitos humanos,

diferentemente de outros tratados, deveriam ser considerados como possuidores de estatura constitucional no direito brasileiro.

Os principais argumentos lançados na tese vencedora, pelos diferentes ministros que a sufragaram, poderiam assim ser resumidos: 1) o caráter constitucional dos tratados de Direitos Humanos minimizaria a soberania brasileira; 2) sendo normas meramente legais, é possível o controle de constitucionalidade dos tratados de direitos humanos; 3) tal como outros tratados internacionais, o critério para solucionar antinomias entre normas de mesmo patamar (lei e tratado) seria o princípio *lex posterior derogat priori*; 4) o ordenamento jurídico brasileiro subordinaria o ordenamento internacional; 5) tratados internacionais não podem impedir o Parlamento de legislar; 6) tratados não implicam emendas constitucionais; 7) Haveria em jogo um verdadeiro direito fundamental dos credores de dívidas oriundas de descumprimento de contratos de alienação fiduciária a sobrepor-se ao direito de os devedores de não serem submetidos à prisão civil.

A posição majoritária do STF encontrou alguns ecos na doutrina, trazendo a consequência de que, como os tratados de direitos humanos não possuiriam estatura constitucional, ainda seria possível a prisão civil do depositário infiel.³

Com a posição do STF de que tratados de Direito Humanos e leis encontrar-se-iam no mesmo patamar, vozes na doutrina e especialmente no STJ entenderam – dentro da lógica do julgado do Supremo – que as normas contidas no Pacto de São José deveriam prevalecer sobre as normas infraconstitucionais, uma vez que o instrumento convencional seria norma posterior e, de acordo como a jurisprudência daquela Corte, o tratado posterior revoga a lei anterior. Portanto, as normas internas que disciplinam a prisão civil por dívida estariam revogadas com o advento do Pacto.

A questão foi novamente levada ao Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, reiterou, no RE 206482,⁴ o posicionamento anterior, acrescentando novos fundamentos: 1) os Tratados de Direitos Humanos seriam lei geral, não revogando as leis especiais sobre prisão civil por dívida; 2) que no inciso LXVII a Constituição impõe a existência de prisão para o depositário infiel; 3) o art. 5º, §2º, não se aplica aos tratados ratificados após a Constituição de 1988, pois um tratado não pode emendar a Constituição.

Alguns julgados do STJ passaram a adotar a interpretação do Supremo Tribunal Federal, no sentido de considerar a legalidade da prisão civil do depositário infiel. Outros, todavia, continuam insistindo na tese de que, após o advento da Convenção Americana, está excluída do Direito Brasileiro a figura desta prisão civil.⁵

2.2. O CARÁTER SUPRALEGAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Tal posicionamento poderia basicamente ser encontrado em voto que o Ministro Sepúlveda Pertence, em um julgamento posterior,⁶ proferiu. Na ocasião, o Ministro cogitou que os tratados de Direitos Humanos poderiam ser considerados como de caráter supralegal. Embora esta posição não seja bem fundamentada, o Ministro Pertence afirma que seriam supralegais os tratados de Direitos Humanos porque a Constituição consagra uma grande abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Considerar esses tratados como de nível legal esvaziaria o conteúdo do art. 5º, §2º. Não seriam de caráter constitucional, contudo, pois, baseando-se em Kelsen, afirma que a prevalência da ordem jurídica internacional é uma questão extra-jurídica. O lugar dos tratados deveria ser buscado na Constituição de cada Estado. E, para o Ministro Pertence, a Constituição Brasileira não concede primazia aos tratados sobre ela mesma.

Para esta posição, somente os tratados de Direitos Humanos seriam supralegais. Os demais gozariam do grau meramente legal.

2.3. O CARÁTER CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Três autores que advogam essa tese merecem ser lembrados. No âmbito do Direito Internacional, Antônio Augusto Cançado Trindade e no âmbito do Direito Constitucional, Flávia Piovesan e Ingo Sarlet.

O papel de Cançado Trindade para a interpretação de que os tratados de direitos humanos teriam estatura constitucional é essencial, uma vez que foi ele quem propôs, perante a Assembléia Nacional Constituinte, o §2º do art. 5º⁷ Para ele, com vistas a consecução de soluções que ampliem a proteção do ser humano, deve-se desvencilhar da dicotomia entre monistas e dualistas e buscar soluções que façam interagir normas constitucionais e normas internacionais de proteção. Nesse sentido, o parâmetro para saber se se deve aplicar a norma doméstica ou internacional não é o de um conceito apriorístico de superioridade hierárquica, mas saber qual das normas mais protege o indivíduo. Para ele, o Direito Internacional não seria superior ao Direito Interno pela forma, mas pela substância, ou seja, se fornecer proteção mais ampla.⁸

Para Flávia Piovesan, o §2º do art. 5º seria uma cláusula constitucional aberta. Assim, as normas originadas de tratados de direitos humanos seriam materialmente constitucionais, mesmo não sendo

expressamente dispostas no texto constitucional Os tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte serviriam para integrar e complementar o catálogo de direitos já disposto na Constituição, afinando-se, portanto, como o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Por conterem normas sobre direitos fundamentais, tais tratados seriam protegidos pelo art. 60, §4º (que trata das cláusulas pétreas), contra quaisquer emendas que visassem a modificar ou extinguir suas disposições. No entanto, tais tratados poderiam ser denunciados. Eventuais conflitos entre direitos fundamentais consagrados internacionalmente e constitucionalmente devem ser resolvidos pela aplicação da norma mais favorável.⁹

Também merece ser lembrado, especificamente na doutrina dedicada à teoria dos direitos fundamentais, Ingo Sarlet. Para ele, um sistema de direitos fundamentais, ao invés de se associar à idéia de sistema lógico-dedutivo – portanto autônomo e auto-suficiente –, vincula-se à idéia de sistema tanto aberto como flexível, receptivo a novos desenvolvimentos e sensível às mudanças. O caráter de fundamentalidade dos direitos fundamentais abarca tanto o aspecto formal como o aspecto material. A fundamentalidade material surge da circunstância de os direitos fundamentais serem “elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”. E é em virtude do direito constitucional positivo – o art. 5º, §2º – que a fundamentalidade material permite a possibilidade de a Constituição se abrir a direitos não inseridos no seu próprio texto, sendo, portanto, apenas materialmente constitucionais. Diante do art. 5º, §2º, portanto, haveria duas categorias de direitos fundamentais: aqueles formal e materialmente constitucionais – constantes do texto constitucional formal – e aqueles apenas materialmente constitucionais – que não se encontram no texto constitucional. Todos eles seriam protegidos pelas cláusulas pétreas. Somente podem ser reconhecidas, no entanto, as normas internacionais que não forem contrárias ou subversivas a um direito fundamental já consagrado.¹⁰

Outros doutrinadores – não menos qualificados –, dentro da seara do Direito Internacional ou do Direito Constitucional, têm defendido a tese de que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem *status* constitucional.

No que se refere à jurisprudência, como já se viu, a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal é de que os tratados de direitos humanos, assim como os demais tratados, têm estatua de leis meramente ordinárias. O próprio STJ, também como já visto, ainda que chegue à conclusão de que, diante do Pacto de San

José, não mais seja legal a prisão civil do depositário infiel, o faz não pelo argumento de que os tratados de direitos humanos teriam hierarquia constitucional. Uma exceção a tal posicionamento, no STF, é o Ministro Carlos Velloso, que defendeu, desde o HC 72131, e em outras ocasiões, que os tratados de direitos humanos possuem estatua constitucional. O Ministro Velloso engloba no universo dos direitos fundamentais tanto os direitos individuais como os direitos sociais. Neste mesmo sentido, como direitos fundamentais, os direitos oriundos de tratados seriam auto-aplicáveis, no sentido de serem *self-executing*, prescindindo de leis assecuratórias de suas normas.

Esta posição, contudo, ainda é isolada no Supremo Tribunal Federal.

2.4. O CARÁTER SUPRA-CONSTITUCIONAL DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Assim como a posição que defende a suprallegalidade dos tratados de direitos humanos, são poucos os que advogam a necessidade de se reconhecer a supraconstitucionalidade de tais tipos de tratados.

Na doutrina, Celso de Albuquerque Mello já defendeu tal tese. Segundo o autor, os tratados de Direitos Humanos – inclusive os de direitos sociais, dada a indivisibilidade dos Direitos Humanos – são superiores à própria Constituição, no caso de consagrarem normas mais benéficas.¹¹ Nesse caso, não ocorreria uma supraconstitucionalidade pura e simples, mas em virtude de a norma internacional estabelecer uma norma mais benéfica.

Para além do argumento de Celso de Albuquerque Mello, poder-se-ia admitir que certos direitos humanos teriam este caráter. Se se parte da visão de que os tratados de Direitos Humanos visam a concretizar os princípios da dignidade humana e da prevalência dos Direitos Humanos, tais direitos, quando considerados de natureza *jus cogens* teriam, conseqüentemente, estatua supraconstitucional. Como se sabe, nem todos os direitos humanos podem ser considerados como tendo a natureza *jus cogens*. No entanto, se se estiver diante de um direito humano assim considerado pelo Direito Internacional, teria ele uma força normativa que nem mesmo a Constituição poderia contrariar.¹² Esta posição, contudo, ainda é extremamente isolada.

3. A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO APÓS A EC 45/2004

Levando em conta a recente promulgação da Reforma do Judiciário, que fez incluir um §3º ao art. 5º da Constituição Federal, pode parecer um tanto precipitado analisar as suas conseqüências para a proteção dos direitos humanos no Brasil. Essa preocupação realmente deve ser levada em consideração. No entanto, as observações que aqui serão apresentadas têm o condão apenas de suscitar alguns possíveis resultados deletérios do acréscimo de tal dispositivo. Tais observações não são exaustivas. Ao contrário, constituem meros pontos de partida.

3.1. TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS, PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO E DERIVADO

Embora não seja esse o entendimento até então vigente no Supremo Tribunal Federal, é certo que a melhor interpretação ao art. 5º, §2º é a de que confere ele aos tratados que lidam com a temática dos direitos e garantias fundamentais (ou seja, os tratados de direitos humanos) estatura constitucional.

A existência de uma cláusula aberta desse tipo não é estranha nem no direito comparado nem na própria história constitucional brasileira. Como se sabe a redação do art. 5º, §2º, é bastante similar à redação conferida ao art. 16º (1) da Constituição Portuguesa. Por sua vez, a existência de um dispositivo que permite que direitos e garantias sejam incorporados ao texto constitucional, mesmo não sendo expressamente dispostos no texto, pode ser encontrada, por exemplo, no art. 78 da primeira Constituição Brasileira Republicana, a Constituição de 1891.¹³

Do ponto de vista dogmático, portanto, não é de forma alguma estranha a consagração de uma cláusula aberta. Direitos oriundos de tratados internacionais, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição se incorporam ao Texto Constitucional no mesmo patamar dos direitos originariamente consagrados pelo Constituinte de 1988. Aqui entramos numa distinção necessária, que desemboca no entendimento da questão pelo Supremo Tribunal Federal e nas conseqüências deletérias da EC 45/2004.

Direitos oriundos de cláusulas abertas não se diferenciam dos direitos que foram consagrados

originariamente no Texto Constitucional. Não existe qualquer indício na redação do §2º do art. 5º que leve a crer que o Constituinte de 1988 tenha querido que os tratados de direitos humanos se incorporassem como emendas constitucionais. Não haveria o menor sentido em se entender assim.

A redação do dispositivo assim se inicia: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes (...)”. A idéia de não-exclusão de outros direitos, na medida em que não comporta restrição, pressupõe necessariamente que a não-exclusão implica idêntica hierarquia. Se os tratados possuísem uma hierarquia menos qualificada, certamente o conflito entre um direito fundamental consagrado na Carta e outro decorrente de tratado seria sim excluído, na medida em que seria, em princípio, considerado nulo, por inconstitucional. A disposição é redigida da forma “não excluem outros”, porque se se tratasse de normas de hierarquia diferenciada, estar-se-ia defronte de uma possível exclusão.

Poder-se-ia dizer, quando muito, que o uso da negativa “não excluem” significaria que os direitos oriundos de tratados ou os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição somente podem acrescentar direitos e nunca se contrapor a direitos já estabelecidos. Tal argumento é falho porque, como claro na dogmática dos direitos fundamentais, normas com caráter principiológico – como as normas que estipulam direitos fundamentais – podem colidir (e de fato colidem).

No próprio art. 5º da Constituição Brasileira, é possível encontrar disposições que, logo à primeira vista, podem, em uma situação concreta, colidir entre si. Liberdade de manifestação ou proteção da privacidade, por exemplo, assim como vários outros direitos. Direitos são necessariamente conflitivos até mesmo porque precisam regular situações em uma sociedade cada vez mais plural. Não é a consagração de direitos que pode pôr em risco a unidade da constituição ou mesma a tão propalada soberania nacional, mas o uso deturpado dos canais pelos quais se resolvem a situações conflitivas que fazem contrapor direitos. Todos os dias, as mais diferentes Cortes do mundo (certamente não se excluindo as brasileiras) tentam resolver colisões de direitos que se encontram em um mesmo patamar e que foram consagrados pelo mesmo legislador constituinte. Dos vários métodos para se resolver situações como essas, o método da proporcionalidade é talvez o mais conhecido, mas não o único. O que se quer dizer é que a resolução de conflitos entre direitos consagrados originalmente na Constituição e direitos consagrados em tratados de direitos humanos invocados em virtude do art. 5º, §2º, não se diferencia de nenhuma maneira dos conflitos entre direitos consagrados originalmente na Constituição entre si.

Vários votos, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não conseguiram perceber que consagrar o caráter constitucional dos tratados de direitos humanos, por via do art. 5º, §2º, não significa uma superioridade dos tratados em face da Constituição, mas apenas que os métodos para a resolução de conflitos envolvendo direitos consagrados em tratados internacionais devem ser os mesmos que se aplicam à solução de conflitos entre normas constitucionais, como o princípio da proporcionalidade.

Também vários votos não conseguiram perceber que o art. 5º, §2º, não dá aos tratados de direitos humanos o poder de emendar a Constituição. A autoridade desses tratados como normas constitucionais surge diretamente de uma cláusula outorgada pelo poder constituinte originário, e não pelo poder constituinte derivado. O próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu que existem direitos e garantias que se incorporam não por um processo formal de emenda constitucional, mas pela abertura proporcionada pelo art. 5º, §2º. Na ADI 939,¹⁴ ficou consagrado que o princípio da anterioridade (não expresso como direito fundamental no texto da Constituição de 1988) seria um direito fundamental protegido, inclusive, pelo art. 60, §4º, IV, ou seja, impassível de ser modificado por emenda. Desse modo, indaga-se, por que utilizar o art. 5º, §2º, para considerar a anterioridade como garantia fundamental e não se utilizar o mesmo dispositivo para considerar como normas de direitos fundamentais as disposições constantes em tratados internacionais?

A EC 45/2004, aparentemente, pôs fim à discussão de saber se os tratados de direitos humanos se incorporam ao direito brasileiro como decorrência de uma cláusula aberta ou do poder constituinte derivado. Segundo a redação do novo art. 5º, §3º, os tratados de direitos humanos que aprovados por 3/5 de ambas as casas legislativas, em dois turnos, se incorporam ao direito brasileiro como emendas constitucionais. Chegou-se à solução, portanto, de que os tratados sobre a temática, desde que passem pelo procedimento típico de emendas, são assim considerados, sendo decorrentes do Poder Constituinte Derivado.

3.2. TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS APROVADOS ANTES DA EC 45/2004

O texto da EC 45/2004 nada dispõe acerca dos tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional antes da EC 45/2004.

Sabe-se que, num esforço digno de nota, os governos brasileiros eleitos após o regime militar tomaram uma série de medidas para adequar o direito

brasileiro aos padrões de proteção internacional dos direitos humanos. Desde o Governo Sarney foram ratificados pelo Brasil os principais tratados de proteção, seja em âmbito global, seja em âmbito regional. É certo que alguns tratados ainda precisam ser ratificados, mas já se pode dizer que o grande esforço para a incorporação dos instrumentos internacionais de proteção foi realizado.

O §3º do art. 5º, ao estabelecer que somente os tratados que passem por um procedimento especial se incorporam como emendas, reforçou a idéia, já estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, de que os tratados de direitos humanos, assim como quaisquer outros, têm estatura meramente de leis ordinárias. Isso é o que se entende do dispositivo. Se um tratado de direitos humanos não passar ou, passando, não cumprir a exigência do §3º do art. 5º (não conseguir ser aprovado pelo quorum especial), é um tratado como outro qualquer – novamente repetindo, na visão do Supremo Tribunal Federal, um tratado com hierarquia de lei ordinária.

Portanto, e eis aí um outro problema da EC 45/2004, todos os tratados de direitos humanos previamente aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Governo Brasileiro são meras leis ordinárias, uma vez que não passaram pelo procedimento do §3º. Ou seja, a parte substancial dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos não possui estatura constitucional. Ao contrário, tendo em vista o texto da Emenda Constitucional, o caráter de leis ordinárias desses tratados somente foi reforçado.

Ante a nova realidade, ao menos três conseqüências podem surgir em relação aos tratados ratificados antes da EC 45/2004:

1) O Congresso Nacional pode reaprovar todos os tratados anteriormente aprovados, para dar aos mesmos força de emenda constitucional. Embora essa seja a melhor solução, alguns fatores fazem crer que ela não será alcançada: a) o Congresso Nacional é, naturalmente, bastante inerte em matérias relativas a temas afeitos ao direito internacional; b) isso poderia exigir um esforço concentrado por parte do Governo e do Congresso, o que muitas vezes soa inviável diante de outras exigências consideradas mais “prementes” na agenda política; c) ainda que os tratados sejam submetidos para nova aprovação do Congresso, sabe-se que o quorum de 3/5 não é fácil de ser conseguido, normalmente exigindo esforço tanto da bancada governista como da bancada oposicionista;

2) Pode o Congresso Nacional decidir reaprovar somente alguns tratados de direitos humanos já aprovados. Nesse caso, os fatores já descritos no item 1) poderiam agir para impedir ou dificultar a reaprovação. Além disso, um outro sério problema poderia surgir.

Caso fosse feita a escolha para reaprovação em relação a apenas alguns tratados, os demais continuariam a ter a estatura de meras leis ordinárias. Isso criaria, no direito interno brasileiro, uma diferenciação hierárquica entre direitos oriundos de tratados internacionais: uns, como normas constitucionais resultantes do poder constituinte derivado; outros como normas com estatura meramente legal. Todo e qualquer sistema de proteção de direitos não pode ser visto e muito menos aplicado de maneira compartimentalizada. Assim como existe uma alta possibilidade de tensão entre direitos protegidos, eles também se integram mutuamente para consagrar um grau de proteção o mais amplo possível. Os corolários da indivisibilidade e da interdependência dos direitos impedem que se veja o sistema de direitos que não de uma maneira integrada. Se a apenas alguns tratados for consagrado o grau constitucional e a outros não, decisões judiciais em casos concretos podem chegar a anacronismos sérios, como o de não levar em conta as consequências ou a relação estreita de dois ou mais direitos.¹⁵

Ademais, a escolha de apenas alguns tratados para possuírem estatura constitucional pode potencializar os conflitos entre direito internacional e direito interno. Os tratados de direitos humanos os quais o Congresso Nacional considerar que não devem possuir força de emenda constitucional podem ter uma forte proteção pelo ordenamento internacional. Possuindo tais tratados força meramente de lei ordinária, podem ser revogadas inclusive por leis internas posteriores. Isso pode desestruturar de maneira significativa a já tensa relação existente entre o direito brasileiro e o direito internacional.

3) O Congresso pode decidir não reaprovar nenhum tratado de direitos humanos já aprovado. Nesse caso, todos eles continuarão a possuir força equiparável a de lei ordinária.

Em todas essas situações, problemas podem surgir do acréscimo feito pelo Congresso Nacional, por meio da EC 45/2004, de um §3º ao art. 5º.

3.3. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EC 45/2004

Segundo a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, os tratados internacionais podem ser controlados na sua constitucionalidade, seja de maneira difusa, seja de maneira concentrada.¹⁶ Embora a Corte não tenha declarado inconstitucional o dispositivo do Pacto de San José que proíbe a prisão por dívidas e tampouco o dispositivo correlato do Pacto de Direitos

Civis e Políticos, isso poderia ter sido feito se se leva em conta a lógica da jurisprudência da Suprema Corte.

A visão de que os tratados de direitos humanos, segundo o art. 5º, §2º, teriam estatura de normas constitucionais colocava aquela jurisprudência em xeque. Isso porque já de longa data se entende que, no direito brasileiro, não se pode declarar a inconstitucionalidade de uma norma constitucional. O próprio Supremo Tribunal Federal comunga desse entendimento. Ora, se se entendesse que os tratados de direitos humanos se equiparariam aos direitos consagrados no próprio texto constitucional pelo Poder Constituinte originário, não se poderia controlar a constitucionalidade dos tratados de direitos humanos. Tal posição, embora não afinada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, poderia ser facilmente avançada.

O advento de um §3º ao art. 5º impede, em princípio, que um tratado de direitos humanos seja equiparado a disposições sobre direitos fundamentais consagradas pelo Poder Constituinte Originário. Ele precisa passar por um procedimento típico de aprovação de emendas constitucionais.

Da distinção entre tratado de direitos humanos como norma oriunda do poder constituinte originário ou do poder constituinte derivado surge uma consequência prática muito importante. O Supremo Tribunal Federal já afirmou que, em virtude da existência de cláusulas pétreas no sistema constitucional brasileiro, as normas constitucionais consideradas como cláusulas pétreas não podem ser modificadas pelo Poder reformador. Mais, em caso de conflito (não mais colisão) entre cláusulas chamadas pétreas e normas constitucionais surgidas do poder constituinte derivado, as segundas padecem do vício de inconstitucionalidade, com todas as consequências que disso advém, inclusive a sua nulidade.

Consagrar que tratados de direitos humanos podem se incorporar ao direito brasileiro como emendas constitucionais representa uma significativa involução não somente pelo que já se afirmou, mas também porque um tratado de direitos humanos pode ser declarado inconstitucional mesmo passando pelo procedimento qualificado da emenda constitucional, se colidir com alguma cláusula pétrea. Segundo o art. 60, §4º, IV, os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas. Em outras palavras, se a questão do depositário infiel novamente for submetida ao Supremo Tribunal Federal, ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos ou o Pacto de Direitos Civis e Políticos sejam incorporados como emendas constitucionais, o Tribunal pode entender que há uma incompatibilidade entre a disposição constitucional originária (cláusula pétrea) e o tratado internacional e, assim, considerar o último inconstitucional.

Pode-se bem afirmar que, levando em consideração a atual jurisprudência do STF, as coisas mudam pouco, porque os tratados de direitos humanos, considerados com força de leis ordinárias, sempre puderam ser controlados na sua constitucionalidade. Contudo, existia a possibilidade interpretativa de se entender diferentemente. Isso, ao menos de maneira aparente, foi excluído pela Emenda da Reforma do Judiciário.

3.4. O PROBLEMA DA DENÚNCIA DE TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS APÓS A EC 45/2004

Embora se tenha acrescentado um §3º ao art. 5º, nada se falou acerca da denúncia dos tratados de direitos humanos: nem dos ratificados antes da emenda nem dos ratificados posteriormente; nem dos que adquirirem força de emenda constitucional nem dos que não adquirirem.

Algumas Constituições têm disciplinado a questão da denúncia de tratados internacionais e, em específico, a denúncia de tratados de direitos humanos.¹⁷ O problema gera perplexidades seja no direito interno seja no direito internacional.

Uma primeira indagação que poderia surgir, ante a ausência de uma disposição acerca da denúncia dos tratados é a seguinte: um tratado de direitos humanos aprovado pelo procedimento especial das emendas incorpora os direitos nele consagrados ao catálogo de direitos fundamentais constante da Constituição? Em caso afirmativo estaria protegido contra novas e futuras emendas, em virtude do art. 60, §4º, IV? Parece que nesse segundo caso, não se poderia proteger a emenda (tratado de direitos humanos) contra nova emenda constitucional. Mas, caso assim se entendesse, estar-se-ia diante da possibilidade de a EC 45/2004 criar duas categorias de direitos fundamentais. Os direitos consagrados originalmente na Carta de 1988 (protegidos por serem cláusulas pétreas) e os direitos consagrados em tratados internacionais (não protegidos por não serem cláusulas pétreas). Nesse caso, a proteção internacional dos direitos humanos passa a ser meramente subsidiária (e também subordinada) à proteção dos direitos fundamentais, e não complementar, como autores como Cançado Trindade sempre defenderam.

No que se refere aos tratados que não adquirirem a força de emendas constitucionais, os que não forem submetidos à reaprovação ou não forem reprovados – esta é a segunda indagação – podem eles ser denunciados sem nenhuma restrição? Isso mesmo no caso de consagrarem tais tratados uma série de direitos sequer previstos na Constituição? Esse problema se

refere não apenas aos tratados de direitos humanos, mas a todos os tratados.

Como se sabe, no Brasil, o procedimento para denúncia de tratados internacionais têm sido, tradicionalmente, de competência discricionária do Presidente da República. Mesmos passando os tratados por um procedimento formal de aprovação no parlamento, tem-se entendido que, para serem denunciados, não precisam do crivo do Congresso. A questão se encontra em aberto no Supremo Tribunal Federal. Na ADI 1625, rel. Min. Maurício Corrêa, em que se pleiteia a inconstitucionalidade da denúncia unilateral do Governo Brasileiro da Convenção 158 da OIT, a Suprema Corte decidirá se o sistema atualmente usado para disciplinar a denúncia de tratados no Brasil ainda se aplica ou se, ao contrário, deve-se exigir o assentimento do Congresso para que o Estado brasileiro se desvincule unilateralmente de um tratado internacional.

Caso o STF decida que o sistema de denúncias deve continuar da mesma maneira, ou seja, da alçada discricionária do Presidente da República, um outro problema surgirá em face do novo §3º do art. 5º. Como compatibilizar a possibilidade de o Presidente da República, discricionariamente, decidir desvincular o Estado brasileiro de um tratado de direitos humanos, tendo sido o mesmo tratado aprovado e se incorporado ao sistema constitucional brasileiro como emenda constitucional?

Todas essas questões podem surgir em casos concretos e certamente serão solucionadas pelos tribunais. A reforma constitucional, no entanto, deveria ter versado sobre essa temática, sob pena de haver um desvirtuamento inclusive do novo dispositivo, que, sem dúvida alguma, outorga maior importância aos tratados de direitos humanos – mas não a importância necessária, como se sustenta no presente artigo.

3.5. OUTRAS QUESTÕES

Algumas outras questões merecem ser ao menos apresentadas em face da inovação da EC 45/2004.

De nada adianta a consagração de uma estatura diferenciada aos tratados de direitos humanos – ainda que decorrente do poder derivado – se também não se incorporar a contribuição dos órgãos de fiscalização e aplicação dos tratados internacionais de proteção, especialmente os Tribunais de Direitos Humanos.

A idéia de incorporação de tratados de direitos humanos não pode significar pura e simplesmente a incorporação do texto do tratado, mas de todo o complexo que o envolve, inclusive a jurisprudência internacional que o interpreta. É certo que pode haver certos direitos que sejam consagrados tanto internacionalmente como internamente – esse, inclusive,

é o argumento de alguns autores para defenderem a desnecessidade de se incorporarem direitos estabelecidos em tratados –, mas a jurisprudência internacional pode dar um viés completamente diferente ao conferido por juízes nacionais a um mesmo direito humano ou fundamental. Isso implica a necessidade de que os juízes brasileiros passem a considerar a jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos. Isso aumentará sobremaneira o impacto da proteção internacional dos direitos humanos no sistema interno brasileiro.¹⁸

É preciso que não se perca de vista que, assim o como o art. 5º, §2º, precisa ser lido em conjunto com o art. 5º, §1º, também o art. 5º, §3º, necessita ser lido em conjunto com o §1º.

Uma hierarquia diferenciada para os tratados de direitos humanos somente se torna viável, do ponto de vista prático, se as disposições convencionais são auto-aplicáveis – ou pelo menos gozam de alta presunção de auto-aplicabilidade. Alguns estudiosos têm identificado com bastante perspicácia a necessária relação entre hierarquia e auto-aplicabilidade.¹⁹ Nos Estados Unidos, por exemplo, a famosa regra do *later in time*, que resolve o conflito entre tratados e leis internas, tem muitas vezes deixado de ser aplicada pela relutância ou mesmo falta de disposição de muitos juízes e tribunais americanos em considerarem dispositivos de tratados como auto-

aplicáveis (*self-executing*). Nessa situação, sequer há que se falar em conflito entre tratado e lei, uma vez que o primeiro sempre precisará de um auto que o conforme no direito interno – como uma lei, por exemplo. É preciso que não se descure dessa idéia e que os tratados de direitos humanos sejam considerados como auto-executáveis.

4. CONCLUSÕES

Este artigo pretendeu fazer um balanço das principais posições jurisprudenciais e doutrinárias acerca da estatura hierárquica dos tratados de direitos humanos, bem como de algumas possíveis conseqüências da promulgação e publicação da EC 45/2004.

Em um balanço geral, o §3º do art. 5º represente um retrocesso para a proteção dos direitos humanos e fundamentais no Brasil. Esse retrocesso poderia ser identificado não a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mas a partir das possibilidades interpretativas oferecidas pelo art. 5º, §2º.

Espera-se, contudo, que os problemas advindos dessa nova cláusula sejam contornados da melhor forma pelos Poderes constituídos (Executivo e, principalmente, Judiciário e Legislativo), a fim de que seja ampliado cada vez mais, e com mais intensidade, o grau de proteção do ser humano.

NOTAS

1. A respeito, ver GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Reforma Constitucional e o Problema da Superioridade Hierárquica dos Tratados frente às Leis Internas. *Revista dos Tribunais – Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo. N. 27, 1999, pp. 143-153. Até mesmo o §2º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 não pode ser considerado, propriamente, uma norma que estabelece o posicionamento hierárquico dos tratados de direitos humanos, Todavia, pode-se chegar facilmente à conclusão, por inferência, de que o dispositivo leva à consideração de que os tratados que lidam com a temática devem ser considerados como normas consagradoras de direitos fundamentais – com todas as conseqüências que disso advém, dentre elas, a estatura constitucional. Mas isso será visto com mais vagar posteriormente.
2. HC 72.131, rel. p/acórdão min. Moreira Alves, Pleno, julgado em 23/11/1995, publicado em 1º/8/2003.
3. Dentre outros, cf. SAMPAIO, Laerte José Castro. Interpretação Constitucional sobre Alienação Fiduciária e Prisão Civil. In MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 10 Anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999, pp. 83-91 e RODRIGUES, Maurício Adreiuolo. Os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos e a Constituição. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 153-191.
4. RE 206482, rel. min. Maurício Corrêa, Pleno, julgado em 27/5/1998, publicado em 5/9/2003.
5. Vale lembrar que, atualmente, a Corte Especial do STJ expressamente afirma que a prisão civil do depositário infiel não mais subsiste no Direito Brasileiro. Ver, por exemplo, ERESP 149518, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Corte Especial, julgado em 5/5/1999, publicado em 28/2/2000; HC 11918, rel. p/acórdão Min. Nilson Naves, Corte Especial, julgado em 20/10/2000, publicado em 10/06/2002; AgRg nos ERESP 489278, rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, julgado em 27/11/2003, publicado em 22/3/2004. O STJ tem entendido que, em relação à prisão do depositário infiel que descumpra ordem judicial, o Pacto de San José não a veda, uma vez que não se trata de prisão civil por dívida. A respeito, ver, mais recentemente, HC 30981, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 4/3/2004, publicado em 24/5/2004; RHC 14423, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma julgado em 5/6/2003, publicado em 4/8/2003; RHC 14563, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 26/8/2003, publicado em 15/9/2003.
6. RHC 79785, rel. min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julgado em 29/3/2000, publicado em 22/11/2002. Quando do julgamento do HC 72131, o Ministro Sepúlveda Pertence, embora acompanhado a tese minoritária, preferiu não entrar no debate acerca da estatura hierárquica dos tratados de direitos humanos.
7. Neste sentido, cf. Anexo 1: Exposição e Debates na Assembléia Nacional Constituinte (Audiência Pública da Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais). In CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998, pp. 163-176.
8. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos. In CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. 2ª ed. San José: Instituto Interamericano de Direitos Humanos; Comitê Internacional da Cruz Vermelha; Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados; Governo da Suécia, 1996, pp. 205-236; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, pp. 401-447 e CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. Brasília. n°s 113-118, 1998, pp. 88-89.
9. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, pp. 83-120.
10. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pp. 77-95; 132-139.
11. Cf. ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. de. O §2º do art. 5º da Constituição Federal. In TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos*

- Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 25-26.
12. Foi basicamente isso que defendi em meu *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, pp. 319-321. As demais normas internacionais – sem natureza *jus cogens* – contidas em tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil teriam estatura apenas constitucional.
 13. E tal artigo certamente foi inspirado na IX Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, como adverte. Cf. SARLET, Ingo, p. 84.
 14. ADI 939, rel. min. Sydney Sanches, Pleno, julgado em 15/12/1993, publicado em 18/03/1994.
 15. Além do argumento da indivisibilidade e da interdependência, é possível trazer um exemplo recente correlato a essa problemática. A reforma constitucional Argentina de 1994 trouxe uma série de mudanças concernentes ao direito internacional dos direitos humanos. A mais importante delas é a que ficou consubstanciada no art. 75(22), que prescreve que alguns tratados de direitos humanos, elencados expressamente no referido dispositivo, possuem estatura constitucional. Os demais tratados de direitos humanos – é o que fica implícito – têm uma estatura supralegal, mas infraconstitucional. O que alguns comentaristas afirmam é que a escolha dos tratados com grau constitucional não foi resultado de um debate acerca da priorização de certos direitos humanos, mas de uma decisão que não foi tomada pelos principais atores transnacionais interessados na temática dos direitos humanos. Um problema similar pode acontecer no Brasil e, além do problema da interdependência e da indivisibilidade, a escolha de apenas alguns tratados para adquirirem a estatura constitucional pode gerar problemas graves relativamente a legitimidade das referidas escolhas. A respeito do caso da Argentina, ver o bem documentado artigo de LEVIT, Janet Koven, The constitutionalization of human rights in Argentina: problem or promise? *Columbia Journal of Transnational Law*. New York. Vol. 57. n. 2, 1999, pp. 319-320.
 16. Mesmo após a Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal confirmou esse entendimento no histórico julgamento acerca da constitucionalidade da Convenção 158 da OIT. ADIMC 1480, rel. Min. Celso de Mello, Pleno, julgado em 4/9/1997, publicado em 18/5/2001.
 17. Ver, por exemplo, as Constituições da Espanha – art. 96(2) – e da Argentina – art. 75(22).
 18. Por uma série de razões que aqui não cabem ser descritas, os juizes nacionais são extremamente reticentes em aplicar sejam normas de direito internacional, sejam decisões de tribunais internacionais. Tais recursos não são usados nem como meios obrigatórios e nem mesmo como meios persuasivos na aplicação de um caso concreto. A ausência de referência é, quase sempre, total. Para um estudo comparado sobre essas duas formas de aplicação do direito internacional pelo juiz interno: obrigatoriedade e persuasão, Cf. KNOP, Karen. Here and there: International law in domestic courts. *New York University Journal of International Law and Politics*. New York. Vol. 32. n. 2, 2000, pp. 501-535.
 19. Cf. BIANCHI, Andréa. International Law and US Courts: The myth of Lohengrin revisited. *European Journal of International Law*. Firenze. Vol. 15. n. 4, 2004, p. 761.

LOS DELINCUENTES VIOLENTOS TAMBIÉN SON SERES HUMANOS

.....
JOSÉ MARTÍN AMENABAR BEITIA

Profesor de la Universidad del País Vasco.

1. SENTIMIENTOS DE VENGANZA

El ser humano es capaz de hacer grandes cosas y lograr grandes proezas. Las conquistas en las diversas parcelas del conocimiento, del saber, de las artes, en el mundo laboral, de la aventura, etc., así lo atestiguan. No sólo eso; el ser humano es capaz de sacrificar ciertos proyectos y el desarrollo personal, o incluso arriesgar y/o dar la propia vida, para que la existencia de los otros sea cada día mejor. Esta capacidad de entrega al prójimo (ya sea en situaciones cotidianas, que a veces son heroicas sin que nos percatemos de ello, o ya sea en situaciones en que emerge el heroísmo propiamente dicho) nos deslumbran por momentos con tal intensidad que no podemos dejar de maravillarnos. Pero si bien el ser humano es capaz de luchar *por* los otros, también es capaz de luchar *contra* los otros, y así nos percatamos de ello cuando la realidad nos salpica con graves y terribles injusticias, con torturas, violaciones y muertes.

¿Cómo es posible que una persona sea capaz de maltratar a un niño con tal saña que lo lleve a la muerte? ¿Cómo es posible que un padre sea capaz de abusar sexualmente de su propia hija? ¿Cómo es posible que alguien pueda violar a innumerables mujeres y (tener el descaro de) decir que la culpa es de ellas? ¿Cómo es posible que se llegue a matar a la víctima de un asalto porque ésta no llevara dinero o bien porque no quiso entregar lo que portaba? ¿Cómo es posible que alguien sea capaz de secuestrar, no importándole mutilar al secuestrado con tal de aumentar la presión sobre los familiares de la víctima a la hora de negociar el rescate? ¿Cómo es posible que alguien pueda sentir placer en provocar daño al otro, deleitándose con el sufrimiento ajeno, con los gritos de desesperación, con las lágrimas derramadas?

Estas preguntas nos remiten a ciertas situaciones en que el ser humano nos ofrece su lado más salvaje y antisocial. Situaciones en las que no se puede dejar de

pensar en la víctima y sus allegados. “¿Cuánto dolor, cuánta desesperación”, cuánto horror, cuántas existencias destrozadas!. La vida deja de ser lo que era. Brota el rencor, el odio vengativo, tanto individual como colectivo. Todos hemos oído comentarios como los siguientes: “muerte al asesino”, “que violen y castren al violador”, “a ese delincuente le deberían torturar y hacerle sufrir al máximo para que pague todo el daño que ha hecho”. Llegan a emerger contra el victimario lo que hasta entonces eran imágenes (“justicieras”, violentas, incluso sádicas) que podían permanecer ignotas para la conciencia. Es así como al conocerse un determinado delito, los corazones de la gente palpitan con ánimo de venganza, con el deseo de ejercer la violencia contra quien ha actuado violentamente. Con el ánimo de resarcirse de lo hecho, puesto que el sentimiento de venganza, se reconozca o no, sea consciente o inconsciente, aparece siempre como una reacción inevitable a toda conducta delictiva. “Esa respuesta es tan vieja como el hombre: se llama el talión. Quien me hizo mal debe recibir mal; el que me reventó un ojo, debe quedarse tuerto; en fin, el que mató debe morir. Se trata de un sentimiento, y particularmente violento”¹. Es “la justicia del hombre salvaje” (Epicuro).

2. DE LA VENGANZA A LA JUSTICIA

En una comunidad en que cada uno se tomara la justicia por su mano, esto es, donde la actuación vengativa fuera cotidiana, la vida estaría constante y perpetuamente amenazada. Sin posibilidad de proyectarla o vivirla en paz, debido al encadenamiento sin fin en que se inserta la venganza, al mismo tiempo que disminuiría la capacidad para discriminar entre el acto criminal propiamente dicho y el acto vengativo. “No existe una clara diferencia entre el acto castigado por la venganza y la propia venganza. La venganza se presenta como represalia, y toda represalia provoca nuevas represalias [...]. Así, pues, la venganza

constituye un proceso infinito e interminable”²². Un proceso que colorea a la relación social de sospecha, recelo y amenaza constantes, caracterizándose además por las permanentes afrentas y contra-afrentas de los unos para con los otros. La venganza no hace otra cosa que prolongar y perpetuar la violencia. No cabe esperar otra cosa de esa forma de actuación.

No es extraño entonces que el ser humano haya buscado la manera de sortear un círculo vicioso con connotaciones claramente perturbadoras. A este respecto, Girard refiere que a lo largo de la historia se han podido contemplar 3 fórmulas o modalidades, con distinto nivel de éxito, para alejar la amenaza de la venganza: 1) El sacrificio (religioso), por el cual se trataría de desviar la venganza hacia un ser que sustituya al culpable de un determinado crimen o mal. 2) Los arreglos, duelos, etc., por los que se trataría de dar respuesta puntual a los conflictos que pudieran surgir entre determinados sujetos o colectivos. 3) El sistema judicial, el cual, debido a su independencia y soberanía, sin sumisión a persona o grupo en particular, estaría al servicio de toda la sociedad y ante cuyas decisiones todos los ciudadanos deberían inclinarse.

En opinión de Girard, estas 3 modalidades estarían ordenadas en el sentido que va de una menor a una mayor eficacia, de tal manera que el sistema judicial procedería con un éxito inigualable en su cometido de poner freno al proceso infinito e interminable que supone la venganza. Sin embargo, “No la suprime: la limita efectivamente a una represalia única, cuyo ejercicio queda confiado a una autoridad soberana y especializada en esta materia. Las decisiones de la autoridad judicial siempre se afirman como la *última palabra* de la venganza”²³. Por consiguiente, “el sistema judicial *racionaliza* la venganza, consigue aislarla y limitarla como pretende; la manipula sin peligro”²⁴; “la venganza ya no es vengada”²⁵.

Tomando en consideración lo ya dicho, se hace evidente que la venganza no se puede eliminar sino en todo caso atemperar por medio del sistema judicial. De hecho, los jueces, en calidad de administradores de la justicia, tienen la tarea de contener y expresar los sentimientos de venganza que ha suscitado determinado delito entre la población. Es más, podría decirse que no hay delito que no provoque la reacción vengativa, así como tampoco hay justicia que no descanse en la venganza encubierta (o si se prefiere decir, venganza racionalizada), pues de lo contrario no podría disuadirse a la población en general de actuar violentamente contra el delincuente.

3. CUANDO EL CRIMINAL ES EXCLUIDO DEL REGISTRO HUMANO

La autoridad pública está destinada a contener la violencia, haciendo cumplir y cumpliendo la ley y, consecuentemente, castigando (legalmente) a quien la quebranta. El delincuente, en este sentido, aparece como un ser humano que, habiendo violado las normas, ha de ser sancionado conforme a su falta por el sistema judicial. Esto puede parecer una obviedad, algo elemental en una sociedad que se diga respetuosa con los derechos humanos, pero, a veces, la autoridad pública lo olvida u oculta por medio de mensajes tergiversadores. Así, por ejemplo, en la campaña electoral de 1999 a la presidencia de uno de los estados de México, cierto político (con el ánimo de transmitir a la población su disposición a utilizar mano dura en el combate a la delincuencia) se apoyó en el siguiente eslogan: “Los derechos humanos son para los humanos, no para las ratas”. No vamos a entrar aquí en consideraciones de marketing o propaganda política, ni en el efecto que pudo tener el eslogan en el voto. Nuestro propósito es otro. Radica en verlo desde una perspectiva psicológica, desde una perspectiva que recoja las repercusiones que una determinada atribución metafórica pueda tener en la percepción, así como en la forma de sentir y de actuar de la ciudadanía.

En el mencionado eslogan se articula la idea de que el ser humano, dependiendo de las acciones cometidas, podría dejar de serlo, y ser excluido entonces del registro humano, en una especie de destierro ontológico-existencial. Ser prescindible, despreciable, desechable, al que se podría torturar o incluso matar impunemente, sin consecuencia jurídica alguna, porque homicidio (como responde a su etimología) es matar a un hombre y no a una “rata”. De esta manera, aquel que tratara violenta y despiadadamente al que está fuera del registro humano (y consecuentemente del registro de la ley) no sería culpable de cometer un crimen. Más bien, y en la medida que estaría actuando contra un no-humano (o, mejor dicho, contra un enemigo del ser humano), colaboraría en el propósito de “limpiar” o “purificar” la sociedad.

No hace falta decir que el proceso de convertir a una persona en no-persona (ya se trate de transfigurarla, como en este caso, en rata, o, en otros casos, en un “estorbo”, una “basura”, etc.) remite al espectro insensible, psicopático, a una forma de actuar que se inscribe en una concepción purificadora-perseguidora, por la cual la sociedad pasa a estar polarizada y seccionada por el vector humano/no-humano. Todo ello provocado y promocionado por un deslizamiento lingüístico (el que va del ser humano a la rata), que deja al

que ha sido excluido del registro humano incapacitado para reivindicarse a sí mismo. Porque él no tendría potestad de ser más que lo que dicen que es. Su vida y su muerte, toda su existencia quedaría en manos de aquel que lo nombra, en manos de una autoridad pública que procedería despóticamente. Y entonces cabría preguntarse en qué casos y quiénes podrían ser considerados como seres humanos por la autoridad pública. No sólo el criminal, o determinado tipo de criminal, estaría abocado a ser un objeto y no un sujeto, sino que cualquier otra persona podría pasar a la misma condición. Bastaría extender un manto de sospecha sobre su conducta, como mucho tiempo atrás se hacía en los procesos por brujería, para que la justicia, de ningún modo concebida para esos casos o esos seres, quedara al margen. Y en tales circunstancias, la autoridad pública quedaría eximida de toda responsabilidad o falla en su forma de conducirse, justificando lo injustificable, pues toda violación de los derechos humanos podría excusarse con la consideración de que no es humano determinado ser humano.

4. CASO "ARIZMENDI"

El martes 18 de agosto de 1998 fue capturado Daniel Arizmendi, hasta el momento de su detención el criminal más buscado y sanguinario de México. Él confesó haber obtenido entre unos 150 y 160 millones de pesos mexicanos como consecuencia de la comisión de 21 secuestros (aunque se le suponen entre 40 y 200 secuestros) y que su banda mató a dos de las personas secuestradas por no haber pagado el rescate y a una tercera persona durante el intento de secuestro. Arizmendi fue conocido como "El Mochaorejas" porque al secuestrado en cuestión él mismo le cortaba con tijeras de pollero una de las orejas, que luego enviaba a los familiares, para presionar a éstos en el pago del rescate. A continuación se adjunta un fragmento de la entrevista que se le realizó para el programa "Chapultepec 18", emitido el 22 de agosto de 1998:

Entrevistador (E): *¿No está usted arrepentido de haber asesinado?*

Arizmendi (A): No señor, no lo siento en el corazón decirlo porque no lo siento, es la verdad.

E: *¿No está arrepentido de haber causado tanto daño a tantas familias?*

A: Pues hasta ahorita, como se dice entre la gente del barrio, todavía no me cae el veinte. No he sentido eso.

E: *¿Se dio cuenta de lo que iba haciendo cuando secuestraba, cuando cortaba una oreja, cuando mató a alguien?*

A: Pues sí, porque sé lo que estoy haciendo, pero no capto que es tan malo como verdaderamente lo es; para mí es como algo normal [...]. Hacia las personas que maté, que mutilé, que secuestré y hacia sus familias no siento ningún remordimiento. Siento mucho remordimiento por mi familia, por haberla dejado en esta situación, ahí sí soy un cobarde, pero respecto a las demás cosas, no señor, no me duele.

Las declaraciones vertidas por Arizmendi nos descubren a un sujeto sin escrúpulos, sin límites morales a la hora de atentar contra los otros. La empatía (esto es, la capacidad de ponerse en el lugar del otro) brilla por su ausencia, por lo menos con respecto a la mayoría de las personas, pues no se puede descartar que realmente le importe su familia, la gente más cercana de su entorno. Pero, fuera de su círculo más próximo, no hay lugar para los sentimientos. Se muestra implacable, despiadado, insensible.

Da la impresión de que alguien como Arizmendi está impelido a comportarse violenta y hasta sádicamente, como si se tratara de algo inevitable, como si hubiera nacido para hacer lo que ha hecho, aunque también es verdad que para entender su vida delictiva, así como la vida de otros sanguinarios y peligrosos criminales, hay que conocer, entre otros elementos, el contexto político-social en el que ha vivido y del que ha formado parte. Sabido es que los secuestros en México, durante el periodo de la actividad criminal de Arizmendi, así como en los años posteriores a su detención, se han dado en una cantidad sumamente elevada, y en una gran variedad de modalidades (secuestro tradicional o clásico, secuestro exprés, secuestro virtual, etc.), acompañándose en bastantes casos de una violencia (a través de mutilaciones, violaciones y/o muerte) que se suma a la que ya de por sí supone la retención obligada. El nivel de inseguridad o alarma social es tal que cualquier ciudadano (tenga poco o mucho dinero, sea anónimo o famoso) corre el riesgo de ser secuestrado. Las bandas de secuestradores han proliferado por doquier, y muchos delincuentes que anteriormente se dedicaban a otros menesteres se han reconvertido o adaptado en su carrera delictiva; entre los policías y agentes de los comandos anti-secuestros (¡vaya ironía!) hay quienes se han dedicado a secuestrar o a colaborar con los secuestradores, participando de ello también algunos políticos cuyo silencio y dejar hacer es pagado con dinero ensangrentado. El secuestro, hasta cierto punto, se ha convertido en un elemento cotidiano con el que los ciudadanos tratan de aprender a (mal)vivir. Y mientras tanto, los delincuentes actúan a sus anchas, con la tranquilidad que les da saber que solamente una mínima parte de los delitos cometidos serán castigados por la justicia.

Llegados a este punto, sin que ello signifique menoscabar la responsabilidad o culpa individual del criminal en cuestión, pues cada cual tiene que responder de los actos realizados, surge el siguiente interrogante: ¿Cabe pensar que la tasa de secuestros en México fuera elevada⁶ si verdaderamente funcionara el sistema judicial, esto es, si la mayoría de los delitos cometidos fueran esclarecidos y castigados?

En ausencia de prejuicios e intereses políticos, dicha pregunta se respondería con un “No”. Incluso cabe preguntarse si el propio Arizmendi hubiera incurrido en tantos crímenes en un contexto sociopolítico en que las instituciones y los cuerpos de seguridad del país gozaran de fortaleza y reconocimiento popular. Pero hay quienes rechazarían hacerse este tipo de preguntas; más bien, participarían de la idea de dirigir toda la animadversión posible contra los delincuentes.

Cuando un político designa como no-personas a los delincuentes, está expresando, sin ánimo de contener, el ánimo vengativo que anida en la población. Opera así guiado por un principio elemental: no se puede privar a la ciudadanía (especialmente cuando ésta está siendo amenazada, atacada, violentada y fustigada por el sufrimiento extremo) de una respuesta o salida, de algo con que calmarse. A partir de ese momento, y en la medida que no sólo participa de la comunión de la violencia vengativa sino que es el impulsor de la misma (el maestro de ceremonias), el político puede dar la impresión de ser alguien que verdaderamente se preocupa por la población, que la entiende y le da respuesta. Eso en parte es cierto (al brindarle a la población el plato de la venganza), pero también en parte es falso (al sustraerle a la población el plato del conocimiento), en tanto que dicha respuesta puede ser el resultado de un ocultamiento, y hasta de una manipulación, pues no hemos de ignorar que la delincuencia no sólo es responsabilidad de sus autores directos (los delincuentes) sino también de los gobernantes, quienes han de poner todos sus medios para atajarla o reducirla en la medida de lo posible. Quisiera que no se me entendiera mal. De ningún modo digo que el criminal sea inocente de los delitos cometidos. Lo que mantengo es la idea de que la responsabilidad del criminal no excluye otras responsabilidades.

En la medida que cierto político refiere un discurso vengativo da a entender a la población que los delitos pudieran eliminarse en el momento de atentar y exterminar a los seres que los habrían cometido. Como si la delincuencia fuera responsabilidad de unos determinados sujetos, de unos seres demoníacos, en tanto que los demás integrantes de la sociedad hubieran sido conformados por otra pasta o naturaleza. Esta forma

de representarse el mundo, evidentemente, es simplista, polarizada, ajena al análisis del fenómeno desde las distintas vertientes que lo afectan. De hecho, la capacidad para abordar racionalmente la violencia disminuye o queda en suspenso cuando se está gravitando en la órbita de la venganza. Una venganza que, por cierto, se apuntala y halla gran eco entre la población cuando la autoridad pública sanciona tan sólo una mínima parte de los delitos cometidos, propiciándose con ello que la delincuencia gane terreno y se disemine por la sociedad.

5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y CONTROL INTERNO

No cabe duda que “cada miembro de la sociedad queda afectado por el hecho de que otro pueda hacer impunemente algo que está prohibido a las personas decentes”⁷, planteándose el siguiente dilema: “si [el delincuente] escapa al castigo que ha merecido, ¿por qué voy a estar yo obligado a renunciar a mis instintos”⁸.

En un contexto de gran impunidad, el ciudadano puede sentir que sus impulsos criminales quedan libres para la búsqueda de satisfacción, lo cual genera incertidumbre sobre uno mismo y angustia ante la posible pérdida de control interno. En cierto sentido, el ciudadano necesita tener constancia de que no conviene delinquir, que esa forma de proceder sale cara (incluso, con la cárcel), para que así el camino tomado por el delincuente no se antoje atractivo sino todo lo contrario, como si se tratara de un gran error existencial. Para que la barrera que se alza contra la capacidad de cometer crímenes, se mantenga firme y eficaz. En guardia contra uno mismo. Porque no hay ser humano del que pueda negarse su condición criminal.

Todos y cada uno de nosotros, lo reconozcamos o no, participamos de un lado sombrío que, en determinadas circunstancias, podría convocarnos a cometer todo tipo de actos, aun cuando algunos de los actos puedan estar muy alejados de lo que normalmente aceptamos y consideramos adecuado. Tal vez por eso el ser humano tenga la sensación de que no es aconsejable dejar desamparada a la conciencia moral en su labor de control e inhibición de las tendencias antisociales, y se anhele, en cierto modo, para ella (en una labor que continuamente debe realizar) la compañía de la vigilancia jurídica. No vaya ser que en algún momento la conciencia moral se relaje o pase por dificultades. Además, hay que tener en cuenta que en ciertos casos la conciencia moral por sí sola se doblega con relativa facilidad al empuje de las tendencias antisociales y en otros casos puede mudar sus consideraciones o valoraciones sobre determinados

actos. A fin de cuentas, tal como lo plantea Freud, “nuestra conciencia moral no es ese juez insobornable que dicen los maestros de la ética: en su origen, no es otra cosa que *<angustia social>*. Toda vez que la comunidad suprime el reproche, cesa también la sofocación de los malos apetitos, y los hombres cometen actos de crueldad, de perfidia, de traición y de rudeza que se habían creído incompatibles con su nivel cultural”⁹.

Por todo esto, hemos de considerar que la venganza, si bien habla de la necesidad de protección que tiene la población en general contra el delincuente (esto es, contra aquel que ha demostrado con los hechos ser un peligro para la comunidad), remite simultáneamente a la necesidad que cada individuo tiene de protegerse contra el delincuente que habita en su interior. Y esa pretensión de control interno puede considerarse a la luz de los esfuerzos y las energías que cada quién dedica a recriminar y castigar al delincuente (externo). ¿A qué se debe tanto rencor y tantos epítetos admonitorios contra el que ha usado la violencia? ¿No será que, entre otras variables, opera el ánimo de controlar y castigar a uno mismo a través del otro? No estaría de más, al respecto, considerar que la relación del que pretende vengarse con aquel que es objeto del ánimo vengativo nos puede estar hablando de las dos caras de una misma moneda: la del delincuente reconocido y la del delincuente proyectado, irreconocible.

El ánimo vengativo, cuando es incontenible, arrastra y ubica al sujeto al lugar del perseguidor o victimario mismo, independientemente de que no fuera él sino el otro quien hubiera hecho uso anteriormente de la violencia. Porque al responder desde la venganza, surge o nace un nuevo victimario. No se puede ignorar que todo aquel que padece el impacto de la violencia, se enfrenta ante el riesgo de ser gobernado por aquello mismo que le ha impactado. Se es proclive, especialmente, a convertirse en victimario cuando se ignora que cierto victimario habita en uno mismo, el cual, a veces, para llegar a mostrarse tan sólo precisa ser convocado por un victimario externo, conocido. A pesar de que este victimario sea odiado y detestado con todo el alma, porque en último término el rechazo del otro remite, en el fondo, al rechazo de un aspecto tan ignorado como incontrolable del sí-mismo. En suma, lo que pretendo transmitir es la idea de que a mayor odio o deseo vengativo existente para con el delincuente en cuestión, más desconocimiento anida en uno mismo sobre la parte criminal que le es consustancial. “Hasta constituye una señal diagnóstica de fuertes tendencias antisociales no dominadas el hecho de que una persona mantenga con excesivo fervor este principio de la expiación. La frecuente y curiosa *afinidad subterránea entre el mundo criminal y sus perseguidores oficiales* se puede explicar por este mecanismo psíquico. El hombre, y en especial el perseguidor ferviente de los

criminales, se encuentra, en un sector de su aparato anímico, al lado del criminal. Simpatía inconsciente que no se deja prosperar y llegar al terreno de la conciencia, mediante la actuación de la instancia inhibitoria y la supercompensación de perseguir al criminal.”¹⁰.

6. LA INCLUSIÓN DE (TODO) LO CRIMINAL EN EL REGISTRO HUMANO

No podemos exigir que las víctimas y/o sus allegados reclamen justicia en lugar de venganza. Si lo hacen, será debido a que albergan alguna esperanza en el género humano. En cualquier caso, esta respuesta nunca es exigible sino digna de alabarse. Otra cuestión distinta es lo que debe exigirse al Estado, el cual debe estar preparado para contener y sortear el ánimo vengativo que anida en las víctimas y su entorno, respondiendo a la violencia desde la ley y la protección de los derechos humanos.

Si abogamos o apostamos por una sociedad que se rija por la justicia, y no por la venganza, se han de considerar las conductas criminales (incluso las más perversas y violentas) como pertenecientes al registro humano, como parte de lo que desgraciadamente es capaz de hacer el ser humano, de tal forma que en función de los actos cometidos el delincuente sea siempre contemplado y castigado desde el interior del sistema judicial, desde la consideración de una ley que sea respetuosa con los derechos humanos de todos los seres humanos. Se ha de llamar la atención, a este respecto, sobre la evidencia, muchas veces ignorada o negada, de que todos los seres humanos son igual de humanos, ni más ni menos humanos. Es decir, se es o no se es un ser humano, y se es por la simple razón de haber nacido humano. Y se es un ser humano para siempre. Y esto significa que ningún delincuente, por más despiadado o perverso que se haya mostrado, deja de ser un ser humano. Solamente así se puede entender la labor realizada en favor del fortalecimiento del sistema judicial, y en último término en favor del Estado de Derecho, por parte de las Comisiones de Derechos Humanos, las cuales tienen el cometido de defender a los seres humanos, a todos ellos (incluso a los delincuentes violentos) de la acción abusiva o excesiva del Estado. Pero merece la pena recalcar los términos “abusiva o excesiva” porque en ningún caso se trata de defender a los delincuentes de la acción del Estado o de la sociedad misma. Lo que se pretende, en todo caso, es que se aplique la ley, que se haga justicia desde el sistema judicial.

El hecho de inscribir al delincuente (violento) en el registro humano, supone un recuento y una distribución de responsabilidades, de tal manera que el

político (en lugar de dar carnaza a la población con sed de venganza) ponga en marcha mecanismos para revertir la situación de inseguridad pública (hasta cierto punto estructural, cimentada en la corrupción y en la mala gestión política) en una situación de seguridad, donde la criminalidad (que es imposible erradicar por completo, pues los seres humanos estamos tentados a transgredir la ley), se dé en un porcentaje relativamente bajo, al punto de que el delito sea contemplado por la población como un elemento disruptivo con respecto al medio y no como un estilo de vida.

En definitiva, lo que quisiera apuntalar en este texto radica en la siguiente idea: la incitación que puede hacer un político a la violencia vengativa, un síntoma de su desconfianza en el funcionamiento de las instituciones, que remite en el fondo a una crisis del sistema judicial, al no poderse inducir en la población la conformidad que se deriva de castigar al que infringe las normas, lejos de ayudar a la sociedad a ser más eficaz y exitosa en la lucha contra la delincuencia, supondría dar pasos en la dirección contraria. Pues

cuando el Estado abandona el camino de la ley y responde a la violencia con violencia, a la barbarie con barbarie, eso no puede tener otro efecto que erosionar los cimientos de la vida en sociedad.

Es así que la labor de todo político (aunque algunos de ellos, inmersos en la corrupción, participan del acoso, debilitamiento y derribo de las instituciones) y de todo ciudadano que quisiera colaborar en la lucha contra la delincuencia, debería ir en el sentido de colaborar y fortalecer el sistema judicial, tratando de sortear y superar la venganza, tratando de canalizarla, en lugar de caer en sus redes. Si la sociedad civilizada se caracteriza por algo es por dejar la venganza en manos del sistema judicial, porque es él quien “posee sobre la venganza un monopolio absoluto”¹¹. Como bien dijo Epicuro: “La justicia es la venganza del hombre social, como la venganza es la justicia del hombre salvaje”. Seamos conscientes de lo que supone cada opción; sepamos lo que realmente queremos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. KOESTLER, A. y CAMUS, A. *La Pena de Muerte*. Buenos Aires: Emecé, 1972, p. 134.
2. GIRARD, R. *La Violencia y lo Sagrado*. Barcelona: Anagrama, 1983, p. 22.
3. *Ibíd*em, p. 23.
4. *Ibíd*em, p. 29.
5. *Ibíd*em, p. 23.
6. México ocupa el segundo lugar en el mundo, solamente superado por Colombia, en cuanto al número de secuestros denunciados. Así lo señala José Antonio ORTEGA SÁNCHEZ (Presidente de la Comisión de Seguridad Pública de Coparmex y Secretario Ejecutivo del Consejo Ciudadano para la Seguridad Pública y la Justicia Penal) en el artículo “El secuestro: la nueva forma de tortura del siglo XXI”, publicado en *Entorno*, año 16, núm. 191, julio de 2004, México.
7. ALEXANDER, F. y STAUB, H. *El Delincuente y sus Jueces desde el Punto de Vista Psicoanalítico*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1961, p. 232.
8. *Ibíd*em, p. 233.
9. FREUD, S. “De guerra y muerte. Temas de actualidad”, 1915, pp. 281-282, en *Obras Completas*. Buenos Aires: Amorrortu, 2000.
10. ALEXANDER, F. y STAUB, H. *El Delincuente y sus Jueces desde el Punto de Vista Psicoanalítico*. Madrid: Biblioteca Nueva, 1961, pp. 235-236.
11. GIRARD, R. *La Violencia y lo Sagrado*. Barcelona: Anagrama, 1983, p. 30.

que la escasez de recursos obliga a la Corte a reformar su Reglamento y a no poder publicar las sentencias y opiniones consultivas.

La tercera etapa sería el período de tiempo que se inicia en el año 1994, en que se intensifica el envío de casos a la Corte por la Comisión y empiezan a laborar los primeros abogados en el Tribunal, y que termina el pasado mes de junio de 2001 con la entrada en vigor del cuarto Reglamento de la Corte que da *locus standi* a las víctimas o sus representantes durante todo el proceso ante ella. A partir de junio de 2001 se inicia una cuarta etapa en la historia de la Corte, en la cual nos encontramos actualmente, y para ilustrar lo que podrían ser sus rasgos más sobresalientes, se señalarán los cambios más importantes del nuevo Reglamento de la Corte, que serán las características que la distinguirán. Lo lógico sería que en el futuro, en los próximos años, se inicie una quinta etapa, una vez que se dé *jus standi* a las víctimas y éstas puedan acceder directamente al Tribunal, luego de agotado el proceso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Al analizar cada una de las etapas se hará referencia al número de casos, medidas provisionales y opiniones consultivas sometidos a consideración de la Corte. Asimismo se hará referencia al número de casos fallados, al presupuesto de la Corte correspondiente a cada etapa, así como al personal en funciones y al número de sesiones realizadas por año. Igualmente haré mención a los más importantes avances jurisprudenciales en los últimos años.

Por último, se presentará una perspectiva de la reforma y fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos que se encuentra en curso en la Organización de los Estados Americanos (O.E.A.).⁷²

Consecuentemente, me referiré entonces a lo que he denominado cuarta etapa en la historia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que abarca el período que va de junio de 2001 a junio de 2004.

II. LA CUARTA ETAPA EN LA HISTORIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

junio de 2001 – junio de 2004

El análisis de la cuarta etapa en la historia de la Corte Interamericana debe hacerse en relación no únicamente al cuarto Reglamento del Tribunal sino, también, al Reglamento de la Comisión que entró en vigor un mes antes del de la Corte, el 1 de mayo de 2001. Esto es así porque el actual Reglamento de la Comisión introdujo

dos cambios fundamentales: estableció una etapa de admisibilidad en la tramitación de los casos presentados ante ella y, lo que es más importante para efectos de este artículo, dispuso en su artículo 44.¹³ que si ella considera que un Estado no ha cumplido con las recomendaciones del informe del artículo 50 de la Convención aprobado por ella, someterá siempre el caso a consideración de la Corte, salvo por decisión fundada en contra de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión, con lo que varió radicalmente su práctica que era en sentido contrario, porque la Comisión anteriormente decidía cuáles casos únicamente sometía a consideración de la Corte y cuáles no. Ahora, salvo acuerdo en contrario, todos los casos se someterán a consideración del Tribunal. Esta disposición trajo como consecuencia un aumento en el número de casos sometidos anualmente al Tribunal, cifras que seguirán aumentando durante los próximos años. En el caso de la Corte, me referiré únicamente a la decisión de darle *locus standi in judicio* a la presunta víctima en los procesos, o sea, darle participación autónoma a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes legales debidamente acreditados durante todo el proceso ante ella, una vez que la Comisión Interamericana le somete un caso (artículos 2.23 y 23 del Reglamento de la Corte)⁴. Esto elevó a tres las partes que comparecen ante el Tribunal en los procesos: dos partes sustantivas, la presunta víctima y el Estado, y una parte procesal, la Comisión Interamericana, lo que ha hecho más complejo y costosa la tramitación y el fallo de los casos.

Las cifras que se recogen en los cuadros que siguen a continuación, hablan por sí solas:

1 NÚMERO DE CASOS SOMETIDOS A CONSIDERACIÓN DE LA CORTE:

Pese a que la implementación de la reforma del Reglamento de la Comisión que entró en vigor el 1 de mayo de 2001, según la cual todos los casos que alcancen el Informe a que se refiere el artículo 50 de la Convención se deben someter a consideración de la Corte salvo que una mayoría de los comisionados disponga lo contrario, no ha alcanzado todavía plenos efectos, por lo que las cifras que se indicarán a continuación se incrementarían, y posiblemente mucho, en un futuro próximo. Cabe resaltar que la Corte recibió de junio del 2001 a junio del 2004, 29 casos contenciosos. Durante sus siete primeros años de actividades 1979-1986, la Corte no recibió ningún caso contencioso; durante los siguientes siete años, 1986-1993, recibió ocho casos y, durante los siguientes siete años, 1994-2001, recibió 32 casos.

De mantenerse el ritmo actual de sometimiento de casos contenciosos por la Comisión a la Corte, durante los primeros siete años de vigencia del actual

Reglamento de la Corte se recibirían aproximadamente 68 casos contenciosos, más del doble de los recibidos en los siete años anteriores. Pero se estima, por conversaciones de los personeros de la Secretaría de la Corte con los de la Comisión, que estas cifras, por lo menos, podrían duplicarse progresivamente en el futuro.

¿Cómo puede atender la Corte, que tiene presupuestado para celebrar sesiones de ocho a diez semanas por año, un volumen de casos que se incrementaría anualmente con 20 ó 25 casos nuevos?

LISTA DE CASOS SOMETIDOS: 29

- 1 *Caso Mack Chang* contra Guatemala (19/06/01)
- 2 *Caso Juan Humberto Sánchez* contra Honduras (08/09/01)
- 3 *Caso “Cinco Pensionistas”* contra Perú (04/12/01)
- 4 *Caso Maritza Urrutia* contra Guatemala (9/01/02)
- 5 *Caso Gómez Paquiyauri* contra Perú (05/02/02)
- 6 *Caso del Centro de Reeducción de Menores* contra Paraguay (20/05/02)
- 7 *Caso Ricardo Canese* contra Paraguay (12/06/02)
- 8 *Caso Lori Berenson* contra Perú (19/07/02)
- 9 *Caso de la “Masacre de Plan de Sánchez”* contra Guatemala (31/07/02)
- 10 *Caso de la Comunidad Moiwana* contra Suriname (20/12/02)
- 11 *Caso del “Periódico La Nación”* contra Costa Rica (28/01/03)
- 12 *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd* contra México (30/01/03)
- 13 *Caso Caesar* contra Trinidad y Tobago (26/02/03)
- 14 *Caso Comunidad Yayke Axa* contra Paraguay (17/03/03)
- 15 *Caso de la Cruz Flores* contra Perú (11/06/03)
- 16 *Caso Carpio Nicolle y otros* contra Guatemala (13/06/03)
- 17 *Caso Hermanas Serrano Cruz* contra El Salvador (14/06/03)
- 18 *Caso Yatama* contra Nicaragua (17/06/03)
- 19 *Caso Acevedo Jaramillo y otros* contra Perú (25/06/03)
- 20 *Caso Acosta Calderón* contra Ecuador (25/06/03)
- 21 *Caso Daniel David Tibi* contra Ecuador (25/06/03)
- 22 *Caso Marco Molina Theissen* contra Guatemala (04/07/03)
- 23 *Caso López Alvarez* contra Honduras (07/07/03)
- 24 *Caso de las Niñas Yean y Bosico* contra República Dominicana (11/07/03)
- 25 *Caso Masacre de Mapiripán* contra Colombia (03/09/03)
- 26 *Caso Huilca Tecse* contra Perú (19/03/04)
- 27 *Caso Pueblo Bello* contra Colombia (23/03/04)
- 28 *Caso Gutiérrez Soler* contra Colombia (31/03/04)
- 29 *Caso Palamara Iribarne* contra Chile (19/04/04)

2 NÚMERO DE SENTENCIAS EMITIDAS:

En sus primeros siete años, 1979-1986, la Corte no emitió ninguna sentencia contenciosa; durante los siguientes siete años, 1986-1993, emitió quince sentencias; durante los siguientes siete años, 1994-2001, emitió 56 sentencias y, durante los siguientes tres años, junio de 2001 a junio de 2004, emitió 28 sentencias contenciosas.

De mantenerse el ritmo actual de emisión de sentencias por la Corte, durante los primeros siete años de aplicación del Reglamento vigente, se dictarían aproximadamente 66 sentencias, doce más que en el período de siete años anterior.

Pero aún si la Corte incrementa el número de sentencias que emite por año por hacer más eficiente sus métodos de trabajo, para lo cual reformó su Reglamento en noviembre de 2003 y ha contratado más personal en las condiciones lamentables que se indicarán más adelante, tendrá que sesionar más del doble de lo que sesiona actualmente, entre ocho y diez semanas por año, aproximadamente entre 16 y 20 semanas por año, medio año, para recibir prueba testimonial y pericial, deliberar y dictar sentencias, ¿y cuándo estudiarían los casos los Jueces, si la O.E.A. no les paga salario y solamente les reconoce US\$150.00 diarios durante los días de sesiones?

LISTA DE SENTENCIAS EMITIDAS: 28

- 1 Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, n° 79.
- 2 Corte I.D.H., *Caso Hilaire. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C, n° 80.
- 3 Corte I.D.H., *Caso Benjamin y otros. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C, n° 81.
- 4 Corte I.D.H., *Caso Constantine y otros. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C, n° 82.
- 5 Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de septiembre de 2001. Serie C, n° 83.
- 6 Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein. Interpretación de la Sentencia de Fondo*. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 4 de septiembre de 2001. Serie C, n° 84.
- 7 Corte I.D.H., *Caso Cantos. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. Serie C, n° 85.
- 8 Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado. Interpretación de la Sentencia de Reparaciones*. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 2001. Serie C, n° 86.

- 9 Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Serie C, n° 87.
- 10 Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C, n° 88.
- 11 Corte I.D.H., *Caso Durand y Ugarte. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C, n° 89.
- 12 Corte I.D.H., *Caso Las Palmeras*. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C, n° 90.
- 13 Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C, n° 91.
- 14 Corte I.D.H., *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C, n° 92.
- 15 Corte I.D.H., *Caso de los 19 Comerciantes. Excepción Preliminar*. Sentencia de 12 de junio de 2002. Serie C, n° 93.
- 16 Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C, n° 94.
- 17 Corte I.D.H., *Caso del Caracazo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002. Serie C, n° 95.
- 18 Corte I.D.H., *Caso Las Palmeras. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2002. Serie C, n° 96.
- 19 Corte I.D.H., *Caso Cantos*. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C, n° 97.
- 20 Corte I.D.H., *Caso "Cinco Pensionistas"*. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, n° 98.
- 21 Corte I.D.H., *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C, n° 99.
- 22 Corte I.D.H. *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C, n° 100.
- 23 Corte I.D.H. *Caso Myrna Mack Chang*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, n° 101.
- 24 Corte I.D.H. *Caso Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*. (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 26 de noviembre de 2003. Serie C, n° 102.
- 25 Corte I.D.H., *Caso Maritza Urrutia*. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C, n° 103.
- 26 Corte I.D.H., *Caso Baena Ricardo y otros. Competencia*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C, n° 104.
- 27 Corte I.D.H., *Caso de la "Masacre de Plan de Sánchez". Fondo*. Sentencia de mayo de 2004. Serie C, n° 105.
- 28 105Corte I.D.H., *Caso Molina Theissen. Fondo*. Sentencia de mayo de 2004. Serie C, n° 106.

3 NÚMERO DE MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS:

Durante sus primeros siete años de funcionamiento, 1979-1986, la Corte no recibió ninguna solicitud de medidas provisionales; durante los siguientes siete años, 1986-1993, recibió 8; durante los siguientes siete años, 1993-2001, recibió 23 y, durante los últimos tres años, 2001-2004, 13.

De mantenerse el ritmo actual de ingreso de medidas provisionales se recibirían durante los primeros siete años de vigencia del Reglamento actual 28 medidas provisionales, cuatro menos que en el período anterior. Aquí el problema radica en que por las precarias condiciones de seguridad en muchos de los Estados Partes, las medidas provisionales se extienden por períodos largos y se hace difícil levantarlas, por lo que el número de éstas en consideración de la Corte se mantiene alto y en constante incremento. Actualmente hay 24 medidas provisionales en tramitación permanente ante la Corte.

¿En qué momento, dentro de las 8 ó 10 semanas de sesiones, pretende la O.E.A. que se analicen los informes que presentan los Estados, así como las observaciones que presentan los beneficiarios de las medidas provisionales o sus representantes y la Comisión Interamericana? Hoy en día, por falta de recursos y tiempo, los Jueces deciden lo pertinente dentro de agendas muy ajustadas y trabajando por las noches y los fines de semana.

LISTA DE MEDIDAS PROVISIONALES SOLICITADAS: 13

- 1 MP caso del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otros respecto de México (25/10/01)
- 2 MP caso Gallardo Rodríguez respecto de México (18/12/01)
- 3 MP caso de la Cárcel de Urso Branco respecto del Brasil (06/06/02)
- 4 MP caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni respecto de Nicaragua (19/07/02)
- 5 MP caso Helen Mack y otros respecto de Guatemala (09/08/02)
- 6 MP caso Liliana Ortega y otras respecto de Venezuela (27/11/02)
- 7 MP caso Luis Uzcátegui respecto de Venezuela (27/11/02)
- 8 MP caso Luisiana Ríos y otros respecto de Venezuela (27/11/02)
- 9 MP caso Bámaca Velásquez respecto de Guatemala (12/12/02)
- 10 MP caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó respecto de Colombia (05/03/03)
- 11 MP caso Lysias Fleury respecto de Haití (13/03/03)
- 12 MP caso de Marta Colomina y Liliana Velásquez respecto de Venezuela (21/07/03)
- 13 MP caso Gómez Paquiyauri respecto del Perú (7/05/04)

**LISTA DE RESOLUCIONES SOBRE
MEDIDAS PROVISIONALES EMITIDAS
POR LA CORTE: 52**

- 1 *Caso Blake* respecto de Guatemala, Resolución de la Corte, 2 de junio de 2001
- 2 *Caso Digna Ochoa y Plácido y otros* respecto de México, Resolución de la Corte, 28 de agosto de 2001
- 3 *Caso Loayza Tamayo* respecto de Perú, Resolución de la Corte, 28 de agosto de 2001
- 4 *Caso Paniagua Morales y otros* respecto de Guatemala, Resolución de la Corte, 28 de agosto de 2001
- 5 *Caso Bámaca Velásquez* respecto de Guatemala, Resolución de la Corte, 5 de septiembre de 2001
- 6 *Caso Colotenango* respecto de Guatemala, Resolución de la Corte, 5 de septiembre de 2001
- 7 *Caso Carpio Nicolle* respecto de Guatemala, Resolución de la Corte, 5 de septiembre de 2001
- 8 *Caso del Periódico "La Nación"* respecto de Costa Rica, Resolución de la Corte, 7 de septiembre de 2001
- 9 *Caso del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otros* respecto de México, Resolución del Presidente de la Corte, 25 de octubre de 2001
- 10 *Caso James y otros* respecto de Trinidad y Tobago, Resolución de la Corte, 26 de noviembre de 2001
- 11 *Caso del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otros* respecto de México, Resolución de la Corte, 30 de noviembre de 2001
- 12 *Caso Giraldo Cardona* respecto de Guatemala, Resolución de la Corte, 3 de diciembre de 2001
- 13 *Caso del Periódico "La Nación"* respecto de Costa Rica, Resolución de la Corte, 6 de diciembre de 2001
- 14 *Caso Gallardo Rodríguez* respecto de México, Resolución del Presidente de la Corte, 20 de diciembre de 2001
- 15 *Caso Gallardo Rodríguez* respecto de México, Resolución del Presidente de la Corte, 14 de febrero de 2002
- 16 *Caso Gallardo Rodríguez* respecto de México, Resolución de la Corte, 18 de febrero de 2002
- 17 *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó* respecto de Colombia, Resolución de la Corte, 18 de junio de 2002
- 18 *Caso de la Cárcel de Urso Branco* respecto de Brasil, Resolución de la Corte, 18 de junio de 2002
- 19 *Caso Helen Mack Chang y otros* respecto de Guatemala, Resolución del Presidente de la Corte, 14 de agosto de 2002
- 20 *Caso del Periódico "La Nación"* respecto de Costa Rica, Resolución de la Corte, 26 de agosto de 2002
- 21 *Caso Helen Mack Chang y otros* respecto de Guatemala, Resolución de la Corte, 26 de agosto de 2002
- 22 *Caso de la Cárcel de Urso Branco* respecto de Brasil, Resolución de la Corte, 29 de agosto de 2002
- 23 *Caso James y otros* respecto de Trinidad y Tobago, Resolución de la Corte, 3 de septiembre de 2002

- 24 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni* respecto de Nicaragua, Resolución de la Corte, 6 de septiembre de 2002
- 25 *Caso Liliana Ortega y otras* respecto de Venezuela, Resolución de la Corte, 27 de noviembre de 2002
- 26 *Caso Luis Uzcátegui* respecto de Venezuela, Resolución de la Corte, 27 de noviembre de 2002
- 27 *Caso Luisiana Ríos y otros* respecto de Venezuela, Resolución de la Corte, 27 de noviembre de 2002
- 28 *Caso Bámaca Velásquez* respecto de Guatemala, Resolución del Presidente, 20 de diciembre de 2002
- 29 *Caso Luis Uzcátegui* respecto de Venezuela, Resolución de la Corte, 20 de febrero de 2003
- 30 *Caso Luisiana Ríos y otros* respecto de Venezuela, Resolución de la Corte, 20 de febrero de 2003
- 31 *Caso Liliana Ortega y otras* respecto de Venezuela, Resolución de la Corte, 21 de febrero de 2003
- 32 *Caso Bámaca Velásquez* respecto de Guatemala, Resolución de la Corte, 21 de febrero de 2003
- 33 *Caso Helen Mack Chang y otros* respecto de Guatemala, Resolución de la Corte, 21 de febrero de 2003
- 34 *Caso de las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó* respecto de Colombia, Resolución de la Corte, 6 de marzo de 2003
- 35 *Caso Lysias Fleury* respecto de Haití, Resolución del Presidente de la Corte, 18 de marzo 2003
- 36 *Caso Helen Mack Chang y otros* respecto de Guatemala, Resolución del Presidente de la Corte, 25 de abril de 2003
- 37 *Caso Blake* respecto de Guatemala, Resolución de la Corte, 6 de junio de 2003.
- 38 *Caso Helen Mack Chang y otros* respecto de Guatemala, Resolución de la Corte, 6 de junio de 2003
- 39 *Caso Lysias Fleury* respecto de Haití, Resolución de la Corte, 7 de junio de 2003
- 40 *Caso de Marta Colomina y Liliana Velásquez* respecto de Venezuela, Resolución del Presidente de la Corte, 30 de julio de 2003
- 41 *Caso de Marta Colomina y Liliana Velásquez* respecto de Venezuela, Resolución de la Corte, 8 de setiembre de 2003
- 42 *Caso Luisiana Ríos y otros* respecto de Venezuela, Resolución del Presidente de la Corte, 2 de octubre de 2003
- 43 *Caso Luisiana Ríos y otros* respecto de Venezuela, Resolución de la Corte, 21 de noviembre de 2003
- 44 *Caso Clemente Teherán y otros* respecto de Colombia, Resolución de la Corte, 1 de diciembre de 2003
- 45 *Caso de Marta Colomina y Liliana Velásquez* respecto de Venezuela, Resolución de la Corte, 2 de diciembre de 2003
- 46 *Caso Luis Uzcátegui* respecto de Venezuela, Resolución de la Corte, 2 de diciembre de 2003
- 47 *Caso Luisiana Ríos y otros* respecto de Venezuela, Resolución de la Corte, 2 de diciembre de 2003
- 48 *Caso Liliana Ortega y otras* respecto de Venezuela, Resolución de la Corte, 2 de diciembre de 2003

- 49 *Caso Lysias Fleury* respecto de Haití, Resolución de la Corte, 2 de diciembre de 2003
- 50 *Caso James y otros* respecto de Trinidad y Tobago, Resolución de la Corte, 2 de diciembre de 2003
- 51 *Caso Gómez Paquiyauri* respecto del Perú, Resolución de la Corte de de mayo de 2004
- 52 Resolución sobre Medidas Provisionales respecto de Venezuela, Resolución de la Corte de 7 de mayo de 2004, correspondientes a los casos Liliana Ortega y otras, Luisiana Ríos y otros, Luis Uzcátegui, Marta Colomina y Liliana Velásquez.

4 OPINIONES CONSULTIVAS:

La Corte recibió durante sus primeros 7 años de funcionamiento, 1979-1986, 7 solicitudes de opinión consultiva y emitió igual número de opiniones consultivas; durante los siguientes 7 años, 1986-1993, recibió 6 solicitudes y emitió igual número de opiniones consultivas; durante los siguientes 7 años, 1994-2001, la Corte recibió 4 solicitudes y emitió 3 opiniones consultivas y, durante los últimos 3 años 2001-2003 recibió 3 más y emitió 2, por lo que actualmente se va a iniciar la tramitación de 2, OC-19 y OC-20, pendientes todavía, que aún no tienen nombre.

Como se ve, durante los años 1994-2001, se recibieron menos solicitudes de opiniones consultivas que en las primera y segunda etapas, 4 en vez de 6 y 7, respectivamente, pero de mantenerse la tendencia de los últimos 3 años, durante la vigencia de los primeros 7 años del actual Reglamento, se subiría a 6 ó 7 el número de nuevo, y se igualaría las recibidas en los períodos 1979-1986 y 1986-1993.

¿Otro argumento a favor de que la Corte sesione más tiempo?

LISTA DE OPINIONES CONSULTIVAS SOLICITADAS: 3

- 1 Opinión Consultiva OC-18 (10/04/02)
- 2 Opinión Consultiva OC-19 (12/11/03)
- 3 Opinión Consultiva OC-20 (20/04/04)

LISTA DE OPINIONES CONSULTIVAS EMITIDAS: 2

- 1 Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A, n° 17.
- 2 Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A, n° 18.

5 CASOS EN ETAPA DE SUPERVISIÓN DE CUMPLIMIENTO DE SENTENCIA:

Los casos no se cierran automáticamente unos meses después de dictadas las sentencias. Éstas obligan a los Estados no sólo a pagar daños materiales o morales sino que también a adoptar o garantizar reparaciones no pecuniarias, tales como: investigar los hechos motivo de las violaciones y a enjuiciar y sancionar a los responsables, por lo que normalmente los Estados presentan con cierta regularidad informes a la Corte sobre el avance del cumplimiento de las sentencias hasta que es posible cerrar el caso, cuando éste ha cumplido en su totalidad lo dispuesto por el Tribunal en su sentencia.

Al finales del año 2003, la Corte tendrá 31 casos en estado de supervisión de cumplimiento de sentencia y, por la carencia de recursos y falta de tiempo, solamente analiza el estado de estos casos una vez al año, durante la última sesión del año, para determinar si es necesario aplicar el artículo 65 de la Convención para informar a la Asamblea General de la O.E.A. sobre si un Estado Parte no ha cumplido con una sentencia, pese a las numerosas reiteraciones y pedidos de información que el Tribunal hace. En aras de poder analizar el referido cumplimiento durante el resto del año el Tribunal solicita al Estado la presentación de informes, y a la víctima o sus representantes, así como a la Comisión Interamericana, la presentación de observaciones al informe estatal.

¿Otro argumento para incrementar el presupuesto de la Corte?

FECHAS DE EMISIÓN DE LAS SENTENCIAS DE REPARACIONES DE LOS CASOS QUE SE ENCUENTRAN EN ETAPA DE SUPERVISIÓN DE SENTENCIA, PORQUE LOS ESTADOS NO HAN CUMPLIDO TOTALMENTE LO ORDENADO POR LA CORTE: 31

- 1 *Caso Neira Alegria y otros*: Sentencia de reparaciones del 19/09/96.
- 2 *Caso Caballero Delgado y Santana*: Sentencia de reparaciones del 29/01/97.
- 3 *Caso del Amparo*: Sentencia de reparaciones del 14/09/96.
- 4 *Caso Garrido y Baigorria*: Sentencia de reparaciones del 27/08/98.
- 5 *Caso Castillo Páez*: Sentencia de reparaciones del 27/11/98.
- 6 *Caso Loayza Tamayo*: Sentencia de reparaciones del 27/11/98.
- 7 *Caso Paniagua Morales y otros*: Sentencia de reparaciones del 25/05/01.

- 8 *Caso Blake*: Sentencia de reparaciones del 22/01/99.
- 9 *Caso Suárez Rosero*: Sentencia de reparaciones del 20/01/99.
- 10 *Caso Benavides Cevallos*: Sentencia de fondo del 19/06/98.
- 11 *Caso Cantoral Benavides*: Sentencia de reparaciones del 3/12/01.
- 12 *Caso Durand y Ugarte*: Sentencia de reparaciones del 3/12/01.
- 13 *Caso Bámaca Velásquez*: Sentencia de reparaciones del 22/02/02.
- 14 *Caso de los “Niños de la Calle”*: Sentencia de reparaciones del 26/05/01.
- 15 *Caso Castillo Petruzzi y otros*: Sentencia de fondo del 30/05/99.
- 16 *Caso Cesti Hurtado*: Sentencia de reparaciones del 31/05/01.
- 17 *Caso Baena Ricardo y otros*: Sentencia de competencia del 28/11/03.
- 18 *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*: Sentencia de fondo y reparaciones del 31/08/01.
- 19 *Caso Las Palmeras*: Sentencia de reparaciones del 26/11/02.
- 20 *Caso Cantos*: Sentencia de fondo y reparaciones del 28/11/02.
- 21 *Caso Ivcher Bronstein*: Sentencia de fondo del 6/02/01.
- 22 *Caso Tribunal Constitucional*: Sentencia de fondo del 31/01/01.
- 23 *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*: Sentencia de fondo y reparaciones del 3/12/01.
- 24 *Caso del Caracazo*: Sentencia de reparaciones del 29/08/02.
- 25 *Caso Trujillo Oroza*: Sentencia de reparaciones del 27/02/02.
- 26 *Caso Barrios Altos*: Sentencia de reparaciones del 30/11/01.
- 27 *Caso Bulacio*: Sentencia de fondo y reparaciones del 18/09/03.
- 28 *Caso Myrna Mack Chang*: Sentencia de fondo y reparaciones del 25/11/03.
- 29 *Caso Juan H. Sánchez*: Sentencia de fondo y reparaciones del 7/06/03.
- 30 *Caso “Cinco Pensionistas”*: Sentencia de fondo y reparaciones del 28/02/03.
- 31 *Caso Maritza Urrutia*: Sentencia de fondo y reparaciones del 27/11/03.

6 PRESUPUESTO DE LA CORTE:

Como se puede ver de las cifras que se transcriben a continuación, el presupuesto de la Corte subió alrededor de cien mil dólares en los últimos cuatro años. De casi un millón trescientos mil dólares a casi un millón cuatrocientos mil dólares. De un 1.52% del presupuesto regular de la O.E.A. a 1.65 % del mismo, suma y porcentaje ínfimo si se tiene en cuenta el incremento de trabajo del Tribunal, el aumento del número de Jueces

ad hoc, la intervención de tres partes en los procesos -ordenado por la propia Asamblea General de la O.E.A.- y el aumento en los costos del litigio para la Corte como consecuencia de lo anterior.

PRESUPUESTO DE LA CORTE I.D.H.:

Año 2001	US\$1.284.700	equivalente al 1.52% del presupuesto de la O.E.A.
Año 2002	US\$1.354.700	equivalente al 1.61% del presupuesto de la O.E.A.
Año 2003	US\$1.395.036	equivalente al 1.65% del presupuesto de la O.E.A.
Año 2004	US\$1.391.300	equivalente al 1.65% del presupuesto de la O.E.A.

Las consecuencias de esta situación en el personal profesional de la Corte, en el número de sesiones o semanas que sesiona el Tribunal cada año y en el Reglamento de la Corte, se verán a continuación.

7 PERSONAL DE LA CORTE, AÑO 2004:

En lo referente al personal de la Corte me referiré, por razones de extensión de este artículo, únicamente al Área Legal de la Corte, que es la que impacta directamente el trabajo jurídico del Tribunal.

En el año 2001 la Corte tenía laborando como funcionarios profesionales al Secretario, al Secretario Adjunto y a 4 Abogadas, todos ellos contratados con los beneficios laborales que otorga la O.E.A. a sus funcionarios, incluyendo desde luego el nivel salarial. En el año 2004, además del Secretario y de la Secretaria Adjunta, se tienen 5 Abogados(as) y 5 Abogadas(as) asistentes, pero solamente el Secretario, la Secretaria Adjunta y una Abogada tienen “beneficios laborales equivalentes a los de los funcionarios de la O.E.A.”, pese a que la Secretaría Adjunta no tiene el nivel salarial que corresponde a su rango, lo mismo que la Abogada. Los demás abogados tienen contratos laborales, hechos de acuerdo a la legislación laboral costarricense, con salarios totalmente fuera de mercado para funcionarios internacionales, pese a contar con una especialidad y ser por lo menos bilingües. Además, no se les pagan los boletos aéreos de traslado a Costa Rica al momento de su contratación.

En lo que respecta a la búsqueda de fondos en el extranjero la Corte, al explicar que sus necesidades de recursos deben destinarse a contratar más abogados y aumentar el número de días de sesiones, se encuentra por la respuesta por parte de los donantes que fondos para esos rubros deberían ser sufragados por el fondo regular de la OEA.

Esta es la razón por la que históricamente muchos de los Abogados de la Corte han sido costarricenses y

todos ellos muy jóvenes, recién graduados y solteros. Si tuvieran más obligaciones que atender no les alcanzaría el salario, por lo que muchos de ellos, una vez capacitados, apenas reciben mejores ofertas, dejan la Secretaría del Tribunal, donde se trabajan largas y agotadoras jornadas en temas delicados y jurídicamente complejos y difíciles, que conllevan una gran responsabilidad.

Muchos de los expertos en derechos humanos o profesionales en el campo que visitan la Corte se preguntan: ¿cómo en esas condiciones se producen tantas sentencias, extensos trabajos jurídicos de gran calidad, citados hoy día por la Corte Europea de Derechos Humanos y por las Cortes Supremas y los Tribunales Constitucionales de América?

Solo quien ha trabajado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se percatan de la mística que por la causa de los derechos humanos han tenido y tienen los Jueces del Tribunal y el personal de la Secretaría de la Corte, la cual explica este milagro. Pero eso no justifica que se mantengan las cosas como están. Por el contrario, debería provocar una reacción inmediata en los órganos políticos de la O.E.A. y en los Estados Partes en la Convención Americana para solventar esta penosa e inexplicable situación, porque hasta el momento la solución ha sido “repartir el mismo pastel entre más personas”.

**PERSONAL DE LA CORTE I.D.H,
AÑO 2004:**

Área Legal	<ul style="list-style-type: none"> - Un Secretario (O.E.A. int) - Una Secretaria Adjunta (O.E.A. int) - Cinco Abogados (sólo uno O.E.A. int) - Cinco Abogados asistentes. - Tres estudiantes de Derecho para lo relativo a los expedientes judiciales. - Tres Secretarías.
Área Administrativa	<ul style="list-style-type: none"> - Un Administrador (O.E.A. int) - Un Contador - Dos Asistentes de Contabilidad - Otros (chofer, recepcionista, etc.) - La seguridad y la limpieza se contratan a compañías privadas externas.
Publicaciones	<ul style="list-style-type: none"> - Un Jefe de Publicaciones - Una Asistente - Una Diagramadora-Digitadora
Biblioteca	<ul style="list-style-type: none"> - Una Bibliotecaria (pagada por la Corte) - Un Asistente de Biblioteca (pagado por la Corte) - Una Secretaria (pagada por la Corte) - Dos Asistentes (pagados por el IIDH)

**8 REGLAMENTO DE 2000,
REFORMADO EN NOVIEMBRE
DE 2003:**

El 1 de junio de 2001 entró en vigor el cuarto Reglamento de la Corte, que tiene como aspectos innovadores más importantes el darle el *locus standi in iudicio* a la presunta víctima en los procesos ante el Tribunal; o sea, la participación autónoma de la presunta víctima en todo el proceso ante la Corte una vez que la Comisión Interamericana somete un caso a su consideración, y el disponer que las pruebas rendidas ante la Comisión serán incorporadas al expediente siempre y cuando hubieran sido recibidas en procedimientos contradictorios. Este Reglamento se reformó en noviembre del año 2003, reformas que entraron en vigor el 1 de enero de 2004, con medidas tendientes a hacer más expedito el procedimiento y bajar los costos del mismo.

Como la Corte no tiene presupuesto para pagar regularmente un salario a sus Jueces, éstos deben realizar todo el trabajo posible durante las ocho o diez semanas de sesiones que celebren al año. Por esto, el Tribunal ha tenido que reducir el tiempo que debe dedicar a recibir testimonios y peritazgos en los casos que se le someten y ordenar que se presenten “affidávits” o “declaraciones juradas” de los testigos o peritos que no se citen a declarar; a deliberar durante las noches y los fines de semana y a trasladar algunos de los costos del litigio a las partes. Como ejemplo de esta situación podemos citar la reforma del artículo 26.2 del Reglamento⁵ que ordena a presentar el escrito original de demanda, de contestación a la demanda, de solicitudes, argumentos y pruebas, contestación de excepciones preliminares, así como los anexos respectivos, acompañados con 3 copias idénticas al original, los que en algunos casos suman miles de folios, para ahorrarle al Tribunal el costo de reproducción. Se puede citar también la reforma al artículo 43.2⁶, que dispone que las audiencias públicas se grabarán y que se entregaría una copia de la misma a las partes, en lugar de hacer la transcripción literal de las mismas, como se hacía antes. O el caso del artículo 47.3⁷ que autoriza la presentación de “affidávits”, anteriormente comentada.

Los efectos del cuarto Reglamento de la Corte han sido inmediatos: se redujo considerablemente el promedio del tiempo de duración del proceso ante la Corte, ya que el anterior promedio de 38 meses (contado a partir de la notificación de la demanda hasta la sentencia de reparaciones) es ahora de 20 meses.

Si no se solventa de una manera global la situación de la Corte Interamericana, este promedio, sin duda alguna, volverá a subir.

8 COOPERACIÓN INTERNACIONAL DURANTE EL PERÍODO:

Como se ve en el cuadro relativo a la cooperación internacional, la mayoría de las donaciones se hicieron con el objeto de ayudar a la Corte a hacer sus publicaciones, ya que su presupuesto en aquella época y en la actualidad tampoco le alcanza para esto. Y si no se publican las sentencias no se conoce la labor del Tribunal, y la jurisprudencia de éste no tendría el impacto positivo que ha tenido en muchos Estados partes.

Cabe resaltar que, como consecuencia del pago de cuotas atrasadas por el Gobierno de los Estados Unidos de América a la O.E.A. en octubre de 2002, la Corte recibió, al igual que otros organismos y entidades de la O.E.A., una suma de dinero para ser empleada de una sola vez y no para cubrir gastos operacionales normales. En el caso de la Corte recibió US\$600.000.00 (seiscientos mil dólares de los Estados Unidos de América), que utilizó para ampliar su sede con el fin de tener una sala de audiencias públicas y una de deliberaciones apropiadas, así como oficinas para Jueces y Abogados.

Donante	Objeto de la Donación	Fecha	Monto US\$
Ministerio de Relaciones Exteriores de Finlandia	Apoyo al área de publicaciones de la Corte IDH	Abril 2002	97,763.50
Universit� Católica del Sacro Cuore – Michangela Escalabrino	Programa de pasantías a estudiantes de derecho	Diciembre 2002 Enero 2003	20,000.00
Organización de los Estados Americanos	Proyecto de Ampliación de la Sede de la Corte IDH	Enero 2003	600,000.00
Misión Permanente de México ante la OEA	Fortalecimiento del área de publicaciones de la Corte IDH	Septiembre 2002	50,000.00
ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados)	Apoyo al área de publicaciones de la Corte IDH	Octubre 2002 Diciembre 2003	23,480.14
Misión Permanente de México ante la OEA	Fortalecimiento a la Corte IDH	Octubre 2002	100,000.00
Misión Permanente de México ante la OEA	Apoyo a las actividades de la Corte IDH	Mayo 2003	91,964.28
Gobierno de Brasil	Apoyo a las actividades de la Corte IDH	Abril 2004	40,000.00

III LAS RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LA O.E.A. SOBRE EL FINANCIAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Las  ltimas 4 Asambleas Generales de la O.E.A. han reiterado la necesidad de financiar adecuadamente a la Corte Interamericana. Este tema, entre otros muchos en relación con el sistema interamericano de derechos humanos, se encuentra en resoluciones aprobadas por la Asamblea General durante los años 2001, 2002, 2003 y 2004, cuyas partes pertinentes se transcriben a continuación:

Asamblea General del año 2001:

La Resolución AG/RES.1827 (XXXI-0-01)⁸ de 5 de junio de 2001, denominada “Observaciones y

Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, dispuso en el Punto Resolutivo 6:

Encomendar al Consejo Permanente que en los próximos ejercicios financieros promueva un adecuado incremento de los recursos asignados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la base del reconocimiento de que la promoción y protección de los derechos humanos constituye una prioridad fundamental de la Organización.

La Resolución AG/RES.1828 (XXXI-0-01)⁹ de 5 de junio de 2001, denominada “Evaluación del Funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos para su Perfeccionamiento y Fortalecimiento, dispuso el Punto Resolutivo 1.d. y e.:

1. Encomendar al Consejo Permanente que inicie acciones concretas tendientes al cumplimiento de los mandatos de los Jefes de Estado y de Gobierno seleccionados con el fortalecimiento y

perfeccionamiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos contenidos en el Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas, concentrándose en:

...

- d. El incremento sustancial del presupuesto de la Corte y de la Comisión, elaborando un plan para que en un tiempo razonable los órganos del sistema puedan atender sus crecientes actividades y responsabilidades, así como asegurar la eficiencia del sistema y del uso de los recursos asignados; y el establecimiento de un fondo específico para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos destinado a fomentar las contribuciones voluntarias en beneficio de los órganos del sistema e incrementar sus esfuerzos relacionados con la promoción y universalización del sistema.
- e. el examen de la posibilidad de que la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos funcionen de manera permanente, teniendo en cuenta, entre otros, los criterios de dichos órganos.

Asamblea General del año 2002:

La Resolución AG/RES.1850 (XXXII-0-02)¹⁰ de 4 de junio de 2002, denominada “Observaciones y Recomendaciones de los Estados Miembros al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, dispuso en el Punto Resolutivo 3, lo siguiente:

Encomendar al Consejo Permanente que presente al trigésimo tercer período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la O.E.A. un proyecto de presupuesto para el año 2004 en el que se realice un efectivo y adecuado incremento de los recursos económicos originados a la Corte a la luz de las necesidades y metas descritas en el documento presentado por su Presidente (CP/CA5P-1921/02 con 1).

La Resolución AG/RES.1890 (XXXII-0-02)¹¹ del 4 de junio de 2002, denominada “Evaluación del Funcionamiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos para su Perfeccionamiento y Fortalecimiento”, dispuso en su Punto Resolutivo 1.d. y e., lo siguiente:

1. Reafirmar la voluntad de la Organización de los Estados Americanos de continuar las acciones concretas tendientes al cumplimiento de los mandatos de los Jefes de Estado y de Gobierno relacionados con el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos contenidos en el Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas:

...

- d. el incremento sustancial del presupuesto de la Corte y de la Comisión, a fin de que en un plazo razonable los órganos del sistema puedan atender sus crecientes actividades y responsabilidades; y
- e. el examen de la posibilidad de que la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos funcionen de manera permanente, teniendo en cuenta, entre otros elementos, los criterios de dichos órganos.

Adicionalmente, en el Punto Resolutivo 3.e dispuso:

3. Instar a los Estados Miembros de la Organización a que, de conformidad con el Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas:
 - e. Contribuyan al Fondo Específico para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, destinado a fomentar contribuciones voluntarias a los órganos del sistema.

Asamblea General del año 2003:

La Resolución AG/RES. 1918 (XXXIII-0-03)¹² de 10 de junio de 2003, denominada “Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, dispuso en su Punto Resolutivo 5, lo siguiente:

5. Encomendar al Consejo Permanente que continúe analizando los medios para lograr un incremento efectivo y adecuado de los recursos económicos asignados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el programa-presupuesto de la Organización.

Y en el número 6 agregó:

Instar, adicionalmente, a los Estados Miembros de la Organización a que contribuyan al Fondo Específico para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos.

La Resolución AG/RES.1925 (XXXIII-0-03)¹³ de 10 de junio de 2003, denominada “Fortalecimiento de los Sistemas de Derechos Humanos en Seguimiento del Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas, dispuso en su Punto Resolutivo 2.d. y e., lo siguiente:

2. Reafirmar la voluntad de la Organización de los Estados Americanos de continuar 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 contenidos en el Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas:

- d. El incremento sustancial de los presupuestos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que en un plazo razonable los órganos del sistema puedan atender sus crecientes actividades y responsabilidades; y
- e. El examen de la posibilidad de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos funcionen de manera permanente teniendo en cuenta, entre otros elementos, los criterios de dichos órganos.

Adicionalmente, en el Punto Resolutivo 3.b) agregó:

- 3. Destacar los recientes avances en las áreas específicas del sistema interamericano de derechos humanos identificados en el Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas, a saber:

...

- b) El incremento de los recursos del Fondo Regular asignado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los aportes voluntarios de Argentina, Brasil, Costa Rica, Estados Unidos, México, así como de España y Finlandia para facilitar la labor de dichos órganos.

La Asamblea General de 2004:

La Resolución AG/RES. 2043 (XXXIV-0-04)¹⁴ de 28 de mayo de 2004, denominada “Observaciones y Recomendaciones al Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, dispuso en su Punto Resolutivo 7, lo siguiente:

- 7 Instruir al Consejo Permanente que continúe analizando los medios para lograr un incremento efectivo y adecuado de los recursos económicos asignados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el programa-presupuesto de la Organización.
- 8 Instar, adicionalmente, a los Estados Miembros de la Organización a que contribuyan al Fondo Específico para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos.

La Resolución AG/RES. 2030 (XXXIV-0-04)¹⁵ de 27 de mayo de 2004, denominada “Fortalecimiento de los Sistemas de Derechos Humanos en Seguimiento del Plan de Acción de la Tercera Cumbre de las Américas”, dispuso en su Punto Resolutivo 2 d) y e), lo siguiente:

...

- d) El incremento sustancial de los presupuestos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a fin de que en un plazo razonable puedan atender sus crecientes actividades y responsabilidades; y
- e) El examen de la posibilidad de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos funcionen de manera permanente teniendo en cuenta, entre otros elementos, los criterios de dichos órganos.

Y en el Punto Resolutivo 3 b) agregó:

- b) Lo aportes voluntarios que para facilitar a labor de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han hecho Brasil, Costa Rica y México a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; ...

Adicionalmente, en el Punto Resolutivo 4 a), b), c) y e), agregó:

- a) Continúe analizando los medios para lograr un incremento efectivo y adecuado de los recursos económicos asignados a los órganos del sistema interamericano de derechos humanos en el programa-presupuesto de la Organización.
- b) Apoyen las iniciativas que para la solicitud de financiamiento, presentan la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos ante organismos internacionales y regionales en beneficio de las actividades de los órganos del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos.
- c) Inste, adicionalmente, a los Estados Miembros de la Organización a que contribuyan al Fondo Específico para el Fortalecimiento del sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos.

...

- e) Continúe el análisis de las prioridades para el perfeccionamiento del mismo, incluyendo el examen de la posibilidad de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puedan llegar a funcionar de manera permanente, teniendo en cuenta la información suministrada por los Presidentes de ambos órganos sobre el particular.

Como conclusión de este capítulo es oportuno citar al propio Secretario General de la OEA, Sr. César Gaviria Trujillo, que en el documento titulado “*La OEA 1994-2004, Una Década de Transformación*”¹⁶, afirmó sobre el problema en cuestión:

“Igualmente, debemos avanzar también hacia un funcionamiento más permanente de la Corte y

de la Comisión. Soy un convencido de que el sistema actual exige demasiado a los comisionados y los jueces.

Recursos y el Sistema

En relación estrecha con estas ideas, es esencial resaltar lo que ha sido mi posición sobre el crucial tema de recursos: cada día que pasa es más urgente que los Estados miembros de la Organización aumenten los recursos humanos y financieros a disposición de la Comisión y la Corte. Y en un ámbito financiero sumamente adverso a través de estos años, en el cual el fondo regular ha disminuido de manera significativa en términos reales y se han hecho recortes drásticos en casi todas las áreas de la Organización, hemos logrado dotar a la Comisión y la Corte de más recursos humanos y materiales. Pero al mirar hacia el futuro, este tema merece una reflexión más profunda.”

...

“Debe ser motivo de reflexión el hecho de que la cumbre presidencial del año siguiente a la publicación de este documento haya resaltando el tema presupuestal para el Sistema, exhortando a la OEA a que ‘considere un adecuado incremento de los recursos para las actividades de la Comisión y de la Corte para perfeccionar los mecanismos de derechos humanos’. En un sentido claro, la atención presidencial al tema le brinda una indiscutida importancia. En otro sentido, la continua vigencia del tema significa que el problema está lejos de ser resuelto. Sigue existiendo, como lo señalamos a fines de 1996 en el mencionado documento acerca de la Nueva Visión de los Derechos Humanos, un vacío entre la prioridad articulada del Sistema de Derechos Humanos en nuestro temario hemisférico y la relativa escasez de fondos que los Estados miembros han podido orientar a esa labor.

Y aún la inclusión de mandatos formales en varias resoluciones y declaraciones para conceder prioridad presupuestaria a una esfera específica, como la de los derechos humanos, no siempre ha dado los resultados esperados. Creo que se requiere una reestructuración de las prioridades del presupuesto regular dentro de un proceso bastante estricto dirigido y acordado por los propios Estados miembros. El producto crítico e indispensable debe ser una decisión fundada, por ejemplo, en una resolución, que establezca detalladamente las prioridades y los cambios presupuestarios. De esta forma, y acorde con la

posición que ocupa este tema en nuestra agenda política, empezáramos a encontrar mecanismos para atender las necesidades presupuestarias del Sistema, a efectos de mantener su eficacia y su protagonismo en nuestra arquitectura hemisférica.”

...

“El Sistema Interamericano está más activo que nunca. Sin duda, contamos con un mayor consenso entre los Estados miembros, con mejores reglamentos y mayor admisibilidad, con mayor participación de la sociedad civil, con un uso más amplio y efectivo de las funciones del relator, en particular con respecto a la libertad de expresión. Contamos además con una Corte y una Comisión con la mayor autonomía institucional posible, lo que las fortalece en el plano jurídico y político. Creo que el Sistema de Derechos Humanos está ahora preparado para un salto cualitativo, pero, para que ellos sea posible, es preciso dotarlo de más recursos; resolver la cuestión de la universalización; brindar a los ciudadanos un mayor acceso al Sistema; y determinar si nuestros órganos de derechos humanos pueden actuar con un carácter más permanente. Nuestra Organización, por medio de la Comisión y la Corte, tiene la capacidad y la experiencia, como ninguna otra institución de nuestra región, para escribir el próximo capítulo en la historia de los derechos humanos de las Américas.”

Como corolario de las cifras presentadas, y de las citas destacadas del documento “*La OEA 1994-2004, Una Década de Transformación*” presentado por el Secretario General de la Organización, Sr. César Gaviria Trujillo, así como de tantas resoluciones aprobadas y de lo que se dice en la Resolución AG/RES.1925 (XXXIII-0-03) de 10 de junio de 2003, en el Punto Resolutivo 3.b, en el sentido de destacar el incremento de los recursos del Fondo Regular de la O.E.A. asignados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, éste creció de 1.52%, en el año 2001, al 1.65 % en el 2004, por lo que sobran comentarios al respecto.

IV CONCLUSIONES

Son muchos los temas que deben analizar los Estados Miembros de la O.E.A., así como los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, cuya consideración trasciende el propósito de este artículo que es simple y sencillamente pretende mostrar la necesidad urgente de allegar fondos a la Corte

Interamericana para que pueda cumplir satisfactoriamente con sus altas funciones convencionales, en razón del demostrado incremento del número de casos sometidos al Tribunal.

Cabe citar, entre otros, algunos de esos grandes temas: el acceso directo del individuo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, consecuentemente, el papel que debe jugar la Comisión Interamericana una vez que ha sido sometido el caso a la Corte como parte procesal que es, ya que las partes sustanciales son las presuntas víctimas, sus familiares o representantes legales y los Estados, de acuerdo con lo que dispone el Reglamento de la Corte; el incremento inmanejable en el número de jueces *ad hoc*, que duplican el número de jueces titulares y que, en corto tiempo, pueden llegar a triplicarlos o cuadruplicarlos, lo que en términos económicos significa que la Corte está casi todo el tiempo integrada con 8 jueces, con la salvedad de que los titulares hacen un solo viaje de ida y de regreso durante la sesión a la sede de la Corte, mientras que hay un juez *ad hoc* llegando y saliendo cada 2 o 3 días durante la sesión; y la necesidad de establecer un órgano de la propia O.E.A. para supervisar el cumplimiento de las sentencias que dicta la Corte.

Pero la mejor ilustración que puede tener este artículo, y mostrar la grave crisis que en un corto período de tiempo puede enfrentar el Tribunal en razón del incremento de casos y de la escasez de recursos económicos, es la Carta (Anexo I) que el pasado mes de noviembre de 2003 todos los Jueces de la Corte, los Secretarios y el Administrador enviaron al Secretario General de la O.E.A., César Gaviria Trujillo, la cual que se explica por sí sola. Se incluye también copia de la respuesta del Secretario General de la OEA a la Corte Interamericana (Anexo II).

Cabe, finalmente, reafirmar la necesidad de que se den fondos adicionales a la Corte Interamericana, no solo para que se tomen las previsiones para una futura Corte permanente, sino para que la Corte se transforme de inmediato en un Tribunal permanente. En caso contrario, aunque es penoso decirlo, las listas de casos esperando ser considerados por la Corte se harán cada vez más extensas, así como el tiempo que duran los casos en ser resueltos por la Corte se hará cada vez mayor, en el alto Tribunal, que vela jurisdiccionalmente por la protección de los derechos humanos en las Américas.

NOTAS

1. Comité Jurídico Interamericano: *Curso de Derecho Internacional XXVIII*, O.E.A., Washington D.C., 2001. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Corte I.D.H. – A.C.N.U.R., 2a. edición, San José, Costa Rica, 2003.
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos: *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Corte I.D.H. – A.C.N.U.R., 2a. edición, San José, Costa Rica, 2003.. pp. 111 y 112.
3. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículo 44.1:
“Si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.”
4. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 2.23:
“la expresión ‘partes en el caso’ significa la víctima o la presunta víctima, el Estado y solo procesalmente, la Comisión.”
Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 23:
 1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso.
 2. De existir pluralidad de presuntas víctimas, familiares o representantes debidamente acreditados, deberán designar un interviniente común que será el único autorizado para la presentación de solicitudes, argumentos y pruebas en el curso del proceso, incluidas las audiencias públicas.
 3. En caso de eventual desacuerdo, la Corte resolverá lo conducente.
5. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 26.2:
“El escrito original de demanda, contestación de la demanda, solicitudes argumentos y pruebas (artículo 36 del Reglamento), contestación de excepciones preliminares (artículo 37.4 del Reglamento), así como los anexos respectivos de éstos, deberán ser acompañados con 3 copias idénticas a la original.”
6. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 43.2:
“La Secretaría grabará las audiencias y anexará una copia de la grabación al expediente”
7. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, artículo 47.3:
“La Corte podrá requerir que determinados testigos y peritos ofrecidos por las partes presten sus testimonios o peritazgos a través de declaración rendida ante fedatario público (*affidavit*). Una vez recibida la declaración rendida ante fedatario público (*affidavit*), ésta se trasladará a la o las otras partes para que presenten sus observaciones.”
8. Organización de los Estados Americanos: *Actas y Documentos Volumen I, Trigésimo Primer Período Ordinario de Sesiones*, San José, Costa Rica, 2001, p. 160.
9. Organización de los Estados Americanos: *Actas y Documentos Volumen I, Trigésimo Primer Período Ordinario de Sesiones*, San José, Costa Rica, 2001, p. 162.
10. Organización de los Estados Americanos: *Actas y Documentos Volumen I, Trigésimo Segundo Período Ordinario de Sesiones*, Bridgetown, Barbados, 2002, p. 42.
11. Organización de los Estados Americanos: *Actas y Documentos Volumen I, Trigésimo Segundo Período Ordinario de Sesiones*, Bridgetown, Barbados, 2002, p. 178.
12. Organización de los Estados Americanos: *Actas y Documentos Volumen I, Trigésimo Tercero Período Ordinario de Sesiones*, Santiago, Chile, 2003, p. 26.
13. Organización de los Estados Americanos: *Actas y Documentos Volumen I, Trigésimo Tercero Período Ordinario de Sesiones*, Santiago, Chile, 2003, p. 41.
14. Organización de los Estados Americanos: *Actas y Documentos Volumen I, Trigésimo Cuarto Período Ordinario de Sesiones*, Quito, Ecuador, 2004, p. 41.
15. Organización de los Estados Americanos: *Actas y Documentos Volumen I, Trigésimo Cuarto Período Ordinario de Sesiones*, Quito, Ecuador, 2004, p. 41.
16. GAVIRIA, César: *La OEA 1994-2004, Una Década de Transformación*”. Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 2004, pp.: 160, 161 y 166.

brasileira; (2) os avanços na doutrina, nas normas e na jurisprudência internacional dos direitos humanos acerca da importância da atenção às demandas das vítimas quando do tratamento de casos de violações aos direitos humanos, mormente nos casos de tortura; e (3) os princípios que devem nortear a formulação de um programa de reparações a vítimas de tortura no Brasil.

1. A TORTURA NO BRASIL

A tortura, no Brasil, ocorre preferencialmente no contexto dos esforços pelo controle da criminalidade³. Essa violação se alimenta não apenas das disfunções ainda presentes na forma de conceber a política de segurança pública no País, que pretere o investimento em inteligência policial em favor da obtenção de informações fornecidas pelos próprios suspeitos, mas também da resistência de setores das forças encarregadas de fazer cumprir a lei contra reformas capazes de renovar práticas herdadas do período autoritário. Tal situação agrava-se ante a aquiescência tácita de amplos setores da sociedade, bem como ante a complacência de autoridades que deveriam atuar para prevenir e punir este tipo de abuso⁴.

As instituições da segurança pública brasileiras, tradicionalmente, assumiram a função de proteger as classes abastadas, ou seja, as elites, contra a massa de desprovidos, considerados, assim, como a grande “classe perigosa” (PINHEIRO, 1996). Dessa maneira, o próprio Estado corrobora e reproduz um padrão excludente e preconceituoso na maneira de tratar os cidadãos, submetendo as classes baixas aos desmandos de organizações estatais absolutamente despreparadas para atender às suas necessidades de segurança e assistência. Não é de estranhar, portanto, que as vítimas preferenciais da tortura sejam indivíduos oriundos deste grupo de excluídos. A eles se relega a ameaça constante da sujeição a uma das situações mais humilhantes e destrutivas por que pode passar um ser humano.

Apesar da crônica falta de dados acerca deste tipo de evento, as informações oferecidas por relatórios de organismos internacionais e por organizações da sociedade civil coincidem em certos aspectos fundamentais e podem ajudar a delimitar o padrão das vítimas, bem como as condições que ainda facilitam a ocorrência da tortura no País. Como ponto de partida, convém considerar as informações fornecidas pelo Relatório Final da CNPCTI, que compilou os resultados do mais abrangente mapeamento da realidade recente da tortura no Brasil, realizado por meio do recebimento e encaminhamento de alegações ao longo de dois anos de funcionamento do SOS-Tortura. Neste período, o programa recebeu e registrou, dentre outros tipos de chamadas e ocorrências, 1.336 alegações de tortura, de cuja análise se verifica que, com frequência, este abuso

representa o culminar de uma situação estrutural de negação da proteção e assistência por parte do Estado a certos grupos sociais.

Isoladamente, o principal objetivo da prática costuma ser a complementação ou a própria substituição dos métodos regulares de investigação criminal, como demonstra o fato de que, em 36,8% dos casos registrados, a tortura teve por finalidade obter algum tipo de informação, declaração ou confissão por parte da vítima. Esta constatação ajuda a explicar o perfil das vítimas preferenciais, conforme descreve o supramencionado relatório (MNDH, 2004, pp. 36-7):

A grande maioria das vítimas da tortura institucional [(683 casos)] são suspeitos de crimes que vivem em condições sócio-econômicas precárias, com baixo nível de escolaridade e que, em geral, provém de grupos particularmente vulneráveis, cujos direitos têm sido tradicionalmente ignorados no País (por exemplo, os afro-descendentes) (...).

Após os suspeitos criminais, as principais vítimas da tortura são os presos [(534 casos)]. (...)

(...)

A categoria “outras vítimas” [(111 casos)] corresponde, em sua maioria, a familiares, vizinhos ou amigos de suspeitos, pessoas que supostamente teriam algum tipo de relação com estes e, por isso, são procuradas para prestar informações. Em geral, estas pessoas são vítimas de métodos de torturas que têm como finalidade obter informação ou declaração.

Ademais, a tortura se institucionalizou também como instrumento de **punição** contra detidos, estejam eles ainda nas viaturas, estejam eles reclusos em estabelecimentos prisionais, unidades de detenção provisória ou delegacias. Somando-se os casos de tortura-castigo (21,5%), tortura do encarcerado (22,1%) e as ocasiões em que ambas situações se sobrepõem (13,8%), chegamos a quase dois terços das ocorrências registradas pelo programa (57,4%). Esse dado demonstra que, em nosso sistema criminal, os suplícios físicos permanecem como método costumeiro de tratamento daqueles que perdem sua liberdade, ainda que tais práticas estejam legalmente banidas e, inclusive, criminalizadas.

É importante observar que a tortura se caracteriza, dentre outros elementos, pela intencionalidade. O sofrimento infligido é calculado, planejado, e a percepção disso tem efeito devastador sobre a vítima e sua relação posterior com o mundo (ROJAS, 1995, pp. 197-8):

El torturado se encuentra además ‘inerme’, por entero a merced de las amenazas, del dolor, del pánico. De este modo, el vínculo establecido entre

él y el torturador es de sometimiento total, de desigualdad humana donde la violencia – el vehículo que los une – proviene de una sola de las partes. De esta manera, **se desintegra y se pervierte la coherencia de la relación intersubjetiva.** (...) En efecto, **es otro hombre el que en forma lúcida y consciente le provoca la paralización, la desintegración, la pérdida de la autoestima, la herida, ‘la demolición’, el aniquilamiento, transformándolo en un objeto, en algo infrahumano, haciéndole perder, según Paul Ricœur, ‘la singularidad insustituible de la persona’.**

De fato, ainda que a tortura reflita a irracionalidade do sistema de persecução criminal brasileiro, em muitas ocasiões, a prática, em si, configura-se como um ritual fria e meticulosamente estudado, preparado e aplicado. Isso é especialmente verdadeiro para as situações em que a tortura ocorre como parte do processo investigatório, quando se almeja arrancar informações e/ou confissões à custa do sofrimento imposto à vítima. Nestas ocasiões, impera uma cruel racionalidade desenvolvida e refinada pelos antigos órgãos de repressão do regime militar e repassada, extra-oficialmente, às novas gerações de membros das forças de segurança⁵.

Ante tal realidade, convém encerrar esta exposição com a reflexão trazida por Beccaria, ainda em 1766, acerca da inutilidade e crueldade do uso de suplícios e tortura, seja na fase de investigação criminal, seja na fase de execução penal (p. 47):

Eis uma proposição bem simples: ou um crime é certo ou é incerto. Se é certo, só deve ser punido com a pena fixada em lei, e a tortura é inútil, pois já não se tem necessidade das confissões do acusado. Se o delito é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Com efeito, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não se provou.

O autor prossegue mais adiante sobre o uso de torturas como método punitivo (p. 52):

A pretensa necessidade de purgar a infâmia é ainda um dos absurdos motivos para o uso das torturas. (...)

(...)

A infâmia não é um sentimento sujeito às leis ou regulado pela razão. É obra exclusiva da opinião. Ora, **como a tortura torna infame aquele que a sofre, é absurdo que se queira lavar desse modo a infâmia com a própria infâmia.**

Este tipo de desumanidade, ao ser avalizada, ainda que tacitamente, por toda a sociedade política

por meio da inação do Estado, mancha de infâmia, na verdade, a todos os membros da comunidade nacional. O resgate do princípio da dignidade humana como valor inquestionável é um dos elementos fundamentais de uma sociedade fraterna, civilizada e democrática, que mereça ser reconhecida por si mesma e pelas demais sociedades como tal. Fora disso, existe apenas a barbárie, o império da força e a ilegitimidade do exercício do poder.

2. A CENTRALIDADE DAS VÍTIMAS NO TRATAMENTO DE VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS E A IMPORTÂNCIA DA OFERTA DE REPARAÇÕES ADEQUADAS

Os direitos humanos são, por excelência, a defesa do ser humano contra as ações ou omissões abusivas do Estado. Inegavelmente, portanto, o ser humano deve ser considerado o elemento central dos esforços em prol da promoção e proteção de tais direitos. Por essa razão, a progressiva valorização da posição da vítima constitui, na atualidade, uma das principais contribuições que o Direito Internacional dos Direitos Humanos tem oferecido à evolução do direito em geral e do direito internacional em particular. A esse respeito, convém reportar às palavras de Cançado Trindade (CANÇADO TRINDADE, 2003, pp. 434-5):

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao orientar-se essencialmente à condição das vítimas, tem em muito contribuído a restituir-lhes a posição central que hoje ocupam no mundo do direito – o que tem sua razão de ser. A centralidade das vítimas no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos (...) é da maior relevância e acarreta conseqüências práticas. Na verdade, é da própria essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, porquanto **é na proteção estendida às vítimas que este alcança sua plenitude.**

De fato, este pensamento se coaduna com os valores expostos pela Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas ao adotar, em 2000, os “Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito das Vítimas de Violações das Normas Internacionais de Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário a Interpor Recursos e Obter Reparações”. Ainda no preâmbulo do referido documento, a Comissão afirma estar convencida de que (BASSIOUNI, 2000)

al adoptar un punto de partida orientado a las víctimas, la comunidad afirma, a los niveles local, nacional e internacional, su solidaridad humana y su compasión por las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como por la humanidad en general. (grifo da autora)

Na mesma direção, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao modificar seu regulamento em 2001, tratou de conferir maior preponderância ao pleito das supostas vítimas de direitos humanos, assegurando-lhes participação direta em todas as partes do processo (*locus standi in iudicio*). Esta mudança reflete a compreensão de que a satisfação das necessidades das vítimas não pode ser um objetivo secundário da responsabilização do Estado violador, mas deve ocupar um espaço privilegiado ao longo do tratamento de violações de DDHH pelas instâncias internacionais de proteção.

Aceitar a centralidade da pessoa humana em geral e da vítima em particular como princípio basilar dos esforços em prol dos direitos humanos implica necessariamente a valorização de duas medidas básicas e complementares: (1) a prevenção à ocorrência de violações e (2) a oferta de reparação adequada às vítimas já existentes. Na verdade, a jurisprudência internacional tem caminhado no sentido de considerar a primeira não apenas como um valor em si, mas também como parte da segunda, prescrevendo medidas que visam às garantias de não-repetição⁶ como parte das reparações não materiais oferecidas às vítimas⁷. A prevenção almeja, acima de tudo, estender a proteção oferecida pelo direito àqueles indivíduos que, felizmente, não chegaram a sofrer uma violação e, caso seja efetiva, assegurará que eles jamais precisem recorrer aos mecanismos existentes para a defesa de seus direitos humanos.

As reparações, por sua vez, costumam representar, para as vítimas, a demonstração mais concreta e confiável de reconhecimento da ilegitimidade do sofrimento que lhes foi imposto pela violação. Daí a importância de se conferir cada vez mais espaço e poder de influência às demandas das vítimas e/ou de seus familiares e/ou representantes legais, seja no plano internacional, seja no plano interno. A responsabilização dos perpetradores – Estados ou indivíduos – pode resultar inócua do ponto de vista do resgate da dignidade do ser humano ofendido no caso concreto, caso seja levada a cabo sem a devida consideração pelos seus sofrimentos e aflições específicos⁸.

O abandono às vítimas pode, ainda, ser percebido como uma agressão adicional àquela a que a pessoa foi submetida, o que implica uma nova violação das obrigações internacionais do Estado. A este

respeito, o supramencionado documento da Comissão de Direitos Humanos estabelece, em seu item n. 10, que

El Estado debería velar por que, en la medida de lo posible, el derecho interno previera para las víctimas de violencias o traumas una consideración y atención especiales, a fin de evitar que los procedimientos jurídicos y administrativos destinados a lograr justicia y reparación den lugar a un nuevo trauma. (grifo da autora)

Infelizmente, apesar de todo o desenvolvimento na doutrina, nas normas e na jurisprudência internacional dos direitos humanos acerca da preponderância da vítima e da necessidade de reparações adequadas, o Brasil mantém escassa tradição nesse tipo de assunto. O País foi um dos últimos Estados latino-americanos a criar um programa de reparações às vítimas do regime militar após a redemocratização e, ainda assim, o fez de maneira tímida e pouco abrangente. Inúmeras vítimas permaneceram alijadas do processo e aguardam, até hoje, pelas decisões da Comissão de Anistia para obterem algum tipo de reparação pelos danos sofridos. Em especial nos casos de vítimas de tortura, tem sido razoavelmente comum a dificuldade de provar, algumas décadas depois, a ocorrência da violação, o que pode resultar em respostas negativas a inúmeros pedidos legítimos de reparação.

Esta postura de negligência em relação às vítimas reproduz-se de forma agravada no tratamento de casos de tortura ocorridos na atualidade. Não existe, hoje, nenhum programa governamental que ampare a necessidade de reparação e apoio às vítimas e/ou supostas vítimas de violações aos direitos humanos em geral e de tortura em particular. Essas pessoas que, conforme já mencionado, carecem de recursos materiais e financeiros próprios para enfrentar as consequências deletérias do ataque sofrido, seguem, mesmo depois de constatada a violência, tão desassistidas pelo Estado quanto estavam antes de sofrerem a violação. Tal constatação, por si só, sobrepõe nova violação à primeira e a proposta a ser apresentada na seção 3 deste artigo visa a suprir esta grave lacuna da política nacional de direitos humanos.

2.1. A IMPORTÂNCIA DE UM PROGRAMA DE REPARAÇÕES ÀS VÍTIMAS DE TORTURA NO BRASIL

La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos define a idéia de reparação. Tal como consagrado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, a outorga de reparação visa a **fazer cessar** a violação aos direitos humanos e, na medida do possível, **anular suas conseqüências**.

As reparações podem assumir a forma de restituição, compensação (ou indenização), reabilitação e, finalmente, satisfação e garantias de não repetição¹⁰. A restituição visa ao reestabelecimento do *status quo ante*, ou seja, da situação anterior à ocorrência da violação. A compensação (ou indenização) compreende o contrapeso – em geral monetário – oferecido em reconhecimento do impacto destrutivo que a violação exerceu sobre a vida da vítima e seus entes queridos. A reabilitação incluiria ações como assistência médica, psicológica, bem como a prestação de serviços de assistência social e jurídica. Por fim, a satisfação e as garantias de não repetição englobariam medidas variadas, tais como a elucidação e divulgação pública da verdade, responsabilização dos perpetradores, busca pelos restos mortais de vítimas fatais, valorização do bom nome das vítimas, além de políticas de educação em direitos humanos e de resgate e preservação da memória dos eventos passados.

Segundo o Informe conjunto da Asociación Pro Derechos Humanos com o Centro Internacional para a Justiça Transicional (ICTJ – sigla em inglês), seria necessário diferenciar este tipo de reparação, cuja amplitude e alcance tornam-se cada dia mais exigentes no direito internacional dos direitos humanos, do termo reparação aplicado ao desenho de programas de cobertura massiva. Esta ponderação torna-se particularmente relevante quando a quantidade de potenciais vítimas a reclamarem reparações do Estado torna-se excessivamente elevado por ser ou haver sido a ocorrência de violações aos direitos humanos uma prática sistemática por parte da estrutura estatal¹¹. Os autores chamam a atenção para a virtual impossibilidade de se cumprir, ao desenhar programas de reparações massivas, com os elevados (ainda que justos e necessários) padrões de exigência comumente utilizados pela justiça nacional e internacional, que visa a oferecer uma reparação completa às vítimas. Infelizmente, esta observação se aplica ao caso da realidade brasileira, em razão de ser a tortura, ainda, uma prática amplamente utilizada pelas corporações encarregadas de fazer cumprir a lei, ademais de ser tacitamente avalizada por alguns setores da opinião pública nacional.

Para facilitar a compreensão do caráter estratégico de um possível programa de reparações massivas para as vítimas de tortura no País, vale a pena destacar duas dentre as finalidades específicas de um

programa desta natureza, conforme demonstrado pelo supramencionado Informe APRODEH/ICTJ: o reconhecimento e a confiança cívica.

O reconhecimento implica o reestabelecimento do *status* de cidadão/cidadã da vítima, rompendo com a lógica de violência institucionalizada que lhe havia relegado a uma condição de inferioridade não apenas em relação aos demais componentes da sociedade, mas principalmente em relação à condição dos perpetradores da tortura. Particularmente nos casos a tortura acomete pessoas socialmente desprestigiadas como suspeitos e criminosos, é importante reconhecer-lhes a condição de vítimas, para que fique claro que mesmo os procedimentos para sancionar delitos devem cumprir os requisitos e parâmetros previstos pela Legislação pertinente e, jamais, estar à sua revelia. A legítima reprovação de qualquer conduta ilícita da vítima não pode servir de desculpa para negar-lhe a condição de membro da comunidade, tampouco a condição de ser humano, titular de direitos.

A adoção de um programa de reparações que atenda a esse tipo de situação conferiria materialidade, finalmente, ao princípio de que os conflitos sociais devem ser mediados pelo Direito e não pela força. A outorga de reparações a vítimas de tortura – pessoas, em geral, pertencentes a setores marginalizados e carentes de proteção tanto do Estado quanto da sociedade: jovens masculinos, pobres, afrodescendentes, suspeitos de crimes e/ou criminosos – representaria uma manifestação do reconhecimento da sociedade de sua responsabilidade e comprometimento por mudar a realidade da tortura no País e assegurar a efetiva vigência dos direitos humanos para todos os grupos sociais. A esse respeito, declara o Informe (APRODEH/ICTJ, 2002, p. 09):

En una democracia constitucional, la ciudadanía es una condición que descansa sobre la igualdad de los derechos de quienes gozan de ella.

(...) la justicia criminal puede ser interpretada como un intento por restablecer la igualdad entre el criminal y su víctima, relación que el criminal rompió con un acto que sugería su superioridad sobre la víctima.

Por conseguinte, a aplicação adequada da lei teria por missão reestabelecer a igualdade entre o criminoso comum e sua vítima por meio da imposição da sanção correspondente, da mesma maneira como deve reestabelecer a igualdade entre o perpetrador da tortura e sua respectiva vítima, nos mesmos termos.

A confiança cívica, por sua vez, é descrita pelos autores como uma “actitud que puede desarrollarse entre los miembros de una comunidad política quienes

permanecen, a pesar de ello, como ‘extraños’ entre sí” (APRODEH/ICTJ, 2002, p. 09). Essa confiança é importante para a estabilidade da democracia, uma vez que “todos los sistemas legales descansan no sólo sobre la confianza que los ciudadanos se tengan unos a otros, sino en la confianza que tengan en el sistema” (idem); ou seja, no nível de credibilidade das instituições. As reparações seriam, nesse contexto, mais uma demonstração, por parte do Estado, da seriedade na decisão de aplicar a Lei e conferir materialidade às regras do Estado de Direito. Assim (idem),

*Las reparaciones, en resumen, pueden verse como un método legítimo para conseguir uno de los fines de un Estado justo, es decir, la **inclusividad**, en el sentido de que todos los ciudadanos son partícipes iguales en un proyecto político común.* (grifo da autora)

Pelo exposto, depreende-se que, além de ser uma questão de justiça e uma obrigação internacional do Estado brasileiro, a oferta de reparações às vítimas de tortura poderia servir de importante fonte de renovação das expectativas sociais quanto à maneira como este ente age em relação a este tipo de ocorrência, aumentando a confiança e a credibilidade em sua disposição de respeitar e promover os direitos humanos.

3. DESAFIOS E ALTERNATIVAS PARA A ADOÇÃO DE UM PROGRAMA DE REPARAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

O Brasil carece, no momento, de qualquer política estruturada e sistemática de prevenção e combate à tortura e isso dificulta, inclusive, o desenho de uma política de reparações às vítimas de tal abuso. A Campanha Nacional de Combate à Tortura e à Impunidade, esforço que congrega, desde 2001, a atuação do Ministério Público Federal, dos Ministérios Públicos Estaduais e do Poder Executivo Federal, em parceria com entidades da sociedade civil organizada de defesa dos direitos humanos, encontra-se severamente desmobilizada e já não tem sido capaz de capitanear ações concretas de combate à tortura a nível nacional. O País vive uma situação generalizada de prostração e apatia em torno da questão, havendo apenas ingerências pontuais e reativas ante ocorrências exemplares, quando estas logram alcançar visibilidade na mídia.

Ainda assim, é importante iniciar a reflexão acerca da necessidade de um programa regular de acolhimento, amparo e apoio às vítimas de tortura, compreendidas

estas atividades como partes de um compromisso do Estado de reparar o dano causado. Este esforço é necessário para evitar que, no momento da concepção de um novo conjunto de ações visando à prevenção da tortura e a responsabilização dos perpetradores, a atenção à vítima volte a ser tratada como um aspecto secundário, um subproduto das demais atividades ou um meio para se lograr os outros objetivos – estes, sim, considerados “estratégicos”. O atendimento às necessidades e demandas das vítimas e seus familiares deve ser parte integrante e essencial de qualquer política estruturada contra a tortura, bem como contra qualquer tipo de violação aos direitos humanos.

Convém esclarecer, portanto, que não se pretende neste artigo propor uma estrutura fechada para um programa de reparações às vítimas de tortura. Fazê-lo seria não apenas ignorar a necessidade de inserção orgânica de tal proposta dentre as demais ações previstas para a prevenção e combate a este tipo de abuso, mas seria igualmente ignorar os constrangimentos concretos – políticos, técnicos e orçamentários – com que se deparam os gestores no momento do desenho de tais políticas. O que se pretende, portanto, é apresentar alguns princípios e parâmetros relevantes para o debate e a reflexão sobre o assunto.

Inicialmente, é fundamental que um programa de reparações às vítimas de tortura leve em consideração as dificuldades impostas pelo perfil das vítimas. O fato de serem elas, em sua maioria, suspeitos e condenados por crimes implica dois desafios para os formuladores de tal programa: (1) é de se esperar que um grande contingente dos possíveis beneficiários sejam pessoas privadas de sua liberdade no momento em que buscam apoio para superar a violação sofrida e (2) a necessidade de não discriminar, no acesso aos serviços e benefícios do programa, pessoas que sejam consideradas “culpadas” em relação àquelas tidas como “inocentes” dos crimes de que, eventualmente, se lhes acusam.

Com relação à privação de liberdade, esta contingência acarreta dificuldades dos(as) beneficiários(as) para acessar serviços tradicionais, fora da unidade em que se encontra recluso(a). Ademais, e ainda mais grave, pode significar uma situação de insegurança para a vítima, posto que, possivelmente, ela continua sob a custódia de seus algozes e pode temer retaliações por buscar apoio e justiça. Torna-se imprescindível, deste modo, a previsão de mecanismos de proteção para estas pessoas, ainda que elas sejam mantidas encarceradas, além de facilidades de acesso dos profissionais ligados ao programa às diversas unidades de reclusão existentes.

A necessidade de proteção, aliás, deve ser um aspecto central deste tipo de intervenção, posto ser esta uma demanda comum entre aqueles que denunciam

a tortura, sejam as próprias vítimas, sejam seus familiares, estejam eles/elas reclusos(as) ou não. Sem proteger as pessoas que se aventuram a denunciar os abusos sofridos, todos os esforços para sua prevenção e combate podem ser irremediavelmente comprometidos.

No que tange à não discriminação, por sua vez, é importante notar que, com quase certeza, o programa enfrentará resistência por parte de setores da sociedade, para os quais, para ser alçada à condição de vítima, a pessoa deve ter “mãos limpas”, ou seja, ser comprovadamente inocente. É seguro dizer, no entanto, que este preconceito não encontra respaldo em nenhum princípio de direitos humanos e, no máximo, deve ensejar preocupações com relação à maneira de superar os possíveis entraves políticos surgidos a partir da mobilização contrária de setores organizados da sociedade. A este respeito, o Informe emitido por APRODEH/ICTJ, é bastante claro (APRODEH/ICTJ, 2002, p. 09)¹²:

En primer lugar, el principio de la **no-discriminación** exige que toda reparación se efectúe sin distinción perjudicial alguna entre las víctimas. En segundo lugar, las obligaciones primarias de derechos humanos tampoco pueden aplicarse de forma selectiva, lo cual confirma que **toda persona que sufra una violación de estos derechos podrá ser reparada sin importar la legalidad o moralidad de sus acciones personales.**(rayado mío)

Por fim, quanto aos tipos de reparações a serem oferecidas, há que se considerar seriamente a importância de oportunidades de reabilitação para as vítimas, em razão do efeito corrosivo da tortura sobre o corpo e sobre a personalidade de quem a sofre. Oportunidades de reabilitação implicam necessariamente tornar acessíveis às vítimas, tão logo quanto possível, serviços de assistência médica, psicológica e psiquiátrica. Cabe lembrar que a reabilitação total da vítima de tortura é quase impossível e se torna ainda mais difícil à medida que transcorre o tempo sem que as seqüelas sejam devidamente tratadas. Como elemento complicador, há que se ter em mente que são poucos os avanços nas diversas áreas citadas no que tange a um tratamento adequado à realidade dos torturados. A esse respeito, cabe rememorar as palavras da Dra. Rojas (ROJAS, 1995, p. 199):

No existe un tratamiento específico y, talvez, la prevención sea el único tratamiento particular que hay que elaborar. La restitución de la identidad, el restablecimiento de la confianza en el vínculo humano, la resocialización y la posibilidad de la recreación de un proyecto vital son, entre otros, objetivos a conseguir.

(...) el tratamiento médico-psicológico, que debe iniciarse cuanto antes, aunque sea como una modalidad de acompañamiento, debe efectuarse con las medidas necesarias que **ayuden al torturado a resolver trastornos en sí mismo, con su familia, con su grupo de pertenencia, así como a resolver problemas de tipo social, jurídico, laborales, etc.**

(...) el **abordaje de los problemas debe tener un carácter multidisciplinario**[, pues] es fundamental también que este trabajo se apoye o se refuerce con el aporte de otras disciplinas relacionadas con la existencia de **este trauma de origen social y político.**

Nada impede que, sempre que possível, o programa de reparações seja enriquecido por inúmeros outros serviços e benefícios previstos pelos documentos e pela jurisprudência internacional, tais como indenizações, serviços jurídicos e sociais, auxílio à (re)inserção no mercado de trabalho, etc., além dos esforços pela elucidação da verdade sobre a violência impetrada e pela responsabilização dos perpetradores. O que se defende, no entanto, é que a reabilitação das vítimas e de seus familiares seja o objetivo central do programa, que deve, ainda, manter uma certa flexibilidade para auscultar e absorver as demandas destas pessoas que são, em última análise, a razão de ser dos esforços de combate à tortura.

Restrições iniciais poderiam ser paulatinamente superadas, à medida que se logre criar um ambiente menos hostil à temática da repressão à tortura, o que permitirá, em um momento posterior, ampliar os tipos, a qualidade e a quantidade das reparações oferecidas. Para finalizar, é interessante reiterar que, no momento em que se propõe a formatação de uma política desta magnitude, deve-se buscar satisfazer ao máximo, na medida do possível, as necessidades das vítimas. Não faria sentido pensar neste tipo de proposta sem considerar a gravidade do sofrimento que lhes foi imposto e o tamanho das carências por ele geradas e/ou agravadas. Se não for possível satisfazer tais carências de maneira adequada desde o princípio, não se pode perder o foco de que as demandas apresentadas pelas vítimas devem ser o parâmetro basilar e a meta guia a orientar os esforços empreendidos na luta pela vigência dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do artigo, buscou-se chamar a atenção para a importância de se conferir especial atenção às necessidades das vítimas de violações aos direitos humanos no Brasil, mormente das vítimas de tortura. Até o presente, as escassas experiências que surgiram

no País com o intuito de enfrentar, a nível nacional, esta prática endêmica, padeceram do vício de considerar como secundário o acolhimento das demandas das vítimas. Reverter este padrão configura-se não apenas como um imperativo ético, mas principalmente uma obrigação internacional do Estado brasileiro para com as vítimas de violações.

Foi demonstrado que a tortura continua uma violação recorrente, praticada pelos encarregados de fazer cumprir a Lei, em geral, contra suspeitos e condenados por crimes com as finalidades de punir e/ou obter informações, declarações ou confissões. As vítimas preferenciais são indivíduos jovens, masculinos, afrodescendentes, oriundos das classes pobres e tradicionalmente desassistidas pelo Estado. A tortura apresenta-se, então, como um subproduto cruel das disfunções existentes no sistema de repressão criminal, ainda que esteja imbuída de uma fria racionalidade própria, típica do caráter intencional de que ela se reveste.

Ademais, tratou-se de pormenorizar os avanços logrados pela doutrina e pela jurisprudência internacional acerca da centralidade das demandas das vítimas e de seus familiares no tratamento de violações aos direitos humanos e a conseqüente necessidade de que tais avanços se reflitam na formulação de políticas de combate à tortura no Brasil. Isto implicaria uma aceitação crescente da importância das reparações, que podem ser consideradas como a demonstração mais concreta do reconhecimento social e político da ilegitimidade do sofrimento imposto às vítimas. Sem prejuízo das atividades de prevenção, elucidação dos fatos e persecução penal dos perpetradores da tortura, queda-se cada dia mais evidente o papel crucial do atendimento às demandas das vítimas para o resgate de sua dignidade como seres humanos, titulares de direitos e membros de uma comunidade que lhes deve respeito e proteção.

O artigo aponta, ainda, as dificuldades decorrentes da atual ausência de uma política pública estruturada contra a prática da tortura no País para a adoção de um possível programa de reparações às vítimas. Um programa desta natureza precisa ser concebido e implementado como parte integrante e essencial de uma política mais abrangente de controle deste tipo de abuso. Não pode ser entendido como um subproduto eventual, tampouco unicamente como um meio para o alcance de outros objetivos considerados “estratégicos” e, menos ainda, como um elemento secundário dos esforços de combate à tortura, mas como um aspecto fundamental do tratamento deste tipo de violação.

De forma concreta, propõe-se preferencialmente a adoção de medidas que ofereçam condições para a máxima reabilitação possível das vítimas. Ainda que a reabilitação total seja quase impossível, em razão do caráter destruturante da tortura sobre o corpo e a personalidade de quem a sofre, cabe propiciar-lhes os meios para enfrentar e curar da maneira mais adequada possível as seqüelas do trauma. Neste sentido, há que se ter em conta, também, as implicações e dificuldades decorrentes do perfil costumeiro das vítimas – suspeitos e condenados por crimes –, que pode trazer dificuldades de acesso aos serviços prestados, bem como criar situações de especial vulnerabilidade a ameaças e discriminações.

Por fim, nos resta uma última observação acerca do tema. A tortura é, geralmente, considerada uma violação da chamada “primeira geração de direitos” e, portanto, costuma ser estudada dentro do marco teórico e conceitual das violações aos direitos civis e políticos. Decorre do exposto que os esforços destinados ao seu enfrentamento soem devotar-se especialmente para as necessidades (reais e justas) de criminalização deste tipo de abuso e para a punição dos perpetradores, assim como para o aperfeiçoamento dos mecanismos judiciais de garantia de direitos. Inegavelmente, essas medidas são úteis e imprescindíveis, já que, se implementadas, tendem a reduzir a permissividade e impor incentivos negativos contra a recorrência destes fatos.

Não obstante, a doutrina internacional dos direitos humanos já avançou em reconhecer, desde a Conferência de Teerã, em 1968, “a indivisibilidade dos direitos humanos, afirmando que a realização plena dos direitos civis e políticos seria impossível sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais” e vice-versa (CANÇADO TRINDADE, 2001, p. 99). Ao analisar a temática da tortura no Brasil, esta vinculação torna-se clara, sempre que se tome em consideração o já mencionado perfil das vítimas habituais: homens pobres, jovens, afrodescendentes, de baixa escolaridade, acusados ou condenados por crimes. Ou seja, os esforços contra esta prática devem reconhecê-la como uma das facetas de um processo mais amplo de exclusão do gozo de direitos humanos, que começa pela negação de condições adequadas de vida e culmina com a negação do direito à integridade pessoal e, eventualmente, do direito à vida. Neste contexto, a atenção às vítimas é a única maneira de romper a cadeia de abandono a que tais pessoas foram submetidas ao longo de toda uma vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APRODEH/ICTJ. *Parámetros para el Diseño de un Programa de Reparaciones en el Perú – Informe Conjunto del Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ) y la Asociación Pro Derechos Humanos (APRODEH)*. APRODEH/ICTJ, 2002.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Tortura e Maus Tratos no Brasil – Desumanização e Impunidade no Sistema de Justiça Criminal*. Brasil: Amnesty International Publications, 2001.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. *Brasil: Nunca Mais – um Relato para a História*. Petrópolis: Vozes, 1985.

BASSIOUNI, Cherif. *Principios y Directrices Básicos Sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos e Obtener Reparaciones*. Anexo a *Los Derechos Civiles y Políticos en Particular las Cuestiones Relacionadas con: La Independencia del poder Judicial, la Administración de Justicia, la Impunidad*. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos: E/CN.4/2000/62, 18 de enero de 2000.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Curitiba: Hemus Editora, 2000.

BOVEN, Theo van (Relator Especial). *Estudio Relativo al Derecho de Restitución, Indemnización y Rehabilitación a las Víctimas de Violaciones Flagrantes a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales – Informe Definitivo*. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos: E/CN.4/SUB.2/1993/8, 02 de julio de 1993.

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

CANÇADO TRINDADE, A. A. *La Indivisibilidad de los Derechos Humanos: La Búsqueda de la Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Plano Internacional*. In *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001

GOMES, Márcia Canário de Oliveira. *Tortura e Segurança Pública no Brasil* in *Revista IIDH n. 38 – Edición Especial sobre Justicia y Seguridad* (julio – diciembre 2003). San Jose de Costa Rica: IIDH, 2004, pp. 313-347.

MNDH. *Relatório Final da Campanha Nacional Permanente de Combate à Tortura e à Impunidade*. Brasília: MNDH/SEDH, 2004.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *O Controle da Violência do Estado e a Incorporação das Normas Internacionais de Direitos Humanos: O Caso Brasileiro*. In CANÇADO TRINDADE, A. A. (Editor). *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. San José, Costa Rica: IIDH, 1996, 2ª ed., pp. 297-322.

RODLEY, Nigel (Relator Especial). *Relatório Sobre a Tortura no Brasil*. Ginebra: Organização das Nações Unidas, abril de 2001.

ROJAS, Paz. *Área Médica y Rehabilitación – Introducción al Tratamiento y Rehabilitación de las Víctimas*. In *Prevenir la Tortura: Un Desafío Realista – Actas del Seminario sobre las Condiciones de Detención y la Protección de las Personas Privadas de Libertad en América Latina*. Suiza, Ginebra: Asociación para la Prevención de la Tortura, 1995.

NOTAS

1. Para mais detalhes acerca do assunto, ver o Relatório Final da Campanha Nacional Permanente de Combate à Tortura e à Impunidade (MNDH, 2004).
2. A autora teve a oportunidade de atuar neste projeto, chegando, inclusive, à condição de Supervisora da Central Nacional. Nesta fase, iniciaram-se os trabalhos que resultaram na elaboração do Relatório citado na nota anterior. Convém lembrar que o SOS-Tortura encerrou suas atividades em janeiro de 2004, sem que fosse dada a seus gestores condições de assegurar o mínimo de acompanhamento das alegações já recebidas, supervisionadas, tratadas e encaminhadas. Certamente, este processo haverá provocado frustração e revolta em centenas de vítimas e familiares de vítimas que contavam unicamente com este programa para lutar pela adoção de providências contra a violência sofrida.
3. Ver, além do Relatório Final da CNPCTI, RODLEY, 2001.
4. Sobre a dinâmica da prática no Brasil, sua aceitação social e suas conseqüências para a segurança pública, ver GOMES, 2004.
5. Ver ANISTIA INTERNACIONAL, 2001 e ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985.
6. Ver o Informe do Relator Especial Theo van Boven a respeito do assunto (Boven, 1993)
7. A esse respeito, é interessante citar a decisão da Corte de ordenar ao Estado Venezuelano a adoção de “todas las providencias necesarias 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 (...)”. Esta é uma medida típica de reparação que visa unicamente à prevenção de ocorrências ilegítimas tais como a imposta à(s) vítima(s) (Caso Carachazo Vs. Venezuela – reparaciones, parágrafo 127). Esta, porém, não foi a única ocasião em que a Corte se manifestou neste sentido, já que a associação entre prevenção e reparações tem sido razoavelmente freqüente em sua jurisprudência.
8. Ainda acerca dos avanços da jurisprudência internacional sobre a matéria, convém destacar a interessante contribuição oferecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao reconhecer, a partir da ausculta e valorização da palavra da vítima, a existência do dano ao seu projeto de vida (caso Loaysa Tamayo Vs. Peru, parágrafos 147-154). Este episódio demonstra como o respeito ao sentimento e à dor da vítima, ademais de representar uma obrigação moral e jurídica para aqueles que lidam com a defesa dos direitos humanos, pode aportar decisivamente para a cunha e refinamento de valiosos conceitos teórico-jurídicos em torno do tema.
9. *Garrido y Baigorria – Reparaciones*, 27 de agosto de 1998, par. 41.
10. Ver, além do Informe APRODEH/ICTJ, 2002, p. 04, BOVEN, 1993 e BASSIOUNI, 2000.
11. O estudo em referência faz esta distinção com o olhar voltado para processos de recente (re)democratização do regime político vigente em um país, quando as sociedades costumam encontrar-se diante do desafio de enfrentar as seqüelas de um passado de violações massivas e sistemáticas contra os direitos humanos. O raciocínio porém, utilizado para diferenciar as reparações outorgadas pela justiça das reparações possivelmente oferecidas por um programa de reparações massivas pode ser perfeitamente aplicado a outras realidades, sempre que se esteja diante de situações em que a ocorrência de violações é endêmica e atinge amplos grupos populacionais, tal como, infelizmente, ainda ocorre no Brasil com relação à tortura.
12. Ver, também, BOVEN, 1993 e BASSIOUNI, 2000.

GESCHICHTE UND FREIHEITSBEWUSSTSEIN: GRENZEN DER ASSOZIATIONSFREIHEIT IN EUROPA

.....
PETER NIESEN

Vertretungsprofessor für Politische Theorie und Ideengeschichte am Institut für Politikwissenschaft der J.W. Goethe-Universität Frankfurt am Main. Studium und Lehrtätigkeit an den Universitäten Frankfurt, Oxford, Southampton, Flensburg und Darmstadt. Seine Hauptarbeitsgebiete liegen in der politischen Theorie der Aufklärung (Bentham, Kant) sowie der zeitgenössischen politischen Philosophie und Demokratietheorie. Die kürzlich erschienene Monographie Kants Theorie der Redefreiheit (Baden-Baden: Nomos Verlagsanstalt 2005) entwickelt eine historische und systematische Rekonstruktion der Möglichkeiten der Einschränkung von Freiheitsrechten in demokratischen Rechtsstaaten.

Einschränkungen politischer Freiheitsrechte sind in demokratischen Staaten stets problematisch, aber selbst in konsolidierten Demokratien längst nicht vom Tisch. Demokratie bedeutet, in einem relativ minimalen, unkontroversen Verständnis, dass alle Bürger einen Anspruch darauf haben, an der politischen Willens- und Entscheidungsbildung teilzunehmen. Dies wird ihnen unter heutigen Bedingungen kaum als direkten Teilnehmern an der Gesetzgebung, sondern am ehesten als Teilnehmern an politischen Öffentlichkeiten und durch ihre Mitgliedschaft in und Unterstützung für politische Parteien möglich sein. Wo diese Möglichkeiten fehlen, fehlt auch den Gesetzen demokratische Legitimität. Wo die Verfassung selbst solche Chancen vorenthält, ist die freie Gestaltung einer "offenen demokratischen Zukunft" kompromittiert. In dem Fall legt die Verfassung "eine Vorstellung davon fest, wie die Zukunft auszusehen hat, und Bürger ... werden im Gegenzug von autonomen Staatsbürgern auf bloße Untertanen reduziert."¹

Vielfach wird das Unbehagen an Einschränkungen von politischen Freiheiten dadurch ausgedrückt, dass man auf ihren "paradoxen", "dilemmatischen"² oder sogar "antinomischen" Charakter verweist.³ Das Bundesverfassungsgericht spricht im KPD-Urteil von einem "theoretischen Selbstwiderspruch", der sich *prima facie* ergebe.⁴ Der Verfassungsjurist und Politikwissenschaftler Karl Loewenstein, dem wir die erste Diagnose der Paradoxie verdanken, empfahl 1937, beherzt demokratische Prinzipien zu verletzen, um demokratische Praktiken zu erhalten.⁵ Seither sind verschiedene Beiträge zur Entparadoxierung vorgelegt worden, von denen ich im folgenden drei unterscheiden möchte. Ich konzentriere mich dabei in diesem Beitrag auf Einschränkungen der Assoziationsfreiheit, insbesondere auf Parteiverbote; ähnliche Entwicklungen sind aber auch im Bereich der

Kommunikationsfreiheiten zu beobachten.⁶ Methodisch gehe ich so vor, dass ich eine leicht idealisierte Geschichte von Konzeptionen des Parteiverbots in der Bundesrepublik Deutschland, die in den vergangenen Jahrzehnten vertreten wurden, erzählen werde. Ich denke, die Konzeptionen sind verschiedenartig genug, um als drei *Paradigmen* von Parteiverboten aufgefasst zu werden. Paradigmen haben gleichzeitig problembearbeitende und welterschließende Funktion, so dass ihre Aufeinanderfolge neue Horizonte, Wahrnehmungen und Beschreibungen eröffnen wird und ein paradigmatischer Wandel aus dem Inneren des Prozesses als Fortschritt begriffen werden kann. Das bedeutet aber nicht, dass ein neues Paradigma, das an die Stelle eines überwundenen tritt, auch zwangsläufig alle Probleme, die das Vorgängerparadigma zu lösen imstande war, zufriedenstellend abarbeiten kann.

Das erste solche Paradigma ist der Anti-Extremismus in der Gestalt der streitbaren Demokratie der Nachkriegszeit, die die freiheitlich demokratische Ordnung des Grundgesetzes symmetrisch gegen Angriffe von links und rechts verteidigte. Das Verbot der Sozialistischen Reichspartei (SRP) 1952 und das der Kommunistischen Partei Deutschlands (KPD) 1956 sind hier die beiden einschlägigen Fälle. Eine weitere Blüte erlebt der Anti-Extremismus im Gefolge des Radikalenerlasses vom Januar 1972. Ein zweites Paradigma von Partei- und Vereinsverboten wendet sich nicht symmetrisch gegen linke und rechte Feinde der Demokratie, sondern verknüpft die Illegalisierung von politischen Assoziationen mit der konkreten Gestalt eines historisch überwundenen Unrechtsregimes. Das historische Vorbild für eine solche Konzeption ist das Verbot der Faschistischen Partei, des PNF, in der italienischen Verfassung von 1947. In der Bundesrepublik ist dieses Verständnis, obwohl seine verfassungsrechtliche Grundlage, das Argument von

der "Wesensverwandtschaft" mit dem Nationalsozialismus, bereits seit dem SRP-Verbot vorliegt, erst in jüngerer Zeit in den Vordergrund gerückt. Ich schlage vor, dieses zweite Verständnis als "negativen Republikanismus" zu bezeichnen, weil in diesem Fall die politische Identität des betreffenden demokratischen Gemeinwesens stark von der Abgrenzung gegenüber ihrem despotischen oder kriminellen Vorläuferregime geprägt ist. Die dritte und jüngste Strategie setzt nicht auf eine konkrete historische Abgrenzung, sondern stützt sich auf ein Verständnis der Demokratie als einer moralisch gehaltvollen Praxis, die grundlegende Verhältnisse intersubjektiver Anerkennung voraussetze. Solche Anerkennungsverhältnisse werden beispielsweise von offen rassistischen Parteien gestört, wobei unerheblich ist, wie wahrscheinlich eine Übernahme der Macht im Staate durch solche Parteien ist. Demokratie wird hier weniger als ein vertikales System politischer Herrschaft, sondern als horizontales System gesellschaftlicher Interaktion verstanden, daher bezeichne ich es als Modell der "zivilen Gesellschaft".

Anti-Extremismus, negativer Republikanismus und zivile Gesellschaft sind drei Paradigmen, für die man auch außerhalb der Bundesrepublik reichhaltiges Anschauungsmaterial findet, wenn auch nicht in einer entsprechenden zeitlichen Reihenfolge.⁷ Im komparatistischen zweiten Teil dieses Beitrags möchte ich daher die zeitgenössische Leistungsfähigkeit der drei Paradigmen anhand von weiteren Beispielen erörtern. Dabei stehen im Hintergrund drei Angemessenheitsbedingungen, die ein plausibles Modell der Einschränkung von politischen Freiheiten meiner Ansicht nach erfüllen können muss.

1. Funktionalität. Es gibt verschiedene Funktionen, die Assoziationsverbote erfüllen können. In fragilen *transition*-Gesellschaften, in erst jüngst demokratisierter Staaten können sie die Verfassungsstruktur gegen ernstzunehmende Angriffe verteidigen. In konsolidierten Demokratien ist das offenbar nicht ihre Funktion, und wir müssen darüber nachdenken, ob Assoziationsverbote nicht einem Funktionswandel unterliegen. Ihre Performanz wäre dann entsprechend ihrer gesellschaftsrelativen Funktion einzuschätzen.
2. Legitimität. Dazu gehören allgemeine demokratietheoretische, aber auch moralphilosophische Überlegungen, schließlich Überlegungen, die die Pfadabhängigkeit demokratischer Gemeinwesen betonen und damit die historische Spezifität und vergangenheitspolitische Bedeutung von Assoziationsverboten.
3. Kommensurabilität. Damit ist gemeint die Frage nach der zwischenstaatlichen Vergleichbarkeit von

Situationen, nach Übereinstimmungen, ggf. der Übertragbarkeit von Modellen auf andere Gesellschaften. Es geht um möglichen Vorbildcharakter für die Innenpolitik anderer Staaten, und schließlich um Anschlussfähigkeit in internationalen Organisationen und letztlich auch in supranationalstaatlichen Institutionen.

I

- a) Innerhalb von drei Tagen im November 1951 reichte die Bundesregierung beim Bundesverfassungsgericht zwei Verbotsanträge ein, einen gegen die Sozialistische Reichspartei (SRP), die personell und programmatisch aus der NSDAP hervorging, und einen gegen die Kommunistische Partei Deutschlands (KPD). Das Gericht musste festlegen, welche Merkmale die "freiheitlich demokratische Grundordnung"⁸ des Grundgesetzes, die legal weder beeinträchtigt noch beseitigt werden darf, ausmachen. Wie die SRP wurde auch die KPD letztlich, allerdings erst nach einem fast fünf Jahre anhängigen Verfahren, verboten. Von der Entstehungsgeschichte des Art. 21 (2) her gesehen, ist die links-rechts-Symmetrie im Ergebnis nur folgerichtig. Das Parteiverbot wandte sich gegen das, wie ein berühmter Grundgesetz-Kommentator formuliert, "was wir von 'früher' und von 'drüben' als politische Ordnung unbedingt nicht wollten".⁹ Für die Konzeption des Parteiverbots ist diese doppelte Opposition, gegen beide "totalitären" Parteien, beide Parteigänger eines "totalen Staates",¹⁰ von Anfang an verbindlich. SRP- und KPD-Urteil formulieren mit den Grundrechten, rechtsstaatlichen und demokratisch-institutionellen Elementen die Bausteine der "freiheitlich demokratischen Grundordnung" (fdGO), auf die später die politikwissenschaftliche Extremismusforschung aufbauen wird. Der entscheidende Punkt, an dem die Richter im rechtsdogmatisch anspruchsvolleren KPD-Verfahren zur Entparadoxierung des Parteiverbots ansetzen, ist die prognostizierte Bereitschaft der KPD, im Falle eines Machtgewinns auf demokratischem Wege den anderen Parteien dieselbe Chance vorzuenthalten. Wie Ernst-Wolfgang Böckenförde später resümieren wird, hat das Verfassungsgericht die KPD verboten, weil die Partei "im politischen Gegner nur den bei nächstmöglicher Gelegenheit politisch zu entrechtenden Feind sehe".¹¹ Die KPD erscheint nicht hinreichend loyal zu den Prinzipien eines fairen Parteienpluralismus, als dass man sie weiterhin an demselben hätte teilnehmen lassen können: "[S]oweit zum Zwecke [der] Verteidigung [dieser Prinzipien] Einschränkungen der politischen Betätigungsfreiheit der Gegner erforderlich sind, werden sie in Kauf genommen."¹² Der drohende Selbstwiderspruch in der freiheitlichen Verfassung wird

abgewendet, indem ihre Behauptungsfähigkeit gegen ihre Feinde unter Schutz gestellt wird. Der Parteienrechtler Martin Morlok geht so weit, umgekehrt von einer "Selbstparadoxierung" zu sprechen, "wenn die Wertschätzung eines so gearteten politischen Entscheidungsprozesses auch die Freiheit mit umfasste, ebendie notwendigen Strukturen und Regeln dieses Prozesses selbst abzuschaffen."¹³ Charakteristisch für das anti-extremistische Paradigma des Parteiverbots ist neben seiner links-rechts-Symmetrie und vollständig abstrakt-systematischen Formulierung die Fokussierung auf einen speziellen Typ von Herausforderung. Es ist spezialisiert auf den Auftrag, die Abschaffung der demokratischen Staatsform zu verhindern

- b) Das SRP-Urteil hatte allerdings neben der fdGO-Kriteriologie eine zweite, gleichsam inoffizielle Nebenlinie des Assoziationsverbots unter dem Grundgesetz eröffnet, nämlich mit dem Argument von der Wesensverwandtschaft mit dem Nationalsozialismus. "Dass die ehemalige NSDAP nach ihrer Entwicklung, wie sie heute rückschauend überblickt werden kann, als in der Gegenwart existierende Partei nach Art. 21 Abs. 2 GG verfassungswidrig wäre, unterliegt keinem Zweifel; die Erfahrungen gerade mit dieser Partei sind der unmittelbare Anlass für die Schaffung des Art. 21 Abs. 2 GG gewesen."¹⁴ Wesensverwandtschaft mit dem Nationalsozialismus ist das Kriterium, mit dem bis auf den heutigen Tag in der Bundesrepublik die meisten Vereinsverbote begründet wurden, ohne dass ein Rekurs auf die abstrakten Kriterien der freiheitlich demokratischen Grundordnung notwendig würde.¹⁵ Den Hamburger Juristen Horst Meier und seinen Co-Autor Claus Leggewie hat dies 1995 zusammen mit dem oben erwähnten italienischen Vorbild zu dem Vorschlag inspiriert, das Grundgesetz vom "ideologischen Verfassungsschutz einer freien demokratischen Grundordnung" auf eine "anti-Nazistische Grundordnung" umzustellen. Eine solche Umstellung, die die Autoren sich nur als Verfassungsänderung vorstellen, entspreche einer "nachholenden Staatsgründung", die laut Meier die Bundesrepublik für das Fehlen einer selbstbestimmten, revolutionären Gründungsgeschichte und das Fehlen einer entschiedenen Negation der nationalsozialistischen Barbarei kompensieren würde.¹⁶ In der jüngsten, aus prozeduralen Gründen im Sande verlaufenen Debatte um das Verbot der NPD haben sich Leggewie und Meier allerdings von diesem Vorschlag distanziert, während umgekehrt die Autoren des NPD-Verbotsantrags des Deutschen Bundestages, Günter Frankenberg und Wolfgang Löwer, sich im Wesentlichen auf ein Argument dieses

Typs gestützt haben, und zwar als Auslegung bereits geltenden Verfassungsrechts. Frankenberg und Löwer widmeten den substantielleren ersten Teil ihres Antrags dem Nachweis, die NPD sei zwar nicht in ihrem Personal (wie dies bei der SRP noch der Fall war), sondern in Mitteln und Zielen mit dem Nationalsozialismus wesensverwandt.¹⁷ Frankenberg und Löwer lokalisieren die Wesensverwandtschaft der NPD mit der NSDAP vor allem in der politischen Programmatik, der strategischen und taktischen Operationsweise, der politischen Rhetorik und schließlich in offenen Anknüpfungen an den Nationalsozialismus, etwa in der Apologie seiner Verbrechen. Zentral ist die politische Programmatik, die unter anderem völkischen Kollektivismus, Sozialdarwinismus und biologischen Rassismus aufweist, neben verschiedenen Dimensionen rassistisch, ökonomisch und politisch begründeten Antisemitismus.

Als Strategie der Entparadoxierung eines Parteiverbots in der Demokratie ist der negative Republikanismus theoretisch weniger anspruchsvoll, indem er die Exklusion des Neo-Nazismus als eine Ausnahme auffasst - eine historisch bestimmte Negation, deren Züge nur im Rückgriff auf das zu überwindende geschichtliche Urbild individuiert werden können. Negativer Republikanismus eignet sich also in der Bundesrepublik nicht als eine allgemeine Strategie gegen diffus rechtsextreme oder gegen beliebige Formen faschistischer Vereinigungen; der Nachweis muss jeweils geführt werden, dass es sich um Wiedergänger des Nationalsozialismus handelt. Gegenüber der systematischen Entparadoxierung des Parteiverbots in der Demokratie, die der Anti-Extremismus anbietet, erscheint der negative Republikanismus weniger prinzipienorientiert.

- c) Das zivilgesellschaftliche Paradigma schließlich beruht auf der Beobachtung, dass die vom Anti-Extremismus aufmerksam beobachteten Phänomene der antidemokratischen Massenmobilisierung und des Wettbewerbs der Anti-System-Parteien heute in der Bundesrepublik wohl nicht mehr die ihnen zugeschriebene zerstörerische Kraft entfalten. Ihre weitgehende institutionelle Irrelevanz bedeute aber nicht, dass etwa neo-nationalsozialistische Parteien keinen signifikanten Schaden mehr anrichten könnten, aufgrund dessen ihnen gegebenenfalls militant entgegengetreten werden müsse. Schließlich sei es charakteristisch für die zeitgenössische Demokratie, dass sie sich nicht mehr allein über institutionelle Mechanismen verstehen lasse; sie sei gegenwärtig vielmehr "zentriert in zivilen Prozessen". Ihr Gelingen hänge, in den Worten von Ulrich K. Preuß, ab von "der Anerkennung des Anderen als

Gleicher, von Wechselseitigkeit und von der Fähigkeit zur Diskursivität.”¹⁸ Wenn die “demokratische Qualität des Gemeinwesens in immer geringerem Maße von den Kämpfen um die Macht im Staate abhängt”, trete die Koordinations- und Bindungskraft horizontaler bürgerschaftlicher Interaktion ins Zentrum der demokratischen Grundordnung. Diese sei “auf ein moralisches Mindestniveau ... angewiesen”, insbesondere die “Fähigkeit und Bereitschaft zur Anerkennung der Anderen als Gleiche. Wo die Voraussetzung fehlt - und sie fehlt in Parolen wie ‘Deutschland den Deutschen’ oder ‘Ausländer raus!’ -, da ist das Gemeinwesen gestört.”¹⁹ Dem entspricht ein drittes paradigmatisches Verständnis von Assoziationsverboten, das etwa bei den Vorschlägen zur Verfassungsreform des Runden Tisches im April 1990 geltend gemacht wurde. Anstelle des bisherigen Art. 21.2 sollte ein Parteiverbot folgenden Typs in die Verfassung aufgenommen werden:

“Parteien, die nach ihrem Programm systematisch ... die Menschenwürde verletzen, ... können von Wahlen ausgeschlossen oder verboten werden.”²⁰

Das zivilgesellschaftliche Verständnis des Parteiverbots lässt sich in einer Hinsicht ganz offenbar inspirieren vom Anti-Nationalsozialismus des negativ-republikanischen Paradigmas, insofern es sich gegen anti-semitische und rassistische Diskriminierung richtet. Andererseits teilt es mit dem Anti-Extremismus die allgemeine und ahistorische Formulierung. Das macht es offener für neue Bedrohungen des demokratischen Gemeinwesens, aber auch sehr viel breiter und womöglich unangemessen restriktiv. Das Paradigma der zivilen Gesellschaft entparadoxiert das Parteiverbot in einer dritten Variante, die sich auf Demokratie als Verpflichtung bezieht. Während im Anti-extremismus Parteiverbote als Selbstwiderspruch aufscheinen und im negativen Republikanismus nur als Ausnahme gerechtfertigt werden, ergeben sie sich im zivilgesellschaftlichen Modell als strenge Implikation von Demokratie. Dass Demokratie weniger als Privileg denn als Obligation eingeschätzt wird resultiert daher, dass sie die Verpflichtung beinhaltet, “die Integrität des demokratischen Prinzips zum Schutz der Rechte überstimmter Minderheiten zu wahren”.²¹

II

Was ist die Funktion von Assoziationsverboten? Gegen welchen Typ von Gefahr richten sie sich? Die Urteilsbegründung im KPD-Verfahren macht hier einen folgenreichen Zug. Um eine Partei verbieten zu können, so die Richter, muss von ihr keine Gefahr für die Reproduktion des demokratischen Systems ausgehen.

Sie kann auch dann verboten werden, “wenn nach menschlichem Ermessen keine Aussicht darauf besteht, dass sie ihre verfassungswidrige Absicht in absehbarer Zukunft werde verwirklichen können.”²² Das Gericht reagiert mithin nicht auf die *empirische* Gefahr, dass eine antidemokratische Partei auf demokratischem Weg an die Macht gelangt und, um mit Carl Schmitt zu reden, die Tür hinter sich schließt,²³ sondern auf die aus ihrer Illoyalität zu demokratischen Spielregeln resultierende *logische* Möglichkeit einer solchen empirischen Gefahr. Nach dem KPD-Urteil ist das Parteiverbot daher kein reines Instrument der Gefahrenabwehr mehr, sondern bewacht die interne Konsistenz des demokratischen Systems gegen umstürzlerische, nicht aber realistischere erfolversprechende *Intentionen* seiner Teilnehmer. Das ist unplausibel, weil, wie wir im ersten Teil dieses Beitrags gezeigt haben, die Entparadoxierung des Parteiverbots in der Demokratie im anti-extremistischen Paradigma davon abhing, dass Demokratie sich nicht auf demokratischem Weg abschaffen lassen muss. Das anti-extremistische Verständnis von Demokratie und Parteiverbot steht daher in Zeiten des Übergangs zur Demokratie und in der unmittelbaren Konsolidierungsphase besser da als in konsolidierten Systemen. Wenn die Verteidigung demokratischer Institutionen und Verfahren gegen totalitäre Kräfte nicht mehr als hauptsächliche Funktion des Parteiverbots vertreten werden kann, gerät die anti-extremistische Legitimation des Verbots unter Druck. Ein Beispiel ist das jüngst gescheiterte NPD-Verbotsverfahren, in dem Argumente der Verhältnismäßigkeit eine wesentliche Rolle spielten. Auf anti-extremistischer Grundlage allein kann eine Partei nicht sinnvoll verfolgt werden, von der nach allgemein geteilter Auffassung keine konkrete Gefahr ausgeht.²⁴

Wenn von einer Partei keine Gefahr für die Reproduktionsfähigkeit des demokratischen Systems ausgeht, kann der Anti-Extremismus den paradoxen Charakter eines Parteiverbots nicht widerlegen. Selbst wenn man des Arguments halber einräumt, dass der Schutz der demokratischen Systemstabilität gegenüber seiner faktischen Untergrabung evidentermaßen legitim ist, so stellt sich diese Rechtfertigung doch dann nicht ein, wenn es sich nur um symbolische Untergrabung, wie aggressiv-kämpferisch sie auch vorgetragen wird, handelt.²⁵ Ein weiteres Problem für die anti-extremistische Lesart des Parteiverbots in Deutschland war ihr offenkundiger Fehlschlag als *vergangenheitspolitische* Strategie. Der Ausdruck “Extremismus” legte nahe, dass das Hauptproblem des überwundenen Nationalsozialismus seine nicht-zentrale Positionierung in einem Koordinatensystem von Werten und Institutionen war. Dem NS-System und dem kommunistischen System wurde eine “Äquidistanz” (E. Jesse) zum demokratischen Verfassungsstaat unterstellt,

so dass diejenigen mit anti-extremistischer Sozialisation auch punktuelle, exklusiv gegen neo-nationalsozialistische Betätigung gerichtete Regelungen als Anomalie empfinden mussten.

Wichtiger ist in unserem Zusammenhang, dass der negative Republikanismus, obgleich weniger anspruchsvoll in seiner Strategie der Entparadoxierung, in der Legitimation der Einschränkung unter Bedingungen einer konsolidierten Demokratie besser abschneidet. Frankenberg und Löwer deuten an, dass eine negativ-republikanische "Rückwärtssperre" nicht als pragmatische Verteidigungsstrategie gegenüber beliebigen Herausforderungen, sondern vielmehr als inhaltliche "Einschränkung des demokratischen Experimentalismus" aufgefasst werden müsse.²⁶ Wenn der Nationalsozialismus als monströses soziales Experiment verstanden wird, dessen Überwindung der gesellschaftlichen Entwicklung sozusagen ein "benchmark",²⁷ also ein nichtunterschreitbares Vergleichskriterium vorgibt, so liegt einer solchen Konzeption, ähnlich wie einem wissenschaftlichen Experimentalismus unter Laborbedingungen, ein gerichtetes Modell der Gesellschaftsentwicklung zugrunde: Wenn auch die positive Entwicklung der offenen Zukunft völlig ungewiss ist, so soll doch eine bestimmte Regression definitiv ausgeschlossen sein. Im Unterschied zum Demokratiemodell des Anti-Extremismus, das bei seinen Einschränkungen des Kampfs um den Machtgewinn nicht zwischen Vorwärts-, Seitwärts- und Rückwärtssperre unterscheidet, zieht ein demokratischer Experimentalismus rechtfertigende Kraft für eine solche Einschränkung aus einem kognitiven Entwicklungskonzept der Gesellschaft, einem Verständnis des Volkes als eines lernenden Souveräns.²⁸ Der Demokratiebegriff implizierte in diesem Verständnis nicht das Recht, alte Fehler zu wiederholen, sondern nur den Anspruch, neue Fehler zu machen. Aus diesem Grunde ist es erforderlich, die anti-nationalsozialistische Ausnahme von uneingeschränkter Assoziationsfreiheit eng und ausschließlich historisch zu konkretisieren: weil, zynisch ausgedrückt, die Propagierung neuer und kreativer Formen von Unrecht unter diesem Argument nicht ausgeschlossen werden kann.

Zwei Überlegungen lassen sich an die Erörterung des negativ-republikanischen Paradigmas des Parteiverbots anschließen. Erstens, der Grad an Legitimität von Einschränkungen der Assoziationsfreiheit ist unter dem negativ-republikanischen Paradigma in Nachfolgeregimes von Unrechtsstaaten höher als in unbeteiligten Gesellschaften. Zweitens, der Gedanke des negativen Republikanismus, der als historische Antwort auf die Unrechtsregimes des italienischen Faschismus und des Nationalsozialismus entwickelt wurde, lässt sich verallgemeinern auf Nachfolgeregimes von Unrechtsstaaten überhaupt. Um mit dem ersten Punkt zu

beginnen, der negative Republikanismus ergibt eine intuitiv befriedigende Erklärung der Differenz zwischen dem völlig libertären Assoziationssystem der Vereinigten Staaten (zumindest seit den 50er Jahren des Zwanzigsten Jahrhunderts) und der Situation der Bundesrepublik. Anti-nationalsozialistische Einschränkungen politischer Freiheit werden ja von den Vereinigten Staaten aus als unrettbar *sui generis* aufgefasst und mit der eigenen Tolerierung neonazistischer Parteien, Aufmärsche, etc. konfrontiert.²⁹ Im Gegensatz zu den U.S.A. ist die Einschränkung nationalsozialistischer Organisationen und Positionen in Deutschland weniger unfair, weil diese Assoziationen und Positionen über einen längeren Zeitraum hinweg hegemonial vertreten waren und über die breiteste und ausführlichste gesellschaftliche Auseinandersetzung mit ihnen kein Zweifel bestehen kann. Während die rechtliche Beschränkung nationalsozialistischer Assoziationen in den U.S.A. als "zum-Schweigen-Bringen" von Minderheitenpositionen verstanden werden könnte, hatten diese Positionen in der Bundesrepublik historisch Gelegenheit, als Mehrheitspositionen nicht nur verbreitet, sondern auch realisiert zu werden. Unter dem eingangs eingeführten Gesichtspunkt der Offenheit gegenüber neuen und unbekanntem Entwicklungen, die ein demokratisches Regime einräumen müsse, will es legitim sein,³⁰ lässt eine um die nationalsozialistische Option verringerte politische Aufstellung in der Bundesrepublik nichts zu wünschen übrig. Zweitens ist zu betonen, dass das Paradigma des negativen Republikanismus nicht nur auf post-nationalsozialistische Gesellschaften anwendbar erscheint. Mit dieser Überlegung sind wir bei der angekündigten dritten Angemessenheitsbedingung für Assoziationsverbote, einer Kommensurierung der Regelungen in verschiedenen Staaten, angekommen. Zwar greifen sowohl Leggewie/Meier als auch Frankenberg/Löwer in ihrer Argumentation für eine eng umschriebene Ausnahme von libertären Assoziationsverhältnissen auf das Konzept der "Singularität" des Nationalsozialismus zurück. Entscheidend für unsere Argumentation sind aber weniger die Größenordnung oder die schwerlich zu reproduzierende expressive Bedeutung der nationalsozialistischen Verbrechen,³¹ sondern der sozusagen indexikalische Bezug auf die eigene Unrechtsgeschichte, in Jürgen Habermas Worten, auf die "Unvertretbarkeit der uns zugemuteten Haftung", die ein Verständnis des Nationalsozialismus als eines singularen Phänomens mit sich bringt.³² Horst Meier hatte die Idee einer negatorisch auf ein überwundenes Unrechtsregime bezogenen Grundordnung am Beispiel des Verbots der faschistischen Partei, des PNF, in der italienischen Verfassung entwickelt; eine ähnliche Konstellation gilt für Portugal,³³ nicht aber für Spanien. Um das Beispiel der Vereinigten Staaten wieder aufzugreifen: Auch hier deutet sich eine Sensibilisierung

für eine spezifische nationale Unrechtsgeschichte in Einschränkungen der politischen Freiheit an; sie ist zwar bisher nicht für die Assoziationsfreiheit, aber in Ansätzen bereits für Fragen der Redefreiheit nachzuweisen, wie neue Entwicklungen in bezug auf das *cross burning* zeigen, das seine spezifische einschüchternde Wirkung wohl nur vor dem Hintergrund einer Geschichte rassistischer Verfolgung und Unterdrückung entfalten kann.³⁴ In diesen Zusammenhang gehört ebenfalls der Umstand, dass Polen als Ausnahme unter den *transition*-Staaten des früheren Warschauer Paktes sowohl ein anti-nationalsozialistisches als auch ein anti-kommunistisches Parteiverbot in der Verfassung von 1997 etabliert hat und so zwar zu an der Oberfläche anti-extremistisch anmutenden Ergebnissen kommt, die zweifache Einschränkung allerdings aus der doppelten Entgegensetzung der neuen Demokratie zu aufeinander folgenden Verbrechenhistorien begründet und daher eher dem Typ des negativ-republikanischen Parteiverbot zugerechnet werden kann. Diese letzte Schlussfolgerung lässt sich unter anderem damit belegen, dass Polen im Jahre 1998, im Gegensatz zu anderen postkommunistischen Demokratien, ein symmetrisches Verbot der Leugnung von Verbrechen der nationalsozialistischen ebenso wie der kommunistischen Vergangenheit eingeführt wurde.³⁵ Gemeinsam ist diesen Verbrechen, dass es sich um "Verbrechen gegen die polnische Nation" handelt; der negative Republikanismus trägt also hier, im Gegensatz zu den bisher erwähnten Fällen der Bundesrepublik, Italiens und Portugals, auch den weiteren Aspekt der Abwehr von Fremdherrschaft. Ähnlich ist womöglich auch das Beispiel Österreichs zu interpretieren, wo nationalsozialistische Wiederbetätigung ebenfalls unter Strafe steht.³⁶ In all diesen Fällen trägt das negativ-republikanische Paradigma schon heuristisch weiter als rivalisierende Konzeptionen; zwar sind die jeweils negierten Unrechtserfahrungen der Vergangenheit auf einem breiten Tableau angesiedelt - sie teilen dennoch die strukturelle Gemeinsamkeit, aus den Möglichkeiten zukunftsöffener demokratischer Entwicklung des Gemeinwesens historisch-indexikalisch identifizierte und damit eng umschriebene einzelne Optionen auszuschließen.

Wenn es um die Kommensurierung der öffentlich-rechtlichen Traditionen von europäischen Nationalstaaten im Hinblick auf ihre Handhabung von Parteiverboten geht, so muss neben der komparatistischen Untersuchung der Vorkehrungen, die einzelne Staaten treffen, auch die Position von gesamteuropäischen Organisationen und Institutionen ins Auge gefasst werden. Auf europäischer Ebene ist derzeit eine Kombination von anti-extremistischer und negativ-republikanischer Argumentation zu beobachten.³⁷ Dass die anti-extremistische Konzeption

funktionale Vorteile in nichtkonsolidierten Demokratien hat, während das Paradigma des negativen Republikanismus in legitimatorischer Hinsicht überlegen erscheint, lässt sich am Urteil des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gegen die türkische Refah-Partei (i.e. Wohlfahrtspartei) illustrieren. Der Gerichtshof, der sich im Grundsatz stets zu einem "streitbaren" Demokratieverständnis bekannt hat, wiederholt in dieser Entscheidung seine Maxime, dass "eine politische Partei sich unter der Bedingung für Änderungen in der Rechtslage oder der Verfassungsstruktur eines Staates einsetzen darf ..., dass die vorgeschlagene Änderung selbst mit grundlegenden demokratischen Prinzipien vereinbar ist. Es folgt notwendigerweise, dass eine Partei, deren Anführer ... Maßnahmen vorschlagen, die nicht mit einer oder mehreren Regeln der Demokratie vereinbar sind oder auf die Abschaffung der Demokratie oder die Beschneidung demokratischer Rechte und Freiheiten abzielt, sich nicht auf den Schutz der [Europäischen Menschenrechts-]Konvention ... berufen kann."³⁸ Das Gericht beansprucht, diese Maxime Artikel 17 der Europäischen Menschenrechtskonvention zu entnehmen, in dem festgehalten wird, dass der "Missbrauch von Rechten" nicht unter der Konvention geschützt ist.³⁹

Dennoch erkennt das Gericht, dass das Menschenrecht auf Vereinigungsfreiheit, das die Konvention in ihrem Artikel 11 bekräftigt, nicht leichtfertig eingeschränkt werden dürfe. Einschränkungen seien nur dann zu rechtfertigen, falls sie "notwendig in einer demokratischen Gesellschaft" sei.⁴⁰ Um dies für den Fall der Refah-Partei zu bewerten, macht das Gericht einen interessanten Zug. Es beurteilt das Verbot vor dem Hintergrund einer Interpretation der Rechtsgeschichte der Türkei, in der es die demokratische Regierungsform aus der Überwindung eines theokratischen Vorgängerregimes hervorgehen sieht. Da die Re-Etablierung einer Theokratie in der Türkei nicht auszuschließen sei, seien die Ziele der Partei nicht illusorisch und das Verbot mithin "notwendig in einer demokratischen Gesellschaft". Erstens habe Refah ein Drittel der Sitze im Parlament inne; zweitens habe die Vergangenheit gezeigt, dass politische Bewegungen auf der Basis eines religiösen Fundamentalismus in der Lage gewesen seien, das Gesellschaftsmodell ihrer Wahl zu verwirklichen.⁴¹ Das Urteil kombiniert mithin Elemente aus dem anti-extremistischen und dem negativ-republikanischen Verständnis des Parteiverbots. Einerseits ist es gegenüber präsumtiv missbräuchlicher Inanspruchnahme politischer Freiheiten völlig abstrakt gehalten; es sieht vom Typ der Herausforderung der Demokratie durch ideologisch wie auch immer gelagerte Antisystemparteien ab. Gleichzeitig beruht sich die Behauptung der Verhältnismäßigkeit einer Verfolgung

der Refah-Partei, und damit auch die Überzeugungskraft eines Urteils im Rahmen des anti-extremistischen Verständnisses des Parteiverbots, darauf, dass die historische Entgegensetzung zu ihrem theokratischen Vorgängerregime eine nicht-vernachlässigbare Gefahrensituation für die türkische Demokratie verbürgt. Das Gericht appelliert gleichermaßen an abstrakte Extremismusabwehr und die konkret-historische Überwindung eines spezifischen Regimetyps.

Nun ist der wesentliche Unterschied zwischen dem Verfahren gegen die Refah-Partei und anderen heute diskutierten Fällen von Parteiverboten in Europa, etwa dem gescheiterten NPD-Verbotsverfahren in der Bundesrepublik, dass die mangelnde Massenbasis und mangelnde Wahlerfolge der NPD eine analoge Argumentation wohl nicht zugelassen hätten, auch wenn die Bundesrepublik auf ähnliche Weise als Nachfolger eines nichtdemokratischen politischen Systems fungiert. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte suggeriert, ein Verbot der Refah-Partei diene in der Türkei als "Rückwärtssperre", wie Ulrich K. Preuß dies in den siebziger Jahren in Bezug auf den deutschen Fall bezeichnet hat.⁴² Aber unsere Kritik am anti-extremistischen Paradigma hatte sich ja darauf berufen, dass eine Bekämpfung verfassungsfeindlicher Parteien als potentieller Systemüberwinder in konsolidierten Demokratien fragwürdig ist. Wir können daher für konsolidierte Demokratien wie die Bundesrepublik auf die Argumentation des Europäischen Gerichtshofs gegen die Refah-Partei nicht zurückgreifen, um einem anti-extremistischen Verständnis von Parteiverboten auch heute noch Legitimität zu verschaffen. Das bedeutet nicht, dass ein negativ-republikanisches Verständnis damit automatisch vorzugswürdig wäre. Auch ein negativer Republikanismus kann in konsolidierten Demokratien nicht ohne weiteres die Auffassung voraussetzen, dass in Gesellschaften, in denen ein spezifisches Unrechtsregime sich historisch durchsetzen konnte, permanent die nicht-vernachlässige Gefahr eines Rückfalls droht.

Dies bringt mich zur entscheidenden Frage, was die gewandelte *Funktion* des Parteiverbots im negativen Republikanismus ist. Dieter Grimm und Hans Gerd Jaschke sehen heute nicht zu Unrecht die Gefahr, dass die Reputation des Standorts Deutschland an die Stelle eines abzuwehrenden "legalen" Übernahmemanövers demokratischer Institutionen treten könnte.⁴³ Hier liegt in der Tat eine gravierende Schwäche des negativen Republikanismus, der die Schäden diesseits des Kampfes um die Staatsmacht, die aus den Aktivitäten von problematischen Parteien hervorgehen, bisher nicht wirklich benennen konnte und sich daher bei der Funktionsbeschreibung des Parteiverbots an das anti-extremistische Paradigma

anlehnen musste. Auch bei den Autoren, die das Paradigma des negativen Republikanismus für die Bundesrepublik ausgearbeitet haben,⁴⁴ ist festzustellen, dass die Gefahr, die von neo-nationalsozialistischen Assoziationen ausgeht, eher auf eine "objektive" Gefährlichkeit der Ideologie als auf die von ihr ausgehende soziale und politische Handlungsfähigkeit bezogen wird. Dennoch liegen hier Ansätze für die Diagnose von Gefahren, die auch in konsolidierten Demokratien von der Institution des Parteiverbots abgewendet werden können, vor. Diese Ansätze konzentrieren sich im Gegensatz zur anti-extremistischen Gefahrendiagnose für das politische System in erster Linie auf zu erwartende Schäden für Individuen. Zwei Befürchtungen stehen dabei im Vordergrund. Erstens, so wird argumentiert, schaffen neonazistische Organisationen ein "Klima der Angst", wie es der damalige Abgeordnete der Grünen, Cem Özdemir, in einer der NPD-Verbotsdebatten im Bundestag genannt hat. Ein klarer Fall wäre etwa die Einschüchterung von Überlebenden des Holocaust und ihren Nachkommen; besonders, wenn sie dazu führt, dass der gleiche "Wert der politischen Freiheit" (Rawls) für diese Gruppen von Bürgern nicht mehr gewährleistet ist. Während diese Vermutung für Gegenden, in denen die NPD eine gewisse kulturelle Hegemonie erreichte, nicht unplausibel war, war sie doch als Gesamteinschätzung möglicherweise nicht präzise genug, um die spezifische Bedrohung, die von einer neo-nationalsozialistischen Partei ausgeht, zu erfassen. Zweitens, so wird argumentiert, produzieren neo-nazistische Organisationen Kundgaben von Missachtung, die die Menschenwürde der Angegriffenen systematisch verletzen. Damit scheinen wir aber bereits beim Paradigma der zivilen Gesellschaft, wie es oben eingeführt wurde, angekommen zu sein.⁴⁵ Der Schaden, der aus der Existenz neo-nazistischer Organisationen resultiert, läge letztlich in der Zerstörung der moralischen Anerkennungsbedingungen, unter deren Respektierung allein eine bedeutungsvolle demokratische Praxis aller Bürger als Gleicher möglich sein kann. Dann ist aber gegen eine negativ-republikanische Konzentration auf spezifische Unrechtsregimes der Vergangenheit einzuwenden, dass Phänomene von Einschüchterung, Missachtung und Demütigung letztlich nicht auf Gruppen, die eindeutig in der Kontinuität einer Unrechtsgeschichte stehen, zu begrenzen sind. Es liegt also nahe, dass eine Erweiterung und Modernisierung des negativen Republikanismus hin auf eine Konzeption der zivilen Gesellschaft erforderlich ist, um Parteiverboten in konsolidierten Demokratien weiterhin eine klargeschnittene Funktion zuweisen zu können. Zwar werden auch in einem solcherart erweiterten Paradigma Bezugnahmen auf historische Verletzungen zwangsläufig sein und eine besondere legitimatorische Rolle spielen. Dies zeigt sich nicht zuletzt an den beiden

jüngsten Parteiverboten auf Europäischer Ebene, dem Verbot der Baskischen Partei Batasuna und des belgischen Vlaams Blok. Batasuna wurde zwar wegen ihrer Nähe zur terroristischen Organisation ETA, aber nicht in erster Linie als materielle Unterstützerin terroristischer Anschläge mit einem Verbotungsverfahren überzogen. Der Schaden, der durch die Partei angerichtet wurde, wurde vielmehr in der Verletzung der *Angehörigen der Opfer* des Terrorismus lokalisiert, die man durch die Weigerung der Partei, terroristische Anschläge zu verurteilen, als verhöhnt ansah.⁴⁶ Dem Vlaams Blok wurde durch ein Urteil des obersten Berufungsgerichts die öffentliche Finanzierung gestrichen, was einem Verbot nahezu gleichkommt, da sich die Parteien in Belgien nur staatlich finanzieren können.⁴⁷ Man wirft der Partei Rassismus und Diskriminierung vor, was zweifellos auf faschistische Hintergründe in der Partei Bezug nimmt, aber eine deutlich weitere Extension abdeckt, als dies unter dem negativ-republikanischen Paradigma möglich wäre. Das Paradigma der zivilen Gesellschaft überwindet damit ein Anachronismus-Problem des negativen Republikanismus, der Gefahr läuft, aufgrund seines indexikalischen Bezugs auf Unrecht der Vergangenheit womöglich heutige Gestalten, Motivationen und subkulturelle Zusammenhänge etwa organisierter Fremdenfeindlichkeit falsch zu diagnostizieren. Diese Gefahr liegt nahe, wenn eine juristische Perspektive gezwungen ist, sich heutige Organisationen auf Wesensverwandtschaft mit Vorläuferparteien, etwa der NSDAP hin, zurechtzulegen. Weiterhin ist der negative Republikanismus nur schwer in der Lage, auf eine zunehmend vernetzte, auch moralisch kommunizierende Weltöffentlichkeit zu reagieren, die demokratische Lernprozesse in Abgrenzung von überwundenen Unrechtsregimes nicht mehr allein innergesellschaftlich zulässt, sondern ein zwar oberflächliches, aber doch allgegenwärtiges, von der historischen Pfadabhängigkeit losgelöstes normatives Lernen ermöglicht.⁴⁸ Ist die Weltöffentlichkeit auch kein lernender Souverän, so werden doch zunehmend Verletzungen "an einem Platz der Erde an allen gefühlt" (I. Kant), so dass Geschichten spektakulären moralisch-politischen Versagens nicht als nationalhistorische, sondern als menscheitsgeschichtliche und allgemeingültige "benchmarks" herangezogen werden können. Wenn wir heute die Intuition, auch in

konsolidierten Demokratien könnten Parteiverbote vor dem Hintergrund historischen Unrechts noch eine legitime Rolle spielen, ausformulieren wollen, so liegt die Herausforderung also darin, nicht vorschnell zum Anti-Extremismus zurückzukehren, sondern das Paradigma des negativen Republikanismus behutsam in andere Kontexte zu extrapolieren und damit auf eine Konzeption ziviler Gesellschaft hin zu entwickeln. Dabei muss vor allem darauf geachtet werden, übermäßig restriktive Auswirkungen, die mit einer solchen Konzeption verbunden sein können, zu vermeiden. Im Gegensatz zum negativen Republikanismus richtet sich das Paradigma der zivilen Gesellschaft ja zunächst gegen beliebige als problematisch empfundene Ideologien und Bewegungen; seine Gefahrendiagnose ist darüberhinaus nicht automatisch rechtsstaatlich gezähmt. Auch wenn die Funktionalität und Kommensurabilität des Parteiverbots im Paradigma der zivilen Gesellschaft auf der Hand liegen, wird doch durch die übermäßige Breite seiner möglichen Extension seine Legitimität wieder in Frage gestellt.

In der gegenwärtigen politischen Situation ist darüberhinaus unklar, ob dem zivilgesellschaftlichen Modell die nötige Muße zugestanden wird, seine Schwierigkeiten anzugehen. Im Gefolge einer verschärften kulturellen Auseinandersetzung zwischen säkular-liberalen und islamistischen Anschauungen in den europäischen Gesellschaften hat nämlich ein verallgemeinerter Antixtremismus, der neben linken und rechten politischen Extremismen nun religiösen Fundamentalismus ins Auge fasst, einen zweiten Frühling erlebt. Das Verbot des Verbands der islamischen Gemeinden und Verbände, des sogenannten Kölner Kalifatsstaats durch den Bundesinnenminister am 8.12.2001 hat gezeigt, dass die Kategorien der fdGO-Feindschaft sich variabel auf politisch oder auf religiös-kulturell motivierte Akteure anwenden lassen - ohne dass doch auf die ursprüngliche Rechtfertigung des Anti-Extremismus, eine begründete Befürchtung der "legalen" Übernahme demokratischer Institutionen, zurückgegriffen werden könnte. Es bleibt abzuwarten, ob es unter dem Druck einer geopolitisch verallgemeinerten Extremismusbekämpfung gelingt, die rationalisierenden Einflüsse, die von negativem Republikanismus und ziviler Gesellschaft auf Verbote politischer Assoziationen geltend gemacht werden können, vollends zu verdrängen.

NOTAS

1. Robert Post, "Redefreiheit, Menschenwürde und Demokratie", in G. Frankenberg/P. Niesen (Hg.), *Bilderverbot.Recht, Ethik und Ästhetik der öffentlichen Darstellung*. Münster 2004, 170-194, 175.
2. Jürgen Becker, "§167. Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes", in J. Isensee/P. Kirchhof (Hg.): *Handbuch des Staatsrechts der BRD*, vol. VII, Heidelberg 1992, 310ff.
3. Kathrin Groh, "Der NPD-Verbotsantrag - eine Reanimation der streitbaren Demokratie?", *Zeitschrift für Rechtspolitik* 33, 2000, 500-505, 504.
4. *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht (BVerfGE)* Bd. 5, Tübingen 1956, 134f.
5. Karl Loewenstein, "Militant Democracy and Fundamental Rights", *American Political Science Review* XXXI, 1937, 417ff., 638ff., 432.
6. Selbst Einschränkungen der Assoziationsfreiheit sind ein so heterogenes Feld, dass hier nicht alle Aspekte berücksichtigt werden können. Das Spektrum reicht von Vereinigungen für die Rechte von Tieren bis hin zu separatistischen, z.T. paramilitärischen Bewegungen.
7. Die Paradigmentrias wird detailliert entwickelt in Peter Niesen, "Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties", in S. Avineri/Z. Sternhell (Hg.), *Europe's Century of Discontent*. Jerusalem 2003, 249-286. Wiederabdruck im *Almanach of German and European Law*, vol. 1 (2003), hg. von R. Miller & P. Zumbansen, Oxford 2004, 81-112.
8. Der einschlägige Art. 21, Abs. 2 GG lautet: "Parteien, die nach ihren Zielen oder nach dem Verhalten ihrer Anhänger darauf ausgehen, die freiheitlich demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen oder den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden, sind verfassungswidrig. Über die Frage der Verfassungswidrigkeit entscheidet das Bundesverfassungsgericht."
9. Günter Dürig, Art. 18, Rdnr. 48ff., in Th. Maunz & G. Dürig (eds.): *Grundgesetz-Kommentar*, München 1958ff. (1991), zitiert nach Horst Meier, *Parteiverbote und demokratische Republik. Zur Interpretation und Kritik von Art. 21 Abs. 2 des Grundgesetzes*, Baden-Baden 1993, 299.
10. *BVerfGE* 2, Tübingen 1952, 12f.
11. E.-W. Böckenförde, "Demokratie als Verfassungsprinzip", in Böckenförde: *Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt/M. 1991, 289-378, 342.
12. *BVerfGE* 2, 139.
13. "Schutz der Verfassung durch Parteiverbot?", in C. Leggewie/H. Meier (Hg.), *Verbot der NPD oder Mit Rechtsradikalen leben?*, Frankfurt/M. 2002, 64-80, 64; vgl. ders., "Parteiverbot als Verfassungsschutz - Ein unauflöslicher Widerspruch?" *Neue Juristische Wochenschrift* 54, 40, 2931-2942.
14. *BVerfGE* 2, 70.
15. Unter den neonazistischen Vereinigungen der 1980er Jahre, die von Länder- oder Bundesregierung verboten wurden, sind die Wehrsportgruppe Hoffmann, die Volkssozialistische Bewegung Deutschlands/Partei der Arbeit, die Aktionsfront Nationaler Sozialisten, die Nationale Sammlung. In den 1990er Jahren haben die Innenminister die Wiking-Jugend (1994), die Nationale Liste (1995), die FAP (Freiheitliche Deutsche Arbeiterpartei, 1995), die Kameradschaft "Hamburger Sturm" (1999), Blood and Honour (und ihre Jugendorganisation White Youth) (12/2000) verboten. Als jüngstes Beispiel für den Einsatz des Arguments von der Wesensverwandtschaft mit dem Nationalsozialismus lässt sich das Verbot der Skinheads Sächsische Schweiz (und ihrer "Aufbauorganisation" SSS-AO) am 5. April 2001 anführen.
16. C. Leggewie/H. Meier, *Republikenschutz. Maßstäbe für die Verteidigung der Demokratie*. Reinbek 1995, 308. Die zitierten Passagen kondensieren Argumente, die bereits bei H. Meier, *Parteiverbote und demokratische Republik*, op. cit., 396ff. ausgeführt werden.
17. Eine um die Nachweise gekürzte Fassung dieses Antrags findet sich unter <http://www.extremismus.com/dox/antrag-bt.htm>; zur hier zusammengefassten Argumentation vgl. Kapitel II des Antrags.
18. Ulrich K. Preuß, "Die empfindsame Demokratie", in C. Leggewie/H. Meier (Hg.), *Verbot der NPD?*, op. cit., Frankfurt/M. 2002, 104-119, 115.
19. *Ebd.* 116f.

20. Art. 37 (4), Zitiert in "Anhang" 2, in Meier, *Parteiverbote*, op. cit., 463. Vgl. die ähnliche Bezugnahme auf Art. 1 (1) Grundgesetz im Verfassungsentwurf des *Kuratoriums für einen demokratisch verfassten Bund Deutscher Länder* vom 29. Juni 1991, Meier, op. cit., 465. Beide Reformvorschläge wurden verworfen.
21. G. Frankenberg/W. Löwer, *NPD-Verbotsantrag des Deutschen Bundestages*, 2001, MS 49.
22. *BVerfGE* 5, 143.
23. S. Carl Schmitt, *Legalität und Legitimität* (1932), Berlin 1993, 32; dazu Horst Meier, *Parteiverbote*, op. cit., 87.
24. Vgl. Horst Meier, "Ob eine konkrete Gefahr besteht, ist belanglos" - Kritik der Verbotsanträge gegen die NPD", in C. Leggewie/H. Meier (Hg.), *Verbot der NPD?*, op. cit., 14-29.
25. In der Sprache des Gerichts ausgedrückt: falls nicht der Fall ist, dass "zum Zwecke [der] Verteidigung [der Verfassungsprinzipien] Einschränkungen der politischen Betätigungsfreiheit der Gegner erforderlich sind", *BVerfGE* 5, 139.
26. Frankenberg/Löwer, op. cit. 86.
27. Joshua Cohen/Charles Sabel, "Directly-deliberative Polyarchy", *European Law Journal* 3, 4, 1997, 313-342, führen diesen Ausdruck in synchroner Perspektive, für den kognitiven Abgleich des Niveaus "benachbarter" demokratischer Problemlösungsinstitutionen, ein (326 u. 330).
28. Hauke Brunkhorst, *Demokratie und Differenz*, Frankfurt/M. 1994, 199ff.
29. Cass Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York 1993, 189.
30. s. o. Text zu Fn. 1.
31. Dazu ausführlich Peter Niesen, "Anti-Extremism, Negative Republicanism, Civic Society", op. cit. Vgl. Avishai Margalit & Gabriel Motzkin: "The Uniqueness of the Holocaust", *Philosophy and Public Affairs* 25, 1, Summer 1996, 65-83.
32. Jürgen Habermas, "Vom öffentlichen Gebrauch der Historie", in Habermas, *Eine Art Schadensabwicklung*, Frankfurt/M. 1987, 144.
33. Vgl. Art. 46, 4 der portugiesischen Verfassung.
34. Vgl. die bisher nur in mündlicher Verhandlung eingeführten Bezugnahmen des Bundesrichters Clarence Thomas auf die Sklavereigeschichte in Fragen der Zulässigkeit von *cross burning* unter dem ersten Zusatzartikel der U.S.-amerikanischen Verfassung in *Virginia v. Black*, s. die AP-Meldung "Supreme Court upholds Cross-Burning Ban" v. 4. Juli 2003.
35. Zu Assoziationsfreiheit und Parteiverbot, s. Polnische Verfassung, Art. 13. Zu den Einschränkungen der Meinungsfreiheit s. das Gesetz über die Einrichtung des Instituts des Nationalen Gedenkens - Kommission zur Verfolgung von Verbrechen gegen die Polnische Nation (Commission for Prosecution of Crimes against the Polish Nation) v. 18.12.1998 (*Journal of Laws* v. 1998, n° 155, item 1016, v. 1999, n° 38, item 360, v. 2000, n° 48, item 553). Wer öffentlich nationalsozialistische oder kommunistische Verbrechen bestreitet, wird mit bis zu drei Jahren Haft bestraft. Vgl. *East European Constitutional Review* 7, 4, 1998, 41.
36. Vgl. Gabriel Lansky, "Maulkorb für Kritik an Wiederbetätigung. Antifaschistische Rechtsordnung und schweigende Praxis", in Rubina Möhring (Hg.), "Österreich allein zuhause". *Politik, Medien, Ju-stiz nach der politischen Wende*. Frankfurt/M., London o.J. (2001), 60-69
37. Diese Beobachtung bezieht sich ausschließlich auf die Institutionen des Europarats, nicht auf die Europäische Union, die das Thema bisher, und auch in der letzten Version ihres jüngst teilweise ratifizierten, teilweise verworfenen Verfassungsentwurfs, ausgespart hat. Zu den Institutionen des Europarats, die sich prominent mit Parteiverboten auseinandergesetzt haben, gehört neben dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dessen Position im Text skizziert wird, auch die sogenannte Venice Commission (tatsächlicher Name "European Commission for Democracy through Law"), die in der Beratung von *transition*-Staaten bei der demokratischen und rechtsstaatlich Handhabung von Parteiverboten einen äußerst moderaten Kurs einschlägt. Vgl. den von der Kommission erstellten Leitfaden "Guidelines on prohibition and dissolution of political parties and analogous measures", Straßburg, 10. Januar 2000, erhältlich unter [http://venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF\(2000\)001-e.asp](http://venice.coe.int/docs/2000/CDL-INF(2000)001-e.asp), letzter Zugriff am 1. September 2005.
38. *Case of Refah Partisi and Others v. Turkey*, Entscheidung Strasburg, 31. Juli 2001, bestätigt von der Großen Kammer am 13. Februar 2003, §47, Übersetzung Peter Niesen. Letzter Zugriff 30. Juni 2003 unter <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/ViewRoot.asp?Item=0&Action=Html&X=623105747>. Zu der Entscheidung vgl. auch Sven Eiffler, "Die 'wehrhafte Demokratie' in der Rechtsprechung des

- Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte”, *Kritische Justiz* 36, 2, 2003.
39. S. zu dieser Konstruktion auch Jochen A. Frowein, “Comment to the Presentation by Heike Krieger”, in C. Walter, S. Vöneky, V. Röben, F. Schorkopf (Hg.), *Terrorism as a Challenge for National and International Law: Security vs. Liberty?* Berlin, Heidelberg 2003.
40. *Case of Refah Partisi*, *op. cit.*, §67.
41. *Ebd.* §77.
42. Ulrich K. Preuß, *Legalität und Pluralismus*, Frankfurt/M. 1973, 163f. S. oben, Text zu Fn. 26 und vgl. Leggewie/Meier, *Republikenschutz*, *op. cit.*, 317, sowie Frankenberg/Löwer, *Verbotsantrag*, *op. cit.* 86.
43. H.J. Jaschke, “Sehnsucht nach dem starken Staat - Was bewirkt Repression gegen rechts?”, *Aus Politik und Zeitgeschichte* 39, 2000. Dieter Grimm, *Die Verfassung der Politik*, München 2001, 181, legt nahe, dass der Wunsch, im Ausland einen guten Eindruck zu machen, die NPD-Verbotsanträge maßgeblich motiviert hat.
44. H. Meier, *Parteiverbote und demokratische Republik*, *op. cit.*; G. Frankenberg/W. Löwer, *NPD-Verbotsantrag*, *op. cit.*.
45. S. oben, Text zu Fn. 18ff.
46. Miguel Revenga Sanchez, “El tránsito hacia (y la lucha por) la democracia militante en España”, *Revista de Derecho Político* 62, 11 - 31.
47. *die tageszeitung* v. 11.9.04, 10.
48. Vgl. D. Levy/N. Sznajder, *Erinnerung im globalen Zeitalter: Der Holocaust*. Frankfurt/M. 2001.

civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” [grifo nosso],⁵ dispositivo essencialmente coincidente com o art. 6.1, da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (CEPDHLF).⁶

À primeira vista, a locução “prazo razoável” apresenta conceituação vaga e genérica, cuja essência exegética firma-se, principalmente, com fulcro na jurisprudência internacional.

Dentro da sistemática de proteção internacional dos direitos humanos, ao lado das Cartas de Direitos, órgãos há com correspondente competência consultiva e contenciosa, dos quais emana o norte hermenêutico dos conteúdos normativos a que se referem (v. g.: Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais – Corte Européia de Direitos Humanos; Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Corte Interamericana de Direitos Humanos).

Posto isso, é a partir da análise das declarações internacionais de direitos e das decisões oriundas da atuação institucional das respectivas cortes convencionais, sob o prisma da contemporânea concepção de tutela estatal, que se desenvolve o cerne da dialética “Tempo x Processo”.

2. CRITÉRIOS ANALÍTICOS CONCEITUAIS DA LOCUÇÃO “PRAZO RAZOÁVEL”

A razoabilidade temporal do processo pode ser mensurada por intermédio de determinados aspectos da relação desenvolvidos sob a óptica da sua dinâmica, em consonância com a construção doutrinária e jurisprudencial internacional.

Ao julgar o caso *Suárez Rosero vs. Equador*,⁷ a Corte Interamericana firmou seu posicionamento no sentido de que compartilha do entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o qual tem analisado em vários casos o conceito de prazo razoável, tendo considerado que se deve levar em conta três elementos para determinar a razoabilidade do interstício no qual se desenvolve o processo:

- a) a complexidade do assunto;
- b) a atividade processual do interessado;
- c) a conduta das autoridades estatais.

Conjuntamente, doutrinam ROBERTSON e MERRILIS no sentido de que as instituições judicantes convencionais revisam, em todos os casos, três critérios avaliatórios do interregno processual, quais sejam: a

complexidade da lide; a forma como as autoridades administrativas e judiciais têm lidado com a demanda; e a própria conduta do requerente.⁸

2.1 A COMPLEXIDADE DA CAUSA

A idéia de complexidade da causa envolve, necessariamente, pontos de natureza material e processual, em acordo com tais e quais variantes sejam verificáveis na hipótese especificamente analisada.

Pela própria natureza das coisas, as causas eivadas de distintiva complexidade demandam mais tempo para sua resolução jurisdicional, se comparadas aos denominados “casos simples”. No entanto, existem diversos tipos e graduações de complexidade a serem sopesados na avaliação temporal do processo.

Da análise jurisprudencial da Corte Européia, extrai-se a distinção entre as noções de complexidade jurídica e fática, decorrente a primeira da interpretação de normas substantivas ou processuais aplicáveis ao caso concreto pelo órgão judicante, e a segunda das circunstâncias de fato que se tenham evidenciado durante a relação jurídico-processual.⁹ Uma e outra podem sintetizar a noção de complexidade procedimental.

Visivelmente incidente sobre o tópico é o princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa, visto não mais se admitir um único e rígido modelo procedimental, sem possibilidade de adaptação às exigências da hipótese concreta, na medida em que a maior ou menor complexidade da causa exige sejam tomadas providências diferenciadas, com o fito de que o processo alcance sua finalidade esperada.¹⁰

Por tal razão, a par do processo ordinário, há os processos especiais, cuja especificidade consiste na particularização das formas admitidas para grandes grupos de relações jurídicas (v. g.: natureza do direito material debatido, valor da causa), para relações isoladas (v. g.: separação de cônjuges, interdição), ou de acordo com o grau de cognição exigido do juízo.¹¹

Tem cognição o juiz que pode conhecer do pedido de tutela jurídica que exerce, quer se trate de pedido de declaração, de constituição, de condenação, de mandamento, ou de execução.¹²

Fixa WATANABE, *in genere*, a classificação das ações em: de cognição plena; de cognição sumária; e de cognição rarefeita, ou quase incorrente.¹³ Justifica-se o Autor pela própria natureza da atividade do juiz, que, para conceder a prestação jurisdicional, precisa, na condição de terceiro que se interpõe às partes, conhecer primeiro das razões (em profundidade, apenas superficialmente, parcialmente, definitivamente, ou em caráter provisório), para depois adotar as providências voltadas à realização prática do direito da parte.¹⁴

Horizontalmente, segundo a extensão permitida pela lei processual, a cognição pode ser plena ou limitada (parcial); e, no plano vertical, pode ser classificada em exauriente (completa), e sumária (incompleta), consoante ao grau de sua profundidade.¹⁵

A cognição plena e exauriente é característica do procedimento comum do processo cível de conhecimento, mediante o qual se tem a máxima possibilidade de debate fático e jurídico entre as partes (ilimitada) e a maior definitividade objetiva do provimento jurisdicional de mérito (completa).

Tal método tem por fito gerar maior segurança jurídica, em menor atenção ao quesito da celeridade, se comparada à hipótese de cognição sumária, na qual se evidencia a busca de um juízo de probabilidade e verossimilhança próprio da aferição superficial (menos aprofundada) dos diversos elementos do processo pelo órgão julgante.¹⁶

A cognição parcial, de outro lado, corresponde à especialidade do instrumento procedimental dirigido ao restrito bem da vida almejado pelo requerente, ou seja, refere-se a um processo distintivo, próprio para determinada pretensão material, em vista do que as temáticas passíveis de discussão entre as partes delimitam-se a estreitos *numerus clausus* elencados pela Lei.

Todos os aspectos da causa podem ser relevantes para a avaliação da complexidade do processo, incluída a temática debatida, se existem acontecimentos controversos, número de partes, questões internacionais envolvidas, número de testemunhas, volume de provas documentais, etc.¹⁷

Exigir-se-á, portanto, adiantado encerramento decisório de uma causa em que se tenha evidenciado confissão ficta, ou, em que seja dispensável a dilação probatória por haver exclusiva questão de direito a ser decidida, em detrimento de outra cujo prisma fático encontre-se passível da necessária apuração.¹⁸

Em sendo, por exemplo, a hipótese concreta de se figurarem notórios os fatos apresentados na ação, afirmados pelo autor e confessados pelo réu, admitidos como incontroversos, ou, em cujo favor milite presunção legal de existência ou de veracidade,¹⁹ dispensada estará a respectiva produção probante, em razão do que especial diligência será cobrada do respectivo órgão julgador para o antecipado julgamento da causa.

O número de pessoas que, ativa ou passivamente, atuem na relação processual também é fator a ser considerado na avaliação da complexidade da causa, ressaltando-se que a excessiva pluralidade subjetiva do processo deve ser evitada. Para tanto, ao juiz é atribuída a faculdade de desmembrar a relação originária em agrupamentos de autores e/ou réus.²⁰

Fatores outros, ademais, podem demonstrar a complexidade da causa. Quando do julgamento do caso *Pretto e Outros vs. Itália*, a Corte Europeia evidenciou que a complexidade da matéria debatida levou o órgão fracionário do tribunal nacional (3ª Câmara Cível da Corte de Cassação) a declinar sua competência ao respectivo Plenário, em vista da imprescindibilidade de que se pacificasse a jurisprudência acerca da temática inserta naquele processo e reiterada em vários outros casos similares.²¹ Nesse sentido, julgou-se que a dilação temporal não teria extrapolado os limites da razoabilidade.

Em outra oportunidade, o Tribunal Europeu, em consonância com parecer da Comissão²² exarado no caso *Ringeisen vs. Áustria*, considerou justificada a lentidão do processo de “quebra fraudulenta”, não obstante seus mais de 5 (cinco) anos de duração, em vista da nítida complexidade da causa decorrente das diferenciadas questões cíveis, comerciais e criminais submetidas à apreciação do tribunal austríaco.²³

Destaque-se algumas peculiaridades da ordem jurídica nacional. A Lei Fundamental brasileira, acerca da criação dos Juizados Especiais Cíveis, fixou os procedimentos oral e sumaríssimo para a postulação, instrução, julgamento e execução das causas cíveis de menor complexidade.²⁴ Preferiu, portanto, o Constituinte, a maior rapidez procedimental na resolução dos petítórios menos complexos à segurança jurídica priorizada no processo comum.

E ao definir o que se deve considerar “causa de menor complexidade”, a legislação infraconstitucional adotou, em suma, o critério da valoração pecuniária do pedido ao englobar nessa categoria os requerimentos que não excedam a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo nacional.²⁵

Em sede de processo do trabalho, conjuntamente, foi instituído o procedimento sumaríssimo com referência aos dissídios individuais cujo valor não ultrapasse 40 (quarenta) vezes o salário mínimo vigente,²⁶ no qual todos os atos instrutórios concentram-se em uma única audiência,²⁷ tendo o juízo especializado o dever de apreciar a reclamação no prazo máximo de 15 (quinze) dias contados do ajuizamento da respectiva reclamação.²⁸

Extrai-se da conjugação das premissas normativas e jurisprudenciais acima referidas, a conclusão de que quanto mais graves os efeitos do provimento judicante pretendido, maior a necessidade de segurança jurídica (máxima proximidade à certeza) e menor peso terá a qualidade célere do processo.

Portanto, a definição de “causa complexa” para o ordenamento jurídico fixa-se, de maneira fundamental, em acordo com a graduação das conseqüências advindas direta ou indiretamente da pretensão material deduzida ao juízo.

2.2 A CONDUTA DA PARTE PREJUDICADA

A atuação do requerente apresenta-se como outro ponto que há de ser considerado para o crivo da tempestividade da prestação estatal. Isso não significa que a parte interessada, necessariamente, tenha de renunciar ao uso de qualquer remédio jurídico, ou recurso admitido pela legislação instrumental interna, para demonstrar seu intuito de apressar o andamento do feito, mas que, em verdade, não dê causa, **injustificadamente**, ao retardamento da respectiva conclusão decisória.

Ao apreciar o caso *Eckle vs. República Federal da Alemanha*, a Corte Européia firmou posicionamento no sentido de que a Convenção (art. 6.1) não exigiu que os autores cooperassem ativamente com as autoridades judiciais; nem pode qualquer repreensão ser imputada a eles por terem feito amplo uso dos remédios jurídicos disponibilizados pela lei nacional.²⁹

As atribuições políticas de estabelecer a organização judiciária e a sistemática procedimental internas são, propriamente, expressões soberanas cuja titularidade pertence com exclusividade ao Estado. Em virtude disso, o comportamento processual legalmente permitido à parte interessada, sob a óptica da cláusula *procedural due process*, não pode, de maneira alguma, servir de suficiente fundamento para fins de legitimar o atraso da prestação devida ao jurisdicionado.

Tanto assim se afigura, que aos Estados Partes cumpre o dever de organizar seu sistema legal de maneira a que os tribunais nacionais possam atender a cada um dos requisitos essenciais da tutela jurisdicional eficaz, conforme decidido pelo Tribunal Europeu no caso *Nibbio vs. Itália*.³⁰

De outro lado, em oposição ao impulso oficial do juízo, o princípio da incoação ou impulsão do processo pelas partes é o princípio do dispositivo levado à fluência procedimental,³¹ por intermédio do que se atribui às partes a responsabilidade pela concretização de atos dirigidos à progressiva marcha do processo.

Em vista disso, na ausência de diligência da parte com relação à prática de atos a si atribuídos pela lei processual, tais quais a demora na nomeação de novo advogado em vista do falecimento do patrono originário,³² ou, o requerimento de prova pericial sem a conjunta apresentação dos quesitos a serem respondidos pelo experto,³³ transparece sua falta de interesse na pronta definição judicante da causa.

Diante da incongruência volitiva do requerente em exigir a pronta resolução da causa sem contribuir minimamente para tanto, conclui-se pelo comprometimento da contagem do lapso temporal

imotivadamente desperdiçado por quem deveria zelar pela presteza de suas próprias atuações intraprocessuais.

2.3 A CONDUTA DAS AUTORIDADES ESTATAIS

Como critério final e ao mesmo tempo definitivo da imputabilidade estatal pela excessiva demora no julgamento da causa, a conduta das autoridades administrativas e judiciais configura-se referência aferível caso a caso.

Dentre as medidas alegadas pelos Estados, para fins de demonstrar o cumprimento do direito ao processo sem dilações indevidas perante o Tribunal Europeu, destacam-se a criação de novas varas e secretarias judiciárias, o estabelecimento de uma ordem de prioridade no trato dos assuntos, assim como outras reformas de natureza legislativa no âmbito das normas procedimentais. Não obstante isso, é patente a tendência da Corte em valorar a situação concreta, independentemente das medidas pontuais de caráter geral adotadas pelo Estado.³⁴

O princípio da efetividade, em vigor no âmbito do direito internacional dos direitos humanos, foi clarificado pela Corte Interamericana no julgamento do caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, em vista do qual se concluiu que a obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos não se esgota com a existência de uma ordem normativa dirigida a possibilitar o cumprimento dessa obrigação, senão quando vise à necessidade de uma conduta governamental que assegure a existência, **em realidade**, de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos fundamentais.³⁵

A mera adequação das sistemáticas processual e procedimental internas ao atendimento, *in abstracto*, da suficiente celeridade não se afigura bastante para a exclusão da responsabilidade estatal pela excessiva dilação temporal ocorrente.

A completude da prestação devida ao tutelado é, pois, dimensionada de maneira individualizada, ou seja, para cada relação jurídico-processual avaliada, o atendimento aos critérios deve ser visualizado sob o prisma da realidade verificável.

O Tribunal Interamericano, ao julgar o caso *Paniagua Morales e Outros vs. Guatemala*, consignou que determinadas ações, como a promulgação de um novo código de procedimentos penais, são consideradas pela Corte como uma expressão da vontade do Estado de dar cumprimento a suas obrigações constitucionais e convencionais, mas não constituem prova alguma de que, no caso concreto,

tenha dado cumprimento à obrigação contida no art. 8.1, da Convenção Americana.³⁶

Pacífico, inclusive na doutrina internacionalista, que somente a dilação atribuível ao Estado pode justificar a percepção de uma falha que fundamente o requerimento de “prazo razoável”.³⁷

O Estado, portanto, afigura-se responsável pelas dilatações causadas por suas autoridades administrativas e judiciais. Em questões cíveis, isso pode incluir a suspensão de processos pendentes em virtude de outro caso em trâmite, o retardamento da audiência de instrução e julgamento pelo juízo, a diferida apresentação ou produção de provas pelo Estado, ou, ainda, as demoras motivadas pela secretaria do tribunal ou por outras autoridades administrativas.³⁸

A responsabilidade pela indevida extensão do processo, em decorrência da demora da feitura da prova pericial, por exemplo, recai nos ombros do Estado-juiz, visto ser sua a atribuição de substituir o experto por outro, *ex officio*, quando verificada a extrapolação do prazo máximo legal para a entrega da perícia, conforme decidido no julgamento do caso *Capuano vs. Itália*, pelo Tribunal Europeu.³⁹

A respeito da suspensão ou interrupção do processo, com simplicidade afirma CHIOVENDA que “pode a vida da relação processual permanecer *suspensa* por um lapso de tempo mais ou menos longo”.⁴⁰ [itálico do autor]

Dentre as hipóteses legais de suspensão do processo, a mais comum é a que condiciona o juízo ao advento do julgamento de outra causa,⁴¹ normalmente de natureza penal em que há maior e mais detalhada produção probatória, haja vista o princípio da busca da verdade real. Tal medida nasce da necessidade de proporcionar maior segurança jurídica às partes, além do intuito de se evitarem contradições entre pronunciamentos decisórios, o que evidenciaria fator de notória injustiça.

O que não há de ocorrer é a exorbitância do limite razoável da suspensão, dada sua imprescindibilidade objetiva e sua estreita duração, em virtude de essa prática configurar-se verdadeira paralisia procedimental que se deva evitar a alto custo.

No julgamento do caso *König vs. República Federal da Alemanha*, em que o aguardo pela solução de determinados processos criminais, para fins de definitivo pronunciamento judicante, superou o período de 1 (um) ano e 9 (nove) meses, a Corte Européia considerou que essa foi a principal causa da duração da ação judicial, não obstante seu propósito de aguardar o resultado das ações penais que tramitavam contra o requerente.⁴²

E ao constatar a violação ao correspondente dispositivo convencional (art. 6.1), fundamenta o Tribunal Europeu que, apesar das incertezas que obscureciam os processos criminais, o órgão julgador alemão atrasou, sem suficiente fundamento, mais de um ano antes de decidir não mais aguardar seus resultados para julgar definitivamente a causa.⁴³

De outro lado, não só a conduta omissiva do Estado dá causa a ofensa ao direito ao processo suficientemente célere, haja vista o formalismo exacerbado motivar, em conjunto, uma dilação indevida dos procedimentos dirigidos à determinação concreta de direitos e obrigações.

É justamente em prol da necessária simplificação dos instrumentos jurídico-processuais que têm as partes a faculdade de percorrer todo o formalismo do processo. Todavia, conquanto constitua um direito de cada uma das partes, enfatiza HEGEL, isso pode tornar-se um mal e até um veículo da injustiça. Por isso, para proteger as partes e o próprio direito substancial contra o processo e os seus abusos, deverá o tribunal submeter-se a uma jurisdição essencialmente simples.⁴⁴

Em matéria de processo, o formalismo excessivo constitui uma denegação de justiça a partir do momento em que se apresenta como pressuposto obrigatório e intransponível para a proteção de algum interesse jurídico e que complique, de maneira insuportável, a aplicação do direito material.⁴⁵

Foi o que se verificou no julgamento do caso *Bock vs. República Federal da Alemanha*, pelo Tribunal Europeu, na medida em que não houve tanto a falta de atividade judicial quanto a sua excessividade, demasiadamente focada na solução de uma questão prejudicial específica (sanidade mental do petionante), em detrimento da resolução meritória da ação de divórcio em debate,⁴⁶ o que terminou por prejudicar o atendimento da cláusula convencional do processo suficientemente célere.

Do ponto de vista geral, o princípio da economia implica máxima atividade a gasto mínimo. À luz do processo, significa máximas garantias processuais e máxima satisfação jurídica, em suma, máxima tutela no menor tempo possível.⁴⁷

Nesse sentido, a conduta estatal positiva centrada na imposição de obstáculos processuais irrazoáveis (v. g.: distribuição do ônus da prova a quem não possui meios de produzi-la; exigências formais dissociadas do objeto deduzido ou desproporcionais à disponibilidade da parte, etc.) apresenta-se como adoção de metodologia teleologicamente inútil, cuja afronta ao princípio da economia processual aflora na indevida extensão temporal do instrumento.

A excessiva preocupação com os temas processuais constitui condição favorável a posturas inadequadas à efetividade da tutela e até ao esquecimento da condição instrumental do processo. Favorece, ademais, o formalismo no modo de empregar a técnica processual, o que tem também o significado de menosprezar a advertência de que as formas são apenas meios preordenados aos objetivos específicos em cada momento processual.⁴⁸

Pelo exposto, conclui-se que tanto a lenta condução dos procedimentos, quanto a hiperatividade judiciante, ainda que por força de regramento instrumental positivado, afiguram-se passíveis de gerar violação do direito ao processo suficientemente célere, componente integrante da cláusula *due process of law*.

3. A IMPORTÂNCIA DA CAUSA PARA A PARTE COMO FATOR AGRAVANTE

Há um outro fator a ser considerado, que, em verdade, queda-se ao largo daqueles três requisitos tratados nos itens anteriores, por não firmar por si só um critério, pois apresenta-se como uma espécie de elemento agravante da necessidade concreta de celeridade na solução do caso, consistente na importância da causa para o interessado. Simplifica o tema a delimitação objetiva e específica do que “esteja em jogo” para o requerente no pedido deduzido à autoridade competente para decidi-lo.

Casos há em que urge maior celeridade processual. Em vista da valoração dos interesses apresentados, o conteúdo do que se pleiteia e a situação fática ou jurídica do requerente serão elementos sopesados na avaliação temporal da causa.

Com vistas ao que esteja em jogo para o interessado, a Corte Européia tem determinado que excepcional diligência é exigida em casos que envolvam, por exemplo, restrições ao acesso dos pais aos filhos, relações de emprego, direitos reais sobre bens imóveis, pensão por invalidez, ou quando o requerente é vítima de acidente de trânsito.⁴⁹

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Johansen vs. Noruega*, ao analisar questão relativa à insuficiente celeridade do processo em que se discutia direito de família especificamente voltado à guarda de menor, consignou que compartilhava da opinião do requerente e da Comissão, com vistas ao que estava em jogo para o interessado e o caráter irreversível e definitivo das medidas envolvidas, com base no que a autoridade nacional competente foi instigada a atuar com

excepcional diligência com o fito de assegurar a especial progressão das fases procedimentais.⁵⁰

No célebre julgamento do caso *X. vs. França*, em que o requerente havia contraído vírus HIV e ajuizado ação contra o Estado, o período de duração do processo, relativo aos 2 (dois) anos transcorridos, foi considerado excessivo e irrazoável. O que se encontrava em jogo nos procedimentos contestados, pois, era de importância crucial para o requerente, **haja vista a doença incurável da qual padecia e sua reduzida expectativa de vida.**⁵¹

Sob o prisma do diferencial centrado na redução da expectativa de vida do administrado ou jurisdicionado, merecem especial tratamento tutelar os idosos, seja porque sua sobrevivência provável é mais breve que a das pessoas mais jovens - inútil qualquer benefício concedido *post mortem* -, seja porque as pessoas de maior idade são ordinariamente sujeitas a maiores necessidades.⁵²

Louva-se, pois, a edição da Lei nº 10.173, de 9 de janeiro de 2001, mediante a qual se inseriu o art. 1.211-A ao código de processo civil brasileiro, em que foi resguardado ao maior de 65 (sessenta e cinco) anos prioridade de tramitação nos feitos em que atue como parte ou interveniente.⁵³ Saliente-se, de qualquer maneira, que a mera preferência formal não assegura o atendimento do requisito da suficiente celeridade do processo, se o tempo dispensado à determinação dos direitos e/ou obrigações fugir à razoabilidade concretamente exigível.

No que concerne às causas de natureza trabalhista, enfatiza CAPPELLETTI que as normas processuais em matéria laboral têm por finalidade tornar mais rápido – por razões demasiadamente óbvias – o desenvolvimento dessas causas.⁵⁴

Nas controvérsias trabalhistas, à natural urgência do autor combina-se o fato de que ele se encontra, por definição, em um plano de desigualdade econômica com relação ao demandado. No processo trabalhista tem-se, senão sempre “o pobre” em luta contra “o rico”, certamente uma parte economicamente mais débil que atua em juízo contra outra economicamente mais forte, via de regra.

Debilidade econômica significa também, obviamente, menor capacidade de resistência e de espera. A prestação requerida pelo trabalhador tem, com muita frequência, natureza alimentícia e inderrogável. Diante de uma espera prolongada, ao requerente é preferível a renúncia ou uma transação, ainda que se configure financeira e juridicamente desastrosa.⁵⁵

Dado o caráter alimentar característico das disputas laborais, em que o requerente, em maior parte dos casos, necessita com urgência do provimento jurisdicional para fins de prover-se de sustento, o

Tribunal Europeu, no julgamento do caso *Nibbio vs. Itália*, salientou que cuidado especial é necessário em causas trabalhistas, especialmente quando incluem disputas pensionais.⁵⁶

Além de configurar critério ao firmamento da gravidade da vulneração ao disposto no art. 8.1, da CADH, a amplitude do significado do pedido deduzido serve, via de consequência, de parâmetro para fins da correspondente quantificação indenizatória. A extensão do dano material ou moral da vítima da indevida dilação temporal do processo afigura-se, pois, proporcional à importância do conteúdo material da causa para o jurisdicionado.

No julgamento do caso *Blake vs. Guatemala*, no qual foi decretada grave violação ao art. 8.1, da CADH, em virtude de haver ocorrido denegação de justiça pela falta de eficiente diligência das autoridades estatais na apuração, punição penal e reparação cível de forçado desaparecimento, a Corte Interamericana explanou no sentido de que os familiares do Desaparecido foram privados do direito a um processo judicial independente dentro de um prazo razoável e, portanto, foi-lhes impedido obter uma justa reparação.⁵⁷

A deficiência dos procedimentos investigativos por parte do Estado prejudicou o provimento ressarcitório aos familiares da vítima, haja vista a necessidade de prévia identificação dos autores do delito de desaparecimento forçado, para a instauração dos consequentes processos penal e cível.

Amparada nas ponderações fáticas e jurídicas da Comissão⁵⁸, a Corte Interamericana relatou que, em Guatemala, a possibilidade de iniciar uma ação ressarcitória não estava, necessariamente, vinculada ao processo criminal e que, não obstante isso, a referida ação devia ser ajuizada contra uma pessoa ou entidade determinada para estabelecer a responsabilidade pelos fatos alegados e pelo pagamento das correspondentes indenizações. E, em vista disso, a obstrução e o retardo da investigação por parte do Estado tornou impossível a iniciação da ação cível por responsabilidade.⁵⁹

Em via conclusiva, a Corte estabeleceu que art. 8.1 da Convenção Americana confere aos familiares da Vítima o direito a que seu desaparecimento e morte sejam efetivamente investigados pelas autoridades guatemaltecas, a que se prossiga um processo contra os responsáveis por esses ilícitos, a que se apliquem as sanções pertinentes e **a que se indenizem os danos e prejuízos que tenham sofrido esses familiares.**⁶⁰

Portanto, o significado do objeto da causa para as partes participantes do processo configura-se, de acordo com os critérios valorativos verificáveis concretamente, elemento agravante da maior ou menor celeridade da consequente resolução decisória final.

4. ASPECTOS EXCLUDENTES DA INDEVIDA DILAÇÃO DO PROCESSO

Exceções, no entanto, existem quanto à imputação pela demora na solução da causa ao Estado, ainda que a conduta das autoridades não tenha sido suficientemente satisfatória, na medida em que fatores de natureza política e econômica extraprocessuais sobreponham-se ao interesse estritamente subjetivo das partes.⁶¹

A Corte Européia, ao atestar o atendimento razoável do critério temporal evidenciado no caso *Süßmann vs. República Federal da Alemanha*, consignou que devido à importância da decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão na causa sob análise, seu impacto estendeu-se para além do pedido individual antes mesmo da sua aplicação concreta, diante do que foi considerada a prevalência da natureza política da causa sobre a respectiva realização do direito em prol do indivíduo tutelado.⁶²

Como iria servir de nítido precedente jurisprudencial para outros casos análogos (*leading case*), cuja repercussão estender-se-ia para mais de 300.000 (trezentos mil) funcionários públicos alemães, aquela Corte Constitucional houve por bem resguardar a conveniência de julgar o caso naquele contexto histórico, político e social em vista, inclusive, da então recente reunificação alemã (1991).

Reconhecido o fato de que a lentidão do processo foi mais marcante quando se encontrava sob a apreciação e julgamento do Tribunal Constitucional, a especialidade da causa e sua repercussão política atuaram como verdadeiros elementos excludentes da responsabilidade objetiva judicante quanto à correspondente aferição temporal.

Estabeleceu, então, o Tribunal Europeu que, embora a obrigação de examinar casos em tempo razoável aplique-se também a uma Corte Constitucional, quando assim empregada, não podem ser utilizados os mesmos parâmetros avaliatórios referentes a tribunais de natureza ordinária. Seu papel de guardião da Constituição faz com que seja particularmente necessário ao Tribunal Constitucional, por vezes, levar em conta outras ponderações, além da mera ordem cronológica, tais quais a natureza da causa e sua importância em termos políticos e sociais.⁶³

Excepcionalíssimos aspectos econômicos, em conjunto, podem vir a justificar a demora da prestação estatal, quando as consequências de uma eventual crise incidam, direta ou imediatamente, no extraordinário acúmulo de causas nos tribunais nacionais, desde que haja correspondência entre os períodos cotejados.

Após afirmar que a duração do litígio estava também motivada pela larga extensão do julgamento de determinados temas suscitados por iniciativa do próprio requerente, com relação aos quais deve ele suportar as respectivas conseqüências,⁶⁴ foi considerado pela Corte Européia, quando do julgamento do caso *Buchholz vs. República Federal da Alemanha*, que não se pode desconsiderar o fato de as dilações verificadas perante o tribunal nacional terem acontecido em um período de transição, marcado por um crescimento significativo do volume de lides resultante de uma deterioração da situação econômica geral.⁶⁵

Em face da direta repercussão da grave crise econômica no agigantamento da quantidade de conflitos trabalhistas submetidos aos tribunais especializados alemães, concluiu a Corte Européia pela razoabilidade das dilações ocorridas na apreciação e julgamento da pretensão laboral então deduzida.

Às exceções, no entanto, deve aplicar-se restritiva exegese, sob pena de convertê-las em regra.

As normas relativas à hermenêutica da Convenção Americana sobre Direitos Humanos constam no correspondente artigo 29, diante do qual “nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista”.

Em vista disso, não há de alçar *status* capaz de justificar a demora da causa o mero acúmulo de trabalho do órgão julgador, na medida em que, caso assim se considere, fadada ao insucesso seria toda e qualquer tentativa de aferição temporal da tutela do Estado e, via de conseqüência, vigente, mas ineficaz seria a norma protetiva do direito fundamental ao processo célere positivada nos tratados internacionais de direitos humanos.

A análise da jurisprudência internacional, por outro prisma, leva a concluir no sentido de que um acúmulo temporário das demandas não desvincula a responsabilidade de as autoridades estatais providenciarem um remédio jurídico suficientemente eficaz para lidar com essa situação excepcional.⁶⁶

5. CONCLUSÃO

Posto isso, conclui-se que a eficácia da prestação judicante não se restringe a formas abstratamente delineadas pela Lei, mas possui estreito liame com sua versão concretizada no mundo real, verificável, portanto, à luz do princípio da efetividade que é norte próprio do direito internacional público.

Diante de tal premissa, a suficiente celeridade do processo, cujo atestado é extraído caso a caso, somente pode ser apreciada a partir de seus critérios analíticos (complexidade da causa, condutas do jurisdicionado e das autoridades estatais) e de determinados fatores exógenos à relação jurídico-processual, tais quais a importância da causa para o requerente e a repercussão política, econômica e social do processo no âmbito da sociedade circundante.

A teleologia estatal na contemporaneidade passa, necessariamente, pelo prisma do atendimento dos diversificados compromissos institucionais feitos aos legitimadores da vontade político-constitucional, que no Estado Democrático de Direito centra-se no cidadão-pessoa humana. Nesse aspecto, uma tutela jurisdicional eficaz situa-se dentre os elementos promotores dos valores magnos de justiça e paz social, tão caros ao desenvolvimento humano como fator de liberdade.

BIBLIOGRAFIA

- BEDAQUE, J. R. dos S. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.
- CAPPELLETTI, M. El Proceso como Fenómeno Social de Masa. In _____. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Versão espanhola de Santiago Sentís Melendo; Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, pp. 131-138. Original italiano.
- _____. Por una Nueva Justicia del Trabajo. In _____. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Versão espanhola de Santiago Sentís Melendo; Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, pp. 241-266. Original italiano.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3.
- CLEMENTS, L. J.; MOLE, N.; SIMMONS, A. *European Human Rights: Taking a Case under the Convention*. Londres: Sweet & Maxwell, 1999.
- CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Bock *versus* República Federal da Alemanha. Sentença deliberada nas sessões de 21 de novembro de 1988 e 21 de fevereiro de 1989. Lida na audiência pública de 29 de março de 1989, em Estrasburgo. Série A, n. 150.
- _____. Caso Buchholz *versus* República Federal da Alemanha. Sentença deliberada nas sessões de 28 de janeiro e 22 de abril de 1981. Lida na audiência pública de 6 de maio de 1981, em Estrasburgo. Série A, n. 42.
- _____. Caso Capuano *versus* Itália. Sentença deliberada nas sessões de 31 de janeiro e 19 de maio de 1987. Lida na audiência pública de 25 de junho de 1987, em Estrasburgo. Série A, n. 119.
- _____. Caso Eckle *versus* República Federal da Alemanha. Sentença deliberada nas sessões de 23 e 24 de março e 23 de junho de 1992. Lida na audiência pública de 15 de julho de 1992, em Estrasburgo. Série A, n. 51.
- _____. Caso Johansen *versus* Noruega. Sentença deliberada nas sessões de 26 de janeiro e 27 de junho de 1996. Lida na audiência pública de 7 de agosto de 1996, em Estrasburgo. Reports 1996-III.
- _____. Caso König *versus* República Federal da Alemanha. Sentença deliberada nas sessões de 18 e 19 de novembro de 1977 e de 29 a 31 de maio de 1978. Lida na audiência pública de 28 de junho de 1978, em Estrasburgo. Série A, n. 27.
- _____. Caso Nibbio *versus* Itália. Sentença deliberada nas sessões de 28 de outubro de 1991 e 24 de janeiro de 1992. Lida na audiência pública de 26 de fevereiro de 1992, em Estrasburgo. Série A, n. 228-A.
- _____. Caso Pretto e Outros *versus* Itália. Sentença deliberada nas sessões de 24 de março e 25 de outubro de 1983. Lida na audiência pública de 8 de dezembro de 1983, em Estrasburgo. Série A, n. 71.
- _____. Caso Ringeisen *versus* Áustria. Sentença deliberada em sessão privativa. Série A, n. 13.
- _____. Caso Süßmann *versus* República Federal da Alemanha. Sentença deliberada nas sessões de 26 de abril e 31 de agosto de 1996. Lida na audiência pública de 16 de setembro de 1996, em Estrasburgo. Reports 1996-IV.
- _____. Caso X. *versus* França. Sentença deliberada nas sessões de 25 de janeiro e 24 de março de 1992. Lida na audiência pública de 31 de março de 1992, em Estrasburgo. Série A, n. 234-C.
- _____. Caso Zimmermann e Steiner *versus* Confederação Suíça. Sentença deliberada nas sessões de 25 de janeiro e 20 de junho de 1983. Lida na audiência pública de 30 de julho de 1983, em Estrasburgo. Série A, n. 66.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Blake *versus* Guatemala. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Série C, n. 36.
- _____. Caso Paniagua Morales e Outros *versus* Guatemala. Sentença de 8 de março de 1998. Série C, n. 37.
- _____. Caso Suárez Rosero *versus* Equador. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C, n. 35.
- _____. Caso Velásquez Rodríguez *versus* Honduras. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C, n. 4.
- DINAMARCO, C. R. *A Instrumentalidade do Processo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- _____. *A Reforma da Reforma*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

EMMERSON, B.; DIXON, E. Right to a Fair Trial. In HILL, L. L. of H.; PANNICK, D. (ed.). *Human Rights Law and Practice*. Londres-Edimburgo-Dublin: Butterworths, 1999, pp. 133-160.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HOBSBAWN, E. *Era dos Extremos: O Breve Século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

MIRANDA, P. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo 1: arts. 1º a 45. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

REID, K. *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998.

ROBERTSON, A. H.; MERRILLIS, J. G. *Human Rights in Europe: A Study of the European Convention on Human Rights*. 3ª ed. Manchester-New York: Manchester University Press, 1996.

TREPAT, C. R. *La Eficacia Temporal del Proceso: El Juicio sin Dilaciones Indebidas*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997.

TROLLER, A. L'Influence de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse sur les Droits des Parties devant les Tribunaux Cantonaux en Matière de Procédure Civile. In CAPPELLETTI, M.; TALLON, D. (ed.) *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Studies in National, International and Comparative Law*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1973, pp. 623-638.

WATANABE, K. *Da Cognição no Processo Civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000.

NOTAS

1. HOBBSAWN, E. *Era dos Extremos: O Breve Século XX: 1914-1991*. Trad. Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 15.
2. BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 481.
3. CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 12.
4. Seja o termo “processo” entendido em seu sentido lato, como sendo “o conjunto de atos concatenados dirigidos à determinação concreta de direitos e obrigações, por intermédio de específica tutela estatal administrativa e/ou jurisdicional”.
5. Promulgado pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26 de maio de 1992. Carta de Adesão depositada pelo Brasil na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos – OEA, em 25 de setembro de 1992.
6. “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, **em um prazo razoável**, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela”. [grifo nosso]
7. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Suárez Rosero *versus* Equador. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C, n. 35, §72.
8. ROBERTSON, A. H.; MERRILLIS, J. G. *Human Rights in Europe: a Study of the European Convention on Human Rights*. 3ª ed. Manchester-New York: Manchester University Press, 1996, p. 101.
9. TREPAT, C. R. *La Eficacia Temporal del Proceso: El Juicio sin Dilaciones Indebidas*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, p. 78.
10. BEDAQUE, J. R. dos S. *Direito e Processo: Influência do Direito Material sobre o Processo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pp. 51-52.
11. CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1, p. 76.
12. MIRANDA, F. C. P. de. *Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo I*: arts. 1º a 45. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 71.
13. WATANABE, K. *Da Cognição no Processo Civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 37.
14. *Ibid.*, p. 47.
15. *Ibid.*, pp. 111-112.
16. *Ibid.*, p. 125.
17. REID, K. *A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*. Londres: Sweet & Maxwell, 1998, p. 112.
18. “O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência; quando ocorrer a revelia” (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, código de processo civil, art. 330, *caput*, I e II, com redação dada pela Lei n. 5.925, de 1º de outubro de 1973).
19. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, código de processo civil, art. 334, I, II, III e IV.
20. “O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa” (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, código de processo civil, art. 46, parágrafo único, com redação dada pela Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994).
21. CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Pretto e Outros *versus* Itália. Sentença deliberada nas sessões de 24 de março e 25 de outubro de 1983. Lida na audiência pública de 8 de dezembro de 1983, em Estrasburgo. Série A, n. 71, §§32 e 37.
22. Trata-se da antiga Comissão Européia de Direitos Humanos, instituída pela redação originária da CEPDHLF, cujas atribuições institucionais foram suprimidas pelo Protocolo n. 11, de 1998.
23. CORTE EUROPÉIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Ringeisen *versus* Áustria. Sentença deliberada em sessão privativa. Série A, n. 13, §110.
24. CF/88, art. 98, I.
25. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, art. 3º, *caput*, I, e §1º, II.
26. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, consolidação das leis do trabalho, art. 852-A, inserido pela Lei n. 9.957, de 12 de janeiro de 2000.

27. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, consolidação das leis do trabalho, art. 852-C, inserido pela Lei n. 9.957, de 12 de janeiro de 2000.
28. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, consolidação das leis do trabalho, art. 852-B, III, inserido pela Lei n. 9.957, de 12 de janeiro de 2000.
29. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Eckle versus República Federal da Alemanha*. Sentença deliberada nas sessões de 23 e 24 de março e 23 de junho de 1992. Lida na audiência pública de 15 de julho de 1992, em Estrasburgo. Série A, n. 51, §82.
30. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Nibbio versus Itália*. Sentença deliberada nas sessões de 28 de outubro de 1991 e 24 de janeiro de 1992. Lida na audiência pública de 26 de fevereiro de 1992, em Estrasburgo. Série A, n. 228-A, §18.
31. MIRANDA, P. Op. cit., p. 51.
32. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Capuano versus Itália*. Sentença deliberada nas sessões de 31 de janeiro e 19 de maio de 1987. Lida na audiência pública de 25 de junho de 1987, em Estrasburgo. Série A, n. 119, §28.
33. Id.
34. TREPAT, C. R. Op. cit., p. 89.
35. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C, n. 4, §167.
36. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Paniagua Morales e Outros versus Guatemala*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C, n. 37, §154.
37. EMMERSON, B.; DIXON, E. Right to a Fair Trial. In HILL, L. L. of H.; PANNICK, D. (ed.). *Human Rights Law and Practice*. Londres-Edimburgo-Dublin: Butterworths, 1999, pp. 133-160.
38. Id.
39. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Op. cit., §32.
40. CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 210.
41. “Suspende-se o processo quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa” (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, código de processo civil, art. 265, *caput*, IV, “a”).
42. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *König versus República Federal da Alemanha*. Sentença deliberada nas sessões de 18 e 19 de novembro de 1977 e de 29 a 31 de maio de 1978. Lida na audiência pública de 28 de junho de 1978, em Estrasburgo. Série A, n. 27, §110.
43. Id.
44. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 197.
45. TROLLER, A. L’influence de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse sur les droits des parties devant les Tribunaux Cantonaux en matière de procédure civile. In CAPPELLETTI, M.; TALLON, D. (Ed.). *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation: Studies in National, International and Comparative Law*. Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1973, pp. 623-638.
46. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Bock versus República Federal da Alemanha*. Sentença deliberada nas sessões de 21 de novembro de 1988 e 21 de fevereiro de 1989. Lida na audiência pública de 29 de março de 1989, em Estrasburgo. Série A, n. 150, §47.
47. TREPAT, C. R. Op. cit., p. 19.
48. DINAMARCO, C. R. *A Instrumentalidade do Processo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 268.
49. CLEMENTS, L. J.; MOLE, N.; SIMMONS, A. *European Human Rights: Taking a Case under the Convention*. Londres: Sweet & Maxwell, 1999, pp. 160-161.
50. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Johansen versus Noruega*. Sentença deliberada nas sessões de 26 de janeiro e 27 de junho de 1996. Lida na audiência pública de 7 de agosto de 1996, em Estrasburgo. *Reports* 1996-III, §88.
51. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *X. versus França*. Sentença deliberada nas sessões de 25 de janeiro e 24 de março de 1992. Lida na audiência pública de 31 de março de 1992, em Estrasburgo. Série A, n. 234-C, §47.
52. DINAMARCO, C. R. *A Reforma da Reforma*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 78.
53. Destaque-se o art. 71, da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, Estatuto do Idoso, que diminuiu a idade mínima dos beneficiários da prioridade no trâmite processual para 60 (sessenta) anos.
54. CAPPELLETTI, M. El Proceso como Fenómeno Social de Masa. In _____. *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Versão espanhola de Santiago Sentís

- Melendo; Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974, pp. 131-138. Original italiano.
55. CAPPELLETTI, M. Por una Nueva Justicia del Trabajo. *In* _____. Op. cit., pp. 241-266.
56. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Op. cit., §18.
57. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Blake *versus* Guatemala. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Série C, n. 36, §91.
58. Trata-se da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, instituída originariamente pela Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA e posteriormente disciplinada pelo Pacto de San José de Costa Rica.
59. *Ibid.*, §91.
60. *Ibid.*, §97.
61. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Zimmermann e Steiner *versus* Confederação Suíça. Sentença deliberada nas sessões de 25 de janeiro e 20 de junho de 1983. Lida na audiência pública de 30 de julho de 1983, em Estrasburgo. Série A, n. 66, §27, *in fine*.
62. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Süßmann *versus* República Federal da Alemanha. Sentença deliberada nas sessões de 26 de abril e 31 de agosto de 1996. Lida na audiência pública de 16 de setembro de 1996, em Estrasburgo. *Reports* 1996-IV, §58.
63. *Ibid.*, §56.
64. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Buchholz *versus* República Federal da Alemanha. Sentença deliberada nas sessões de 28 de janeiro e 22 de abril de 1981. Lida na audiência pública de 6 de maio de 1981, em Estrasburgo. Série A, n. 42, §63.
65. *Id.*
66. REID, K. Op. cit., p. 114.

UN ANÁLISIS ACERCA DE LA FRAGMENTACIÓN DE LOS TRATADOS MULTILATERALES A LA LUZ DEL INFORME DE 2004 DE LA COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL DE NACIONES UNIDAS



RENATO ZERBINI RIBEIRO LEÃO

Abogado; Licenciado y Maestro en Relaciones Internacionales.

Ese análisis partirá del punto concerniente al “Examen del esquema relativo al Estudio de la modificación de tratados multilaterales entre algunas de las partes únicamente (artículo 41 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)”, contenido en el Capítulo X “Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades Derivadas de la Diversificación y Expansión del Derecho Internacional”, del informe de la Comisión de Derecho Internacional -CDI-, 2004.

El derecho internacional público tiene como característica principal el hecho de ser un producto de la voluntad de los Estados. Nace, por lo tanto, del consentimiento de los Estados. Los Estados, por su vez, son libres y soberanos para manifestar ese consentimiento cuando y de la manera que les parezca y mejor les convenga a la luz de la costumbre, de los principios generales de derecho, de los tratados y de las normas internacionales ya constituidas (escritas y/ o consuetudinarias), de la jurisprudencia internacional, de las resoluciones de las organizaciones internacionales, de la doctrina, de la equidad e, incluso, de los actos unilaterales de ellos mismos, los Estados.

Los tratados, las *fuentes por excelencia de derechos y obligaciones internacionales*¹, presentan un campo conceptual interesante ya que, a la luz de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, tienen su reglamentación circunscrita a los Estados. Dice el artículo 2,1,a) de la Convención de Viena: “se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular”. Nótese que los acuerdos internacionales celebrados entre Estados y organizaciones internacionales, o entre dos o más organizaciones internacionales quedan fuera de esa

conclusión. Eso no impide, sin embargo, afirmar que por tratado se entiende un acuerdo escrito entre sujetos del derecho internacional destinados a producir efectos jurídicos entre las partes, creando derechos y obligaciones jurídicas, y conforme al derecho internacional. Según el Profesor Remiro Brotons, actualmente hay unos quinientos sujetos de derecho internacional², siendo la mitad soberanos y la otra mitad creados por los sujetos soberanos. Sin embargo, el *ius ad tractum*, o sea, la capacidad para celebrar tratados es derivada de la personalidad jurídica internacional y esa condición la ostentan los Estados y las Organizaciones Internacionales.³ La subjetividad internacional, entretanto, ya enmarca hoy además de los Estados, a las Organizaciones Internacionales y al propio Individuo como sujetos del derecho internacional⁴. No obstante, centrando nuestro análisis en la Convención de Viena, limitaremos nuestra apreciación a la subjetividad internacional de los Estados.

No cabe duda en mencionar que los tratados son las fuentes principales de las obligaciones internacionales. Los tratados bilaterales son aquellos celebrados entre dos partes y los tratados multilaterales son aquellos celebrados entre más de dos partes. A la luz del artículo 2 de la Convención de Viena y para efectos de ese comentario entenderemos como “partes” a los “Estados-partes” en un tratado internacional. A efectos del debido cumplimiento de los tratados internacionales, los Estados son guiados por principios basilares del derecho internacional. Merecen destaque el *Pacta Sunt Servanda*, o sea, las partes deben obligarse, rigurosamente, a las cláusulas de los contratos celebrados y el *Rebus Sic Stantibus*, es decir, desde que permanezcan las mismas condiciones y circunstancias originarias del tratado.⁵ Cumple subrayar que los tratados sólo obligan a los Estados que son parte en ello, esto es, a aquellos Estados que

manifestaron su consentimiento con la existencia del tratado en cuestión.

Para efectos del desarrollo de este análisis, partiremos de la idea ventilada por la lectura del ya citado artículo 2,1,a) de la Convención de Viena. De esa manera, los Estados y su consentimiento se presentan, entonces, como elementos claves y esenciales de ese estudio. Ningún acto en el derecho internacional público tendrá validez sin el consentimiento debido por parte de los Estados.

Para fomentar ese debate, la CDI ha dedicado siete párrafos de su informe de 2004 (338, 339, 340, 341, 342, 343 y 344):

“338. Para el examen del tema, el Grupo de Estudio se basó en un esquema y una presentación oral del Sr. Riad Daoudi. En el esquema se estudiaba, entre otras cosas, el contexto en que se aplicaba un acuerdo inter se a tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Convención de Viena lo que daba lugar a dos tipos de relaciones jurídicas: unas relaciones “generales” aplicables a todas las partes en el tratado multilateral y unas relaciones “especiales” aplicables a dos o más partes en el acuerdo inter se. El acuerdo inter se, pues, modifica la aplicación del tratado original sin enmendarlo. La relación entre el acuerdo general y el particular es análoga a la que existe entre la lex generalis y la lex specialis.

339. La idea principal del artículo 41 era permitir los acuerdos inter se pero asegurándose de que se preservaba la coherencia del tratado original. Las condiciones para celebrar un acuerdo inter se eran, en particular: a) la preservación de los derechos e intereses de las partes en el tratado multilateral original (véase, por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 311 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar); b) la no imposición de obligaciones o cargas adicionales a las partes en el acuerdo multilateral; y c) la preservación del objeto y el fin del tratado multilateral. Había, además, condiciones relativas a la notificación del acuerdo inter se a las demás partes y a su reacción al acuerdo.

340. En lo que se refiere a la incompatibilidad con el objeto y fin del tratado (art. 41, párr. 1b) ii)), la situación con respecto a un acuerdo inter se no parecía ser diferente de las normas aplicables en materia de reserva. Se sugirió que sería útil un criterio objetivo para determinar la admisibilidad de un acuerdo inter se. La modificación no era problemática en el caso de los tratados que establecían obligaciones

recíprocas, es decir, cuando el tratado consistía fundamentalmente en una red de relaciones bilaterales (por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 1961, y la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares, de 1963). La potestad de modificación era limitada con respecto a los tratados que enunciaban obligaciones interdependientes, y absolutas.

341. En el esquema se examinaba también la cuestión de las sanciones que entrañaba la violación del tratado multilateral por las partes en un acuerdo inter se. El texto del artículo 41 dejaba abierta dos cuestiones: el efecto jurídico de una infracción del párrafo 1 que constituyese una violación grave, y el efecto jurídico de una objeción formulada después de que se hubiera hecho la notificación a que se refiere el párrafo 2 del artículo 41. El artículo 60 de la Convención de Viena establece las condiciones de la reacción a una violación grave por las partes sin definir lo que constituye “violación grave”. Las normas sobre la responsabilidad del Estado se aplicarían al supuesto de la violación del tratado original por el acuerdo inter se.

342. El Grupo de Estudio señaló que el artículo 41 reflejaba la comprensible necesidad de que las partes permitiesen el desarrollo de la aplicación de un tratado mediante un acuerdo inter se. La relación entre el tratado original y el acuerdo inter se se podía concebirse a veces como la existente entre un estándar mínimo y el ulterior de éste. Por consiguiente, no planteaba normalmente dificultades atribuibles a la fragmentación. Las condiciones de admisibilidad de los acuerdos inter se tenían en cuenta los principios generales de derecho de los tratados tendentes a salvaguardar la integridad del tratado. Sin embargo, se señaló también que las condiciones de los acuerdos inter se no siempre guardaban relación con la naturaleza de una disposición del mismo (art. 41, párr. 1 b) ii)). Las consecuencias de los acuerdos inter se inadmisibles no estaban reguladas expresamente en el artículo 41 y debían ser analizadas más a fondo.

343. Se pusieron de relieve las diferencias semánticas entre modificación, enmienda y revisión en la aplicación del artículo 41. Aunque eran expresiones técnicamente diferentes, esas diferencias no siempre estaban claramente definidas. Una modificación, por ejemplo, a veces podía interpretarse como una propuesta de enmienda. Se sugirió que se prestara alguna atención a ello en la continuación del estudio. Se

indicó asimismo que quizá fuera útil examinar la relación entre los diferentes principios de coherencia, en particular las relaciones entre el artículo 30 (acuerdos sucesivos), el artículo 41 (modificación inter se) y el Artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas (primacía de las obligaciones de la Carta).

344. También se consideró útil estudiar más detenidamente el papel de la “notificación” de los acuerdos inter se podía desempeñar en la práctica para reducir los casos de fragmentación. De ser posible, habría que examinar la práctica de la notificación a otros Estados y de la reacción de otros Estados a esas notificaciones.

(...) “

El Profesor Manuel Diez de Velasco afirma que la enmienda y la modificación de un tratado internacional son *problemas de especial trascendencia, ya que no son de simple interpretación o aplicación de los Tratados, sino que afectan a su letra y su espíritu*. Agrega, además, que anteriormente a la Convención de Viena, la terminología aplicada era la de *revisión* y estaba prevista en el artículo 19 del Pacto de la Sociedad de Naciones: “*La Asamblea podrá, en cualquier tiempo, invitar a los miembros de la Sociedad a proceder a un nuevo examen de los Tratados que se hubieron hecho inaplicables, así como de las situaciones internacionales, cuyo mantenimiento podía poner en peligro la paz del mundo.*”⁶

El Profesor José Pastor Ridruejo, fundamentándose en el régimen de la Convención de Viena, conceptualiza a la enmienda como *el cambio en alguna o algunas disposiciones del tratado que afecta a todos los Estados partes* y se refiere a la modificación como *un acuerdo celebrado únicamente entre algunas de las partes para modificar el tratado.*⁷

El Profesor Antonio Remiro Brotóns, a la luz de la Convención de Viena, sustenta que las enmiendas abarcan *todos los cambios introducidos en las cláusulas de un tratado, sea cual sea su número y calidad, potencialmente extensibles a todas las partes en él*, en cuanto que la modificación *hace referencia al acuerdo celebrado entre algunas – no todas – las partes del tratado con el fin de alterar en sus relaciones recíprocas el régimen establecido por éste, presentando, por tanto, un alcance subjetivo limitado.*⁸

La Parte IV de la Convención de Viena trata justamente de la enmienda y modificación de los tratados. Su artículo 39 trata de la norma general concerniente a la enmienda de los tratados y establece como requisito esencial para que ella ocurra el acuerdo entre las partes. Además, la enmienda será concretizada a través del mismo procedimiento utilizado en la

celebración de los tratados y de su entrada en vigencia. Por eso la remisión del artículo 39 a la Parte II de la Convención de Viena⁹. La necesidad del acuerdo entre las partes para la materialización de las enmiendas es una clara demostración de la condición vital del consentimiento de los Estados en el derecho de los tratados.

El artículo 40 de la Convención de Viena es el que presenta las reglas específicas para una enmienda a los tratados multilaterales, desde que no haya ninguna regulación en el tratado en cuestión. Así, ante la inexistencia de una indicación expresa, todos los Estados contratantes habrán de ser notificados de la propuesta de enmienda y podrán participar en la decisión sobre las medidas a ser adoptadas con relación a tal propuesta y en la negociación y la celebración de cualquier acuerdo que tenga por objeto enmendar el tratado. Así mismo, todo Estado facultado para llegar a ser parte en el tratado original estará también facultado para llegar a ser parte en la forma enmendada de ese tratado. El Profesor Diez de Velasco, con relación a la obligatoriedad del Acuerdo anterior, sin enmiendas, y del nuevo Acuerdo, con enmiendas, hace tres distinciones a la luz del artículo 40:

“i) *Aquellos Estados que sean partes en el Acuerdo no enmendado, o principal, pero que no den su consentimiento en obligarse en el nuevo Acuerdo, seguirán rigiéndose en sus relaciones mutuas por el Acuerdo primitivo.*

ii) *Aquellos Estados que sean partes en el Acuerdo no enmendado, o principal, y además den su consentimiento en obligarse por el nuevo Acuerdo, se regirán en sus relaciones mutuas por el Acuerdo en su forma enmendada y en sus relaciones con los que no hayan dado su consentimiento por el Acuerdo en su forma original.*

iii) *Aquellos Estados que lleguen a ser Partes en el Acuerdo después de la entrada en vigor de la enmienda se regirán por el Acuerdo en su forma enmendada, salvo en sus relaciones con los Estados que no hayan aceptado la enmienda, con que se regirán por el Acuerdo en su forma original.”¹⁰*

El párrafo 338 del Informe de la CDI/2004, en su última línea, afirma que la relación entre el *acuerdo general* y el *particular* es análoga a la que existe entre la *lex generalis* y la *lex specialis*, pues el acuerdo *inter se* modifica la aplicación del tratado original sin enmendarlo. Sobre la relación entre la *lex generalis* y la *lex specialis*, me permito hacer una remisión al párrafo 308 de la Parte IV de ese mismo Informe, en la cual el Presidente de la CDI presentaba sus puntos de destaque

al estudio acerca de la función y el alcance de la norma *lex specialis*:

“308. Quinto, el Presidente señaló que había dos maneras en que el derecho tenía en cuenta la relación de una norma particular con una general. En el primer caso, la norma especial podía verse como una aplicación, profundización o actualización de una norma general. En el segundo, la norma especial se consideraba, por el contrario, como una modificación, reformulación o exclusión de la norma general (por ejemplo, la *lex specialis* es una excepción a la norma general). El Presidente insistió en que a menudo era imposible decir si una norma debía considerarse como “aplicación” o como “exclusión” de otra norma. En alguna medida esta distinción -y con ello la distinción entre la *lex specialis* como norma de interpretación y como norma de conflicto- era artificial. Ambos aspectos eran por tanto pertinentes en el estudio de la *lex specialis*. El Presidente hizo hincapié en que incluso en las situaciones en que la norma se utilizaba como técnica de solución de los conflictos, no extinguía en su totalidad la disposición jurídica general que quedaba excluida en el momento de su aplicación, pues ésta se mantendría “en un segundo plano” y afectaría a la interpretación de aquélla.”¹¹

Con relación al artículo 41 de la Convención de Viena, el objetivo analítico de este comentario, destácase su concepción acerca de la modificación de los tratados multilaterales, que está permitida mientras consista en la celebración de acuerdos para modificar a los tratados multilaterales celebrados únicamente entre algunas de las partes. Para tanto, en el párrafo 1, apartados a y b, del mismo artículo 41, está condicionada esa posibilidad a los hechos de que ya esté ella prevista en el tratado o en caso de que no haya prohibición de dicha modificación, ella no “afecte al disfrute de los derechos que a las demás partes correspondan en virtud del tratado ni al cumplimiento de sus obligaciones; y no se refiera a ninguna disposición cuya modificación sea incompatible con la consecución efectiva del objeto y del fin del tratado en su conjunto”.¹² Su párrafo 2 destaca una importante salvedad y es que “en caso previsto en el apartado a) del párrafo 1 el tratado disponga otra cosa, las partes interesadas deberán notificar a las demás partes su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado que en ese acuerdo se disponga”. Claro está que con esas normativas la Convención de Viena trata de preservar el consentimiento originario de los Estados partes del momento de la celebración del tratado y que cualquier

alteración que venga, por ventura, a ser llevada a cabo en el cuerpo del tratado *a posteriori*, independiente del número de Estados involucrados en la modificación, deberá pasar por el criba de todos los Estados partes en dicho tratado.

Así, en consonancia con lo mencionado en el párrafo anterior, concuerdo con el contenido del párrafo 339 del informe de la CDI/2004, subrayando que es cierto que las tres condiciones para celebrar un acuerdo *inter se* - (a) la preservación de los derechos e intereses de las partes en el tratado multilateral original; b) la no imposición de obligaciones o cargas adicionales a las partes en el acuerdo multilateral; y c) la preservación del objeto y el fin del tratado multilateral) - se hacen presentes para posibilitar su existencia, asegurándose la preservación de la coherencia del tratado original y, de ese modo, garantizando el *Pacta Sunt Servanda*.

El Informe, en su párrafo 340, hace referencia a que cuando se trata de un acuerdo *inter se*, la temática involucrando incompatibilidad con el objeto y fin del tratado es similar con la normativa aplicable en el caso de las reservas. La Convención de Viena entiende por reserva “una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.¹³ La reglamentación de las reservas se ubica en la sección segunda de la misma Convención de Viena, en cuyo artículo 19, apartado c, está estipulada la prohibición de formular reservas en caso de que esas sean incompatibles con el objeto y fin del tratado.

La Profesora Rosa Riquelme Cortado alerta para el hecho de que lo que hace la Convención de Viena en lo tocante a la necesidad imperativa de la compatibilidad de la reserva con el objeto y fin del tratado es repetir el principio afirmado por la Corte Internacional de Justicia en su dictamen de 1951 sobre las *Reservas a la Convención de genocidio*. En ese dictamen la CIJ “desterró el principio de aceptación unánime de las reservas en aras de primar la universalidad de los tratados multilaterales generales, pero tratando de preservar su integridad mediante la imposición de un límite general a la facultad de formular reservas, su compatibilidad con el objeto y fin del tratado, con su esencia, su razón de ser.”¹⁴

En lo tocante a la limitación de la modificación con respecto a los tratados que ventilaban obligaciones interdependientes y absolutas, pienso que en esos casos es prácticamente imposible formular reservas y/o modificaciones en los tratados multilaterales sin que esas vayan en contra del objeto y fin de dichos tratados. Por ejemplo, el cumplimiento de las normas de los

tratados de derechos humanos exige un comportamiento *erga omnes* por medio de todos los Estados parte en ese tratado, o sea, con relación a todas las partes en el Tratado. Creo, por lo tanto, que formular reservas y/o modificaciones a los tratados de derechos humanos, o a un tratado de cualquier una de las tres ramas de la protección internacional de la persona humana (derecho humanitario, derecho de los refugiados y derechos humanos), es contrario a su objeto y fin por la propia naturaleza de esas ramas del derecho internacional.

Diferente es el caso, como el propio Informe menciona, en aquellos tratados establecedores de obligaciones recíprocas, esencialmente, en el caso de los tratados bilaterales. En dichos tratados las modificaciones no son problemáticas pues el asunto concierne exclusivamente a las partes implicadas, o sea, es un tema de *res inter alios acta*.

Los párrafos 341, 342 y 343 dedican parte de su análisis a la sensible discusión de las sanciones en caso de violación de un tratado multilateral y de la posibilidad de un mayor desarrollo de la aplicación de un tratado mediante un acuerdo *inter se*. Pienso que en ese punto la CDI trata de averiguar y buscar subsidios acerca de la violación al objeto y fin del tratado como una violación grave, a partir de las condiciones impuestas por el artículo 60 de la Convención de Viena para el establecimiento de esa condición.

Más allá de lo estipulado en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre el concepto de violación grave, recurriremos al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, de la Comisión de Derecho Internacional - CDI - de las Naciones Unidas¹⁵, para entender lo que viene a ser una violación grave. El artículo 40, párrafos 1 y 2, del Proyecto de Artículos es el que busca definir violación grave:

“Artículo 40 – Aplicación de este capítulo:

1. El presente capítulo se aplicará a la responsabilidad internacional generada por una violación grave por el Estado de una obligación que emane de una norma imperativa de derecho internacional general.
2. *La violación de tal obligación es grave si implica el incumplimiento flagrante o sistemático de la obligación por el Estado responsable.*”

Dicho artículo 40 del Proyecto mencionado en el párrafo anterior establece, entonces, dos criterios para distinguir las violaciones graves de otros tipos de violaciones: la obligación violada tiene que ser de una

norma imperativa de derecho internacional general y haber sido de carácter grave. Aunque este Proyecto no es todavía una realidad, los conceptos en él contenidos sirven de parámetros de aplicación en el derecho internacional y nos dan una muestra segura del entendimiento conceptual de muchas definiciones propias del campo de la responsabilidad internacional del Estado.

La lectura del artículo 60 de la Convención de Viena es clara al afirmar que *un rechazo del tratado no admitido por la Convención y la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado* constituyen violación grave de un tratado. De ahí podrían ocasionar la terminación o la suspensión de un tratado de acuerdo a lo estipulado en ese artículo. Sin embargo, si el acuerdo *inter se* viola gravemente el tratado original que resguardaba una norma imperativa de derecho internacional general, es de nuestra opinión que nada impide que recaigan sobre los Estados celebrantes de dicho acuerdo las normas guardianas de la responsabilidad internacional. Los acuerdos *inter se* deben obedecer, conforme dice el párrafo 342 del Informe, los principios generales del derecho de los tratados para que el tratado original en cuestión esté salvaguardado en su integridad.

La relación que enmarca tanto a los derechos y deberes de los Estados partes en tratados sucesivos concernientes a la misma materia, como a los acuerdos para modificar tratados multilaterales entre únicamente algunas de las partes, deberá acontecer a la luz de las normas y principios del derecho internacional general, incluyendo ahí la observación cabal del artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, la primacía de las normas y principios de la Carta de San Francisco sobre cualquier otro tratado internacional ratificado por un Estado miembro de la ONU cuyas normas estén en conflicto con las obligaciones de ésta.

Finalizo concordando expresamente con el párrafo 344 del Informe. La notificación de los acuerdos *inter se* es un importante medio para reducir los casos de fragmentación. Al notificar a las demás partes interesadas su intención de celebrar el acuerdo y la modificación del tratado, conforme lo estipulado en el artículo 41, párrafo 2 de la Convención de Viena, las partes involucradas en el acuerdo *inter se* darán a conocer su intención de llevar a cabo un acuerdo entre ellas únicamente, lo cual permitirá a los otros Estados partes en el tratado manifestar o no su acuerdo en ello, lanzar o no comentarios a respecto, hechos por los cuales se evitarían muchos conflictos normativos y casos de fragmentación en los tratados multilaterales.

NOTAS

1. REMIRO BROTONS, Antonio y otros, *Derecho Internacional*, Madrid: McGraw-Hill, 1997, p.181.
2. “En efecto, en la medida en que la subjetividad internacional ha ido dejando de ser considerada como una pertenencia de la soberanía para ser concebida como un procedimiento de atribución de derechos y obligaciones dentro de un ordenamiento jurídico determinado, la sociedad internacional se ha abierto a otros sujetos que, como advirtió la CIJ en su opinión relativa a las Reparaciones de los daños sufridos al servicio de las UN (1949), no necesariamente idénticos en cuanto a su naturaleza y estatuto.” en Antonio Remiro Brotóns y otros, *op. cit.*, p. 41.
3. REMIRO BROTONS, Antonio y otros, *op. cit.*, p. 188.
4. Con la evolución, consolidación y legitimación de la normativa de protección internacional de la persona humana no cabe más dudas acerca de la subjetividad internacional del individuo. Sobre ese tema consultar dos importantes obras del Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade: *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002 y *Tratado Internacional de Derechos Humanos*, Tomos I, II y III, Porto Alegre: Fabris, 2001, 2002 y 2003, respectivamente.
5. En el ámbito de aplicación del Principio *Rebus sic Stantibus* muchos doctrinadores sostienen la llamada Teoría de la Imprevisión, es decir, la observación del equilibrio económico y financiero. Ese principio puede ser invocado para poner fin a un tratado bilateral, para el receso de un tratado multilateral o para la parte interesada suspender la vigencia del tratado.
6. DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 14ª edición, 2004, pp. 188-189.
7. PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Madrid: UCM, 2ª edición, 1983, p. 141.
8. REMIRO BROTONS, Antonio, *op. cit.*, p. 269.
9. La Parte II de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados trata de la celebración y entrada en vigor de los Tratados.
10. DIEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit.*, p. 190.
11. Informe disponible en la página Web de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, a través de la dirección electrónica www.un.org/law/ilc/reports/2004/2004report.htm. Esa página electrónica fue accesada en 20.2.2005.
12. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, artículo 41, párrafo 1, apartado b, numerales I y II.
13. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 2, párrafo 1, apartado d.
14. RIQUELME CORTADO, Rosa, *Las Reservas a los Tratados. Lagunas y ambigüedades*, Murcia: UM, 2004, p. 137.
15. Proyecto adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en 9 de agosto de 2001.

O DESMONTE SILENCIOSO DO MODELO ABERTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS



SÍLVIA MARIA DA SILVEIRA LOUREIRO

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília; Especialista em Direito Processual pelo Instituto Superior de Administração e Economia da Amazônia/Fundação Getúlio Vargas; Professora da Universidade do Estado do Amazonas e Advogada.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1.988, elaborada no contexto de uma nova tentativa de reconstrução do Estado Democrático de Direito no Brasil, trouxe mudanças que, sob diversos aspectos, a diferenciam de todos os textos magnos anteriores, a começar pela própria estrutura da Assembléia Nacional Constituinte e pela ausência de um texto oficial preexistente para orientar as votações.

Composta por seis instâncias graduais de triagem, a Assembléia Nacional Constituinte adotou um método de decantação das propostas parlamentares e populares recebidas, dos anteprojetos e dos projetos criados nas sucessivas etapas de tramitação dos trabalhos nas subcomissões, comissões temáticas, comissão de sistematização, comissão de redação, além de discussão e votação em dois turnos pelo plenário.

Assim, animada pelo espírito inovador de grande parte dos Deputados Constituintes, a Carta Política de 1.988 foi promulgada consagrando, logo no inciso III do artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil e, no inciso II do artigo 4º, a prevalência dos direitos humanos como princípio norteador de suas relações internacionais.

No Título II seguinte, conforme sua própria denominação prenuncia, a Carta Federal de 1.988 concentra as diversas categorias de *direitos e garantias fundamentais*, priorizando-os na sistemática do texto constitucional em relação às normas sobre organização do Estado e dos três Poderes, defesa do Estado e das instituições democráticas, tributação e orçamento, ordem econômica, financeira e social.

Nesse mesmo diapasão, é digno de nota que, divergindo dos textos constitucionais precedentes, os Deputados Constituintes aboliram a superada fórmula de *declarações de direitos* para nomear o referido Título

II, aderindo assim ao entendimento moderno de que não basta o mero enunciado de um rol de direitos constitucionalmente consagrados, mas é necessário, através das garantias constitucionais, assegurar o efetivo gozo e exercício destes direitos.

Outro aspecto de forma a ser observado é que, se antes os títulos e capítulos destinados às *declarações de direitos* eram abertos por disposições acerca dos vínculos de nacionalidade e de cidadania, o Título II da Carta vigente é encabeçado pelo capítulo que trata dos direitos e deveres do indivíduo enquanto ser humano (seja nacional, seja estrangeiro) e enquanto membro de uma coletividade.

Quanto à matéria contida nesse mesmo Título II e também dispersa ao longo do texto magno vigente, é considerável a amplificação do rol de direitos e garantias fundamentais constitucionalizados. Verifica-se que, além das liberdades individuais civis e políticas clássicas, foram alçados ao texto constitucional, como normas fundamentais, direitos sociais, econômicos, culturais e ao meio ambiente, envolvendo interesses coletivos e difusos, reconhecendo-se, inclusive, os direitos de inserção social e as garantias de defesa dos grupos de minorias vulneráveis. Do mesmo modo, foram instituídos mecanismos inéditos para a garantia dos mencionados direitos, como o mandado de injunção, o *habeas data* e o mandado de segurança coletivo, apenas para citar alguns exemplos.

Enfim, cumpre destacar para os fins deste estudo que, à redação da cláusula assecuratória de direitos e garantias fundamentais implícitos ou decorrentes do regime democrático ou dos princípios adotados pela Constituição Federal, presente no Constitucionalismo brasileiro desde a Carta Republicana de 1.891, foi acrescida a previsão da incorporação ao texto constitucional das normas de proteção aos direitos humanos constantes nos tratados internacionais em que o Estado brasileiro seja parte, *in verbis*:

“Art. 5º (*omissis*)

§2º 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.”

Note-se que o referido modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, seguindo a tendência das constituições democráticas modernas européias e latino-americanas, foi inserido no texto da atual Carta de 1.988 a partir da proposta apresentada pelo Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, em conferência proferida na Subcomissão de Direitos e Garantias Individuais, na audiência pública realizada no dia 29 de abril de 1.987 e, desde então, reproduzida, com pequenas alterações textuais, em todos os anteprojetos, substitutivos e projetos de Constituição apresentados durante a Constituinte de 1.987/1.988.

Nesse sentido, as normas incorporadas através dos tratados internacionais sobre direitos humanos, devidamente ratificados pelo Estado brasileiro, tornam-se normas de natureza materialmente constitucional, possuem o mesmo *status* que as demais normas constitucionais definidoras dos direitos e garantias fundamentais inseridos na Carta de 1.988 pelo Legislador Constituinte e desta paridade normativa resulta a natureza jurídica de normas constitucionais cogentes, de aplicabilidade direta e irreformáveis.

Porém, a prática constitucional trouxe novos desafios no plano da *realização constitucional*¹. No que tange particularmente ao modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, constata-se claramente que a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do *Habeas Corpus* n. 72.131-1/RJ, em 23 de novembro de 1.995, resiste em admitir a aplicabilidade direta e imediata, como normas materialmente constitucionais, das normas incorporadas através da ratificação de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Prevalece nas teses majoritárias o entendimento no sentido da paridade normativa entre as leis ordinárias e os tratados internacionais, ainda que estes versem sobre direitos humanos, com base na suposta identidade entre os processos legislativos para a aprovação destas espécies normativas distintas.

Assim, de acordo com o entendimento consolidado, para que um tratado internacional pudesse ter força de emenda constitucional seria necessário que este fosse aprovado em dois turnos, por três quintos de votos, em cada uma das Casas do Congresso Nacional, ou seja, nos mesmos moldes do processo

legislativo de uma emenda à Constituição previsto no artigo 60 da Constituição Federal.

Enquanto se consolidava este entendimento na Supremo Tribunal Federal, apoiado quase unanimemente pela doutrina, o Congresso Nacional fazia tramitar, no âmbito da chamada Reforma do Poder Judiciário², uma proposta obscura que promoveria um verdadeiro desmonte do modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais. Ao acrescentar um parágrafo 3º ao artigo 5º o Legislador ordinário, investido de mero poder reformador, molda o texto constitucional à interpretação assentada pela Corte Suprema, desvirtuando completamente o sentido e o alcance do deste normativo. Enfim, no dia 08 de dezembro de 2.004, após mais de uma década de tramitação no Congresso Nacional, foi promulgada a Emenda Constitucional n. 45 que, dentre outras alterações e acréscimos ao texto constitucional, determinou no seu artigo 1º que o artigo 5º da Constituição Federal de 1.988 passa a vigorar com a seguinte redação³:

“Art. 5º (*omissis*)

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Posta assim preliminarmente a questão, o presente estudo objetiva precisamente o exame desse novo parágrafo 3º do artigo 5º e suas repercussões no modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, já que a parte final do parágrafo 2º do mencionado artigo não foi revogada pela mencionada Emenda Constitucional n. 45/2004.

Para tanto, esta análise será desenvolvida em três seções principais. Primeiramente, será estudado o processo de Reforma do Poder Judiciário, buscando-se em fontes primárias as possíveis motivações para a inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição. Em seguida, as questões suscitadas na seção anterior serão retomadas sob o enfoque dos elementos estático e dinâmico das constituições para indagar-se sobre a constitucionalidade da mudança introduzida pelo citado parágrafo 3º do artigo 5º. Finalmente, na terceira seção, será debatida a compatibilidade do processo de incorporação de tratados internacionais com as formalidades do processo de emendas a Constituição, imposta pelo parágrafo em comento.

Em análise última, propõe-se uma reflexão sobre os valores originariamente consagrados na Constituição Federal de 1.988 para proteção dos direitos e garantia fundamentais e o choque destes com os valores

prevalecentes de fato, evidenciado na nova sistemática de incorporação de tratados internacionais sobre direito humanos definida pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

1. O TRÂMITE DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL PARA A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO

Em 29 de março de 1.992, o Deputado Federal Hélio Bicudo apresentou à Mesa da Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição – PEC n. 096/92 com o intuito de introduzir amplas modificações na estrutura do Poder Judiciário, alterando o disposto nos artigos 93, 94, 95, 101, 102, 104, 105, 107, 111, 112, 113, 115, 122, 123, 124, 125 e 128 da então recém promulgada Constituição Federal.

Após ter aprovada sua admissibilidade perante a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação – CCJR, para a PEC em referência foi nomeado o Deputado Luiz Carlos Santos como relator. Em seguida, no dia 12 de agosto do mesmo ano, o parecer emitido pelo referido relator foi aprovado por unanimidade por aquela Comissão. Todavia, passado esse impulso inicial, a Proposta em comento sofreu, entre os anos de 1.993 e 1.995, vários arquivamentos, sendo inclusive prejudicada pelo andamento do processo de revisão constitucional, até que, finalmente, em 13 de abril de 1.995, a PEC 096/92 foi desarquivada a pedido do seu autor.

Logo em seguida, foi constituída uma Comissão Especial para sua apreciação e, já no âmbito desta Comissão, foi nomeado como relator o Deputado Jairo Carneiro, o qual, após o exame de algumas emendas recebidas, emitiu parecer favorável à proposta de emenda constitucional, apresentando um substitutivo.

Vale mencionar que a esta Proposta de Emenda Constitucional foi pensada, nesta etapa, a proposta de criação do sistema de controle externo do Poder Judiciário (PEC n. 112/95) que, por si só, já desencadeou enorme polêmica no meio jurídico brasileiro.

Decorridos três anos sem avanços significativos na apreciação da matéria, e após novo arquivamento, o processo de emenda constitucional volta a tramitar, sendo pensadas aos autos outras propostas relacionadas diretamente com o tema da reforma do Poder Judiciário, a saber: PECs n. 127/95, sobre o aumento para setenta e cinco anos da idade da aposentadoria compulsória; n. 215/95, sobre regras especiais para a aposentadoria de mulheres membros da magistratura; n. 368/96, sobre o deslocamento para a competência da Justiça Federal para o julgamento de

crimes contra os direitos humanos e n. 500/97, sobre a instituição de efeito vinculante das decisões judiciais.

Nesta fase, foi nomeado como relator o Deputado Aloysio Nunes Pereira e, por conseguinte, foi aberto prazo para a apresentação de outras emendas e findo este prazo, com a apresentação de mais quarenta e cinco emendas, o relator apresentou substitutivo, aprovando a PEC 096/92 e as demais propostas apenas e, parcialmente, a emendas apresentadas.

Em 11 de agosto de 1.999, a Proposta em curso foi novamente redistribuída, desta feita, à Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, optando a Comissão Especial por designar também sub relatorias para as seguintes áreas setoriais: estrutura e competência do Supremo Tribunal Federal e da Justiça Federal; fiscalização e controle do Poder Judiciário; súmulas vinculantes; acesso à justiça e direito à sentença, e, finalmente, direitos, garantias e disciplina dos magistrados, Tribunais e juízes especiais.

Ocorre, porém, que, no bojo desta vastíssima reforma do Poder Judiciário, surge, no substitutivo apresentado pela Relatora Zulaiê Cobra Ribeiro, o seguinte dispositivo, a ser acrescentado ao artigo 5º da Carta vigente:

“§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, **condicionada à aplicação pela outra parte.**” (destacou-se).

Do exame dos autos da proposta de emenda em estudo, infere-se que o dispositivo acima transcrito foi incluído no substitutivo da Relatora, muito provavelmente, por meio de sugestão encaminhada àquela relatoria, reforçado tal entendimento pelas seguintes evidências:

- a) Em primeiro lugar, a proposta de emenda constitucional original não previa a alteração ou inclusão de nenhum dos dispositivos do artigo 5º, restringindo-se aos artigos referentes ao Poder Judiciário;
- b) Em segundo lugar, na consulta realizada aos volumes de emendas apresentadas perante a Comissão Especial não foi encontrada qualquer emenda parlamentar no sentido de promover modificações na redação do artigo 5º, ainda que tivesse sido rejeitada, total ou parcialmente;
- c) Ademais, o primeiro substitutivo apresentado com base nas emendas acima referidas – PEC n. 096/92-A – manteve a mesma matéria de mérito da proposta de emenda constitucional originária;

- d) Enfim, quando o projeto foi redistribuído para a relatoria da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, não havia mais prazo para apresentação de emendas parlamentares, no entanto, consoante com o que consta do relatório, “a Comissão abriu prazo para discussão e recebimento de sugestões, com vistas à elaboração do parecer”.

É válido esclarecer que a consulta às emendas parlamentares oferecidas no âmbito da Comissão Especial para o exame da proposta de Reforma do Poder Judiciário foi feita diretamente nos volumes encadernados desta parte inicial do processo, no Setor de Arquivo da Câmara dos Deputados, uma vez que as referidas emendas não foram publicadas no Diário da Câmara dos Deputados.

Constatada a inclusão do dispositivo em foco apenas no substitutivo apresentado pela Relatora, julgou-se desnecessário prosseguir no exame das emendas parlamentares oferecidas em Plenário, disponíveis na Mesa da Câmara dos Deputados.

Finalmente, cumpre registrar a obscuridade que envolve o normativo em apreço. Encoberto por uma massa de discussões sobre temas completamente discrepantes, não há registro de nem uma linha sequer de debate a respeito deste parágrafo 3º que veio dar uma nova feição ao modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais. Trata-se, portanto, de um dispositivo praticamente clandestino no texto da Reforma do Poder Judiciário, pois no mencionado relatório não há qualquer registro a respeito da inclusão desse novo parágrafo 3º ao artigo 5º, seja quanto à procedência desta proposta, seja quanto a sua justificativa e discussão do seu texto.

Diante deste fato, após cautelosa reflexão e com fundamento nos dados coletados, transparece que o mencionado dispositivo inserido pelo substitutivo da Relatora, tal como outros constantes do mesmo substitutivo e expressamente justificados no respectivo relatório, decorre da influência do entendimento jurisprudencial consolidado nas teses majoritárias do Supremo Tribunal Federal.

Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, em 1.977⁴, afirma a paridade normativa entre as leis ordinárias e os tratados internacionais. Este Recurso Extraordinário versava sobre a controvérsia entre a Lei Uniforme de Genebra sobre Letra de Câmbio e Nota Promissória, ratificada pelo Brasil e o posteriormente editado Decreto Lei n. 427/69, que instituiu a obrigatoriedade de registro de nota promissória em repartição pública, sob pena de nulidade, condição esta que não estava previsto como requisito de validade daquela cambial na lei genebrina. Prevalecendo o direito interno brasileiro, este acórdão alterou totalmente a jurisprudência anterior da Corte

Suprema, ainda que esta reconhecesse as conseqüências internacionais do descumprimento das obrigações assumidas através de um tratado.

Esse mesmo entendimento voltou a ser reproduzido no julgamento do *Habeas Corpus* n. 72.131, em 23 de novembro de 1.995⁵, quando o Plenário do Supremo Tribunal Federal reafirma a paridade normativa entre leis ordinárias e tratados internacionais ainda que estes versem sobre normas de proteção internacional dos direitos humanos, como *in casu*, a aparente contradição entre o inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal e o parágrafo 7º do artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos na questão da prisão civil do depositário infiel em contratos de alienação fiduciária em garantia.

Finalmente publicado em 1º de agosto de 2.003, a íntegra do acórdão acima referido permite analisar que, desde então, na parte final do voto do Ministro Moreira Alves suscitava-se a idéia da necessidade de um processo formal de emenda à constituição para que um tratado internacional viesse a ter força normativa constitucional, esvaziando, através deste e de outros argumentos, o sentido da parte final do parágrafo 2º do artigo 5º, conforme se passa a transcrever:

“Por fim, nada interfere na questão do depositário infiel em matéria de alienação fiduciária a Convenção de San José da Costa Rica, por estabelecer, no §7º do seu artigo 7º. Que ‘Ninguém ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar’. **Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária** (o que ficou mais evidente em face de o **artigo 105, III** da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), **não se lhes aplicando quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1.988, o disposto no artigo 5º, §2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por maio de ratificação de tratado**. Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse §7º do artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LVII⁶ da nossa atual Constituição (e note-se que essas exceções se sobrepõem ao direito fundamental do devedor em não suscetível de prisão civil o que implica

em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário), até para o efeito de revogar por interpretação inconstitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre a prisão civil do depositário infiel, e isso sem ainda se levar em consideração que, **sendo o artigo 7º, §7º, dessa Convenção norma de caráter geral**, não revoga ele o disposto, em legislação especial, como é a relativa à alienação fiduciária em garantia, no tocante à sua disciplina do devedor como depositário necessário, suscetível de prisão civil se se tornar depositário infiel. E a tudo o já dito se pode, também, acrescentar que este §7º deve ser interpretado com a prudente ressalva constante do **§2º do mesmo artigo 7º** dessa Convenção que estabelece, sem distinção prisão penal de prisão administrativa ou de prisão civil que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física SALVO PELAS CAUSAS E NAS CONDIÇÕES PREVIAMENTE FIXADAS PELAS CONSTITUIÇÕES POLÍTICAS DOS ESTADOS-PARTES OU PELAS LEIS DE ACORDO COM ELAS PROMULGADAS.” (destacou-se)

Após a fixação deste entendimento em Plenário, nos acórdãos proferidos pela Primeira Turma, sob a relatoria do Ministro Moreira Alves, particularmente nos Recursos Extraordinários n. 253.071-9/GO e n. 307.571-3/MG, repete-se, com clareza, a idéia do dispositivo a ser introduzido pelo pacote de reformas do Poder Judiciário, através do parágrafo 3º do artigo 5º, com a certeza de sua aprovação.

Válido é transcrever parte da Ementa dos mencionados Recursos Extraordinários, extraída de trechos do voto do citado Ministro Relator, idêntica em ambos os julgados:

“É de observar-se, por fim, que o §2º do artigo 5º da Constituição não se aplica aos tratados internacionais sobre direitos e garantias fundamentais que ingressaram em nosso ordenamento jurídico após a promulgação da Constituição de 1.988, e **isso porque ainda não se admite tratado internacional com força de emenda constitucional**”. (destacou-se).

Ora, diante desses argumentos, revela-se o distanciamento entre os valores defendidos pelo intérprete máximo da Constituição e pelo Legislador Constituinte ao se dar prevalência ao *direito fundamental dos credores de depósito convencional* em detrimento do direito fundamental de liberdade dos devedores destas obrigações de natureza civil. Originariamente, a Carta de 1.988 estabeleceu regimes jurídicos diferentes para os tratados internacionais clássicos ou tradicionais que versem sobre relações

entre Estatais e/ou organizações internacionais e para os tratados internacionais sobre proteção dos direitos humanos. Este último tem sede constitucional própria, na parte final do parágrafo 2º do artigo 5º, dado às características especiais destes instrumentos internacionais de proteção e às consequências jurídicas resultantes do ato de ratificação pelo Brasil.

Dessa forma, como é possível conceber uma norma constitucional da envergadura da cláusula final do parágrafo 2º do artigo 5º ser tratada nos moldes das disposições constitucionais transitórias inserida apenas para regulamentar situações constitucionais pretéritas, ainda mais quando é sabido que os principais instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, foram ratificados pelo Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1.988⁷.

A levar a sério tal argumento, poder-se-ia afirmar então que os poucos tratados ratificados pelo Brasil antes de 1.988, como por exemplo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (ratificada em 27/03/1.968), a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ratificada em 1º/02/1.984) e a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulheres (ratificada em 13/08/1.963) incorporam normas internacionais de proteção dos direitos humanos com o mesmo *status* de normas constitucionais fundamentais.

Ademais, se a Constituição Federal não menciona a necessidade de um processo de emenda para a incorporação de tratados internacionais sobre direitos humanos com *status* de normas constitucionais, seja nas competências dos Poderes Executivo e Legislativo, seja no próprio artigo 60 que trata deste tipo de processo legislativo, nada autorizaria exigí-lo, sobretudo diante da disposição final do parágrafo 2º do artigo 5º.

Inobstante, contudo, em 18 de novembro de 1.999, a Comissão Especial da Câmara dos Deputados aprovou o substitutivo, alterado por destaques, da Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro.

Note-se que a redação final do primeiro turno de votação na Câmara Federal, dada a PEC n. 096/92-B, modificou o parágrafo 3º a ser adicionado no artigo 5º apenas no sentido de retirar-lhe a aberrante parte final do dispositivo, a qual, conforme transcrito e destacado acima, condicionava a aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, multilaterais em regra, à reciprocidade. Ora, este instituto é peculiar aos tratados internacionais clássicos que regulam os interesses inter-estatais. Nos tratados internacionais sobre direitos humanos, por sua vez, predomina a idéia de *ordre public*, com obrigações *erga omnes*⁸.

Saliente-se, ademais, que da redação do vencido em primeiro turno (PEC n. 096/92-C), passando pela redação para o segundo turno de votação (PEC n. 096/92-D) e após a redação final dada pela votação em segundo turno (PEC n. 096/92-E), até sua remessa ao Senado Federal, em 30 de junho de 2.000 (renumerada como PEC n. 29/00), o texto do parágrafo 3º em destaque não sofreu nenhuma outra alteração, nem tampouco foi registrada qualquer discussão a respeito.

No Senado Federal, a proposta de emenda constitucional sob enfoque foi relatada pelo Senador Bernardo Cabral, na Comissão de Constituição e Justiça, o qual manteve no texto aprovado, em 28/11/2.001, a redação do parágrafo 3º do artigo 5º sem alterações e sem comentários.

Daí em diante o quadro é o mesmo, da preparação para o primeiro turno de discussão e votação no Plenário desta Casa até o texto básico da Reforma do Poder Judiciário, constante da Emenda n. 240-CCJ, que foi aprovado em 07/07/2.004, na forma de substitutivo apresentado pelo novo Relator, Senador José Jorge, o parágrafo 3º do artigo 5º proposto constava como item passível de ir à promulgação, após a aprovação em segundo turno, mantida a mesma redação, o que de fato ocorreu em 08/12/2.004.

Portanto, ainda que fossem relevados todos os aspectos de mérito da inserção do parágrafo em questão, não se promoveu, no contexto desta Reforma, uma única sessão de discussão séria e atenta a respeito do sistema constitucional de integração entre as normas provenientes dos tratados internacionais de direitos humanos e a Constituição Federal de 1.988. O Congresso Nacional, envolvido no debate da verdadeira matéria de fundo da proposta de Reforma do Poder Judiciário, perde, mais uma vez, a oportunidade para o aperfeiçoamento da mecânica de integração entre os planos nacional e internacional na questão dos direitos humanos. Lamentavelmente, aproveitou-se a oportunidade, sim, para promoção de um verdadeiro desmonte silencioso do modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

2. OS ELEMENTOS ESTÁTICO E DINÂMICO NAS CONSTITUIÇÕES

Ao iniciar-se esta segunda seção é necessário ter-se em conta que, nas palavras de Uadi bulos:

“(…) a vida constitucional dos Estados desenvolve-se perante dois elementos, aparentemente contraditórios: o estático e o dinâmico. O elemento estático consigna uma exigência indispensável à segurança jurídica, e

evitando, ao menos em tese, a instabilidade institucional, procura salvaguardar os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana; o elemento dinâmico propicia a adequação das constituições às exigências do progresso, da evolução e do bem-estar social.”⁹

Consoante consignado na seção precedente, a idéia de condicionar à aprovação por três quintos de votos em dois turnos de discussão e votação nas duas Casas do Congresso Nacional para obter-se reconhecimento do *status* de normas materialmente constitucionais daquelas normas incorporadas por intermédio da ratificação de tratados internacionais sobre direitos humanos foi lançada através de interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Nesta primeira etapa da presente seção busca-se compreender, por conseguinte, os limites desta forma de mutação constitucional, manifestada através do elemento dinâmico das Constituições.

O elemento dinâmico presente nas Cartas rígidas, como a Constituição Federal de 1.988, pode ser entendido, segundo Uadi Bulos, como elemento propiciador do:

“(…) redimensionamento da realidade normativa, onde as constituições, sem revisões ou emendas, assumem significados novos, expressando uma temporalidade própria, caracterizada por um renovar-se, um refazer-se de soluções, que, muitas vezes, não promanam de reformas constitucionais.”¹⁰

Ainda de acordo com o mencionado autor, o elemento dinâmico, manifestado por meio de uma espécie de *poder constituinte difuso*, consiste,

“(…) num componente necessário para as *mudanças informais* das constituições, as quais, diferentemente do processo formal de alteração, não se revestem em moldes, limites expressos ou requisitos específicos, arrolados pelo legislador constituinte”.¹¹

Esse fenômeno decorrente de um meio difuso e informal de modificação dos textos constitucionais, sem que se altere uma palavra sequer no texto original, denomina-se mutação constitucional e pode ser desencadeado, ao longo do tempo, por intermédio da interpretação dos Tribunais, da construção jurisprudencial, dos usos e costumes, bem como da interferência de grupos de pressão, dentre diversos outros vetores.

Dentre as inúmeras modalidades de mutação constitucional, destaca-se para os fins do presente estudo a mutação constitucional *inconstitucional*

decorrente da interpretação da Carta Política pelos Tribunais por impulso de grupos de pressão.

Ainda uma vez, citando Uali Bulos,

“Diferenciados em cada sociedade, mas sempre atuantes, os grupos de pressão não são fenômenos estranhos à ordem constitucional.

Quando se aliam em defesa de determinadas posições, exercem forte influência sobre os poderes públicos, dentre os quais, vale destacar, o órgão jurisdicional, a quem compete dizer do direito, naqueles conflitos de interesse qualificados por uma pretensão resistida.

Ao exercer a jurisdição constitucional, portanto, o Judiciário interpreta a Constituição e, nesse mister, existe a possibilidade de atribuir à letra da *Lex Legum* novos sentidos, conteúdos ainda não ressaltados, mudando a substância dos comandos prescritos pelo legislador, sem afetar-lhe a forma.”¹²

Como se trata de um processo informal, difícil é encontrar os limites para a atuação deste poder constituinte difuso que provoca as mutações constitucionais. Mas,

“(…) se o ato interpretativo desvirtuar a letra das normas que embasam a Constituição, quebrando a juridicidade dos princípios informadores da ordem constituída, estamos diante de mutações inconstitucionais.

As mutações inconstitucionais destroem a vida dos preceptivos constitucionais idealizados por obra de um poder incondicionado cujo reflexo incide sobre todo o ordenamento jurídico. Os efeitos provocados por estas deformações variam em grau e em profundidade e podem contrariar a Carta Suprema em maior ou em menor extensão, sem mudar a letra de suas normas.”¹³

Portanto, diante dos fundamentos expostos no voto e nas ementas dos acórdãos anteriormente transcritos, não resta dúvidas quanto à inconstitucionalidade da interpretação conferida à parte final do parágrafo 2º do artigo 5º Da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal.

Examinando-se, em seguida, o elemento estático, nota-se que, consoante a doutrina constitucionalista, as constituições, de acordo com o critério da estabilidade, podem ser consideradas flexíveis, semi-rígidas e rígidas. As primeiras, constituições flexíveis, são aquelas que podem ser livremente modificadas pelo legislador, de acordo com o procedimento de elaboração de leis ordinárias. As constituições semi-rígidas, tal como a Constituição imperial brasileira de 1.824, é aquela

que contém preceitos constitucionais inalteráveis e o restante do texto modificável livremente. Rígidas, por sua vez, são as constituições que são modificáveis somente através de processos formalmente previstos pelo legislador originário, mais complexos que aqueles determinados para a elaboração das leis ordinárias.

Seguindo a tradição das constituições republicanas brasileiras, a Constituição Federal de 1.988 adotou a técnica da rigidez constitucional, como garantia da estabilidade do seu texto, alcançando até mesmo, em relação a determinadas matérias, a super rigidez, por meio do estabelecimento de cláusulas imodificáveis.

O principal corolário da técnica da rigidez constitucional é a determinação da supremacia formal do texto da Constituição em face das demais espécies normativas do ordenamento jurídico e desta posição hierárquica suprema defluem outros aspectos basilares, a saber:

O primeiro, é a distinção entre o poder constituinte originário e os poderes constituídos; o segundo, é a indelegabilidade das competências constitucionalmente estabelecidas; outro é a possibilidade de arguição da inconstitucionalidade de leis e outros atos normativos e, por fim, o estabelecimento de procedimentos especiais complexos para a reforma do texto constitucional.

Em consonância com as demais cartas políticas brasileiras, a Carta de 1.988 faz distinção entre duas modalidades de manifestação do poder reformador: a primeira é através do processo de Revisão Constitucional, previsto no artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e a segunda é por meio do processo legislativo de emenda à Constituição, estabelecido no artigo 60 do texto constitucional¹⁴.

A distinção entre ambos é assim definida por Edvaldo Brito:

“Esta distinção, a técnica constitucional faz, tanto pela importância dos dispositivos visados pela reforma (*emenda* os menos importantes, *revisão*, os mais), como, pela extensão (*emenda* abrange um campo menor, localizado; *revisão*, um maior).”¹⁵

Ambas modalidades desse poder de reforma, porém, são a expressão do poder constituinte derivado, sujeitas, portanto, às limitações impostas pelo Legislador Constituinte originário.

Quanto à previsão de revisão constitucional (artigo 3º do A.D.C.T.), esta sujeitou-se aos mesmos óbices de natureza material e circunstancial das emendas à Constituição, a seguir examinados, todavia, seu procedimento é mais simplificado, ou seja, para a aprovação das Emendas Constitucionais de Revisão

era necessária apenas a maioria absoluta dos votos dos membros do Congresso Nacional, reunidos em sessão unicameral. Parte da doutrina observa que o prazo de cinco anos, a partir da data da promulgação da Constituição, necessário para se efetivar o processo de revisão constitucional seria uma limitação de ordem temporal. No entanto, como se trata de norma transitória, sua aplicação exauriu sua vigência, não havendo mais possibilidade de ser reformar a Constituição por este processo, subsistindo apenas o processo legislativo de emenda, dentro dos limites formais, temporais, circunstanciais e materiais impostos, implícita ou explicitamente pelo constituinte originário.

No caso das emendas constitucionais, a doutrina aponta, no Texto de 1.988, limitações de natureza formal, circunstancial e material.

As primeiras, limitações formais, estão relacionadas com o processo estabelecido pela Constituição para a apresentação, votação e aprovação de dos projetos de emendas constitucionais (artigo 60, *caput* e parágrafos 2º, 3º e 5º). As limitações circunstanciais referem-se à vedação de se emendar a Constituição na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou de sítio, como forma de proteger a integridade constitucional em momentos de instabilidade institucional (artigo 60, parágrafo 1º). Por fim, as limitações materiais, que estabelecem um núcleo constitucional imutável, estão expressamente previstas no parágrafo 4º do artigo 60, *in verbis*:

Art. 60. (*omissis*)

(*omissis*)

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda **tendente a abolir**:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”
(destacou-se)¹⁶

É possível identificar, ainda, conforme a lição de José Afonso da Silva, limitações materiais implícitas ao poder de emenda à Constituição, a saber:

“Quanto às *limitações materiais implícitas ou inerentes*, a doutrina brasileira as vinha admitindo, em termos que foram bem expostos por Nelson de Sousa Sampaio. Há, no entanto, uma tendência a ampliar as hipóteses de limitações materiais expressas que, por certo, tem a conseqüência de não mais reconhecer-se a possibilidade de limitações materiais implícitas. É caso, por exemplo, da Constituição portuguesa

que arrolou como limites materiais de sua revisão enorme relação de matérias (art. 188). Assim também, quando a Constituição Federal enumera matérias de direitos fundamentais como insuscetíveis de emendas, há de se tomar essa postura como inadmitindo hipóteses de limitação implícita. Todavia, das quatro categorias de normas constitucionais que, segundo Nelson de Sousa Sampaio, estariam implicitamente fora do alcance do poder de reforma, as três seguintes ainda nos parece que o estão, por razões lógicas, como sejam: se pudessem ser mudadas pelo poder de emenda ordinário de nada adiantaria estabelecer vedações circunstanciais ou materiais a esse poder. São elas:

(1) ‘as concernentes ao titular do poder constituinte’, pois uma reforma constitucional não pode mudar o titular do poder que cria o próprio poder reformador;

(2) ‘as referentes ao titular do poder reformador’, pois seria deplacável que o legislador ordinário estabelecesse novo titular de um poder derivado só da vontade do constituinte originário;

(3) ‘as relativas ao processo da própria emenda’, distinguindo-se quanto à natureza da reforma, para admiti-la quando se tratar de tornar mais difícil seu processo, não aceitando quando vise a atenuá-lo.”¹⁷

Em suma, conforme anteriormente afirmado, a técnica da rigidez constitucional é apenas um artifício técnico-formal introduzido para que seja conferida maior estabilidade ao texto constitucional. Assim sendo, nas Cartas rígidas, o elemento estático proporciona às normas constitucionais sua imutabilidade, seja ela absoluta, através do estabelecimento de cláusulas constitucionais super rígidas, inalteráveis (inscritas no parágrafo 4º do artigo 60 acima transcrito), seja ela relativa, através de processos de mutação com limitações, formalmente estabelecidos pelo próprio constituinte originário. Esta imutabilidade relativa, por conseguinte, proporciona modificações através da atuação de um poder constituinte de segundo grau nos processos complexos de reforma da Constituição.

Isso posto, é de duvidosa constitucionalidade a Emenda Constitucional n. 45/2004, no que tange, particularmente, à inclusão do parágrafo 3º no artigo 5º da Carta Federal de 1.988, modificando totalmente a mecânica de incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos ao ordenamento jurídico brasileiro através do modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Por um lado, com a inserção deste novo parágrafo, *tende-se a abolir* o regime jurídico constitucional especial dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Diz-se *tende-se a abolir* porque a cláusula final do parágrafo 2º do artigo 5º não foi revogada pela Emenda Constitucional n. 45, porém, a partir de sua entrada em vigor os tratados internacionais que vierem a ser ratificados em matéria de direitos humanos, passam a ter *status* de leis ordinárias, conforme já consignava a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim, para adquirir aquela paridade normativa prevista originariamente pelo Constituinte de 1.987/1.988 os tratados internacionais em questão terão que ser submetidos ao Congresso Nacional nos moldes das propostas de emenda à Constituição, o que sem dúvida é um procedimento mais complexo.

Por outro lado, o que dizer a respeito dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil entre 05/10/1.988 e 08/12/2.004? A prevalecer a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com a inclusão do mencionado parágrafo 3º no artigo 5º da Carta de 1.988, fica desautorizado qualquer entendimento no sentido de conferir-lhes *status* de normas materialmente constitucionais fundamentais, pois estes tratados foram aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em apenas um turno de discussão e votação, com *quorum* simples. Logo, são equivalentes, segundo este entendimento, a leis ordinárias.

Foi *abolida*, portanto, do texto constitucional vigente a categoria dos direitos e garantias fundamentais incorporadas por meio da ratificação de tratados internacionais já devidamente aprovados pelo Brasil, até que estes mesmo tratados sejam reenviados para o Congresso Nacional para aprovação ou não - o que é mais preocupante - nos moldes do novo parágrafo 3º do artigo 5º.

A seguir, são relacionados, exemplificativamente, alguns dos mencionados tratados ratificados após a entrada em vigor da Carta de 1.988:

- ⇒ Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura – 25/07/1989;
- ⇒ Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos, Cruéis, Desumanos ou Degradantes – 28/09/1989;
- ⇒ Convenção sobre Direitos da Criança – 24/09/1990;
- ⇒ Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – 24/01/1992;
- ⇒ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – 24/01/1992;
- ⇒ Convenção Americana de Direitos Humanos – 25/09/1992;

- ⇒ Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – 27/11/1995;
- ⇒ Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte – 13/08/1996;
- ⇒ Protocolo à Convenção Americana referente aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – 21/08/1996;

Certamente, trata-se de um retrocesso odioso, discrepante dos textos de todas as Constituições modernas verdadeiramente assecuratória da proteção dos direitos e garantias fundamentais. Apenas para citar um exemplo próximo da realidade brasileira, observe-se o que dita o parágrafo 2º, do inciso 22 do artigo 75 da Constituição Argentina em sua nova redação:

“La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; La Declaración Universal de Derechos Humanos; La Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles e Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; La Convención Interamericana sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.”

Embora estabeleça um rol fechado de tratados internacionais protegidos pela paridade hierárquica com normas constitucionais fundamentais, a Constituição Argentina limitou o poder de denúncia de ditos tratados, retirando-o da esfera de discricionariedade do Poder Executivo. No Brasil, originariamente, era louvável a abertura que se dava a esta cláusula de integração entre os planos nacional e internacional. Porém, com a reforma em comento, além de se impor óbices procedimentais à sua aprovação equivalentes à emendas, o Congresso Nacional perde, cegamente, mais uma oportunidade de limitar o poder discricionário de denúncia do Presidente da República.

3. A INCOMPATIBILIDADE DO PROCESSO DE INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS COM O PROCESSO DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

Esta seção, visa debater, enfim, a aplicação do novo parágrafo 3º do artigo 5º, questionando-se a compatibilidade entre o processo de incorporação de tratados internacionais e o processo de emenda à Constituição.

Em face deste apego exacerbado a um procedimento formal para incorporação de direitos e garantias fundamentais provenientes de tratados internacionais, um raciocínio, a contrario sensu pode concluir que ao reformular a mecânica do modelo aberto previsto na parte final do parágrafo 2º do artigo 5º, a inclusão de um parágrafo 3º ao mesmo artigo, nos termos acima assinalados, vem a afirmar, por via transversa, que o entendimento consoante com o verdadeiro espírito da Carta de 1.988 é aquele que defende a aplicabilidade direta e imediata das normas constantes nos referidos tratados como normas materialmente constitucionais, bastando para tanto que o Brasil seja parte.

Em outras palavras, simplesmente, se as formalidades impostas pelo novo parágrafo 3º do artigo 5º fossem válidas e legítimas para a incorporação dos tratados internacionais sobre direitos humanos, estas teriam sido previstas originariamente pelo Legislador Constituinte, seja no próprio texto do parágrafo 2º do artigo 5º, seja na competência constitucional estabelecida para o Poder Legislativo para ratificar tratados, prevista em um inciso específico do artigo 49, ou seja, ainda, no processo legislativo de emenda à Constituição previsto no artigo 60..

Note-se, ademais, que em nenhum momento o legislador constituinte cogitou em exigir para a aplicabilidade dos tratados internacionais clássicos na ordem jurídica brasileira, a edição de leis ordinárias. Muito menos exigiu o legislador constituinte originário, para a categoria específica dos tratados internacionais sobre direitos humanos, um processo semelhante ao de emenda à Constituição para sua aplicabilidade como norma de *status* constitucional fundamental.

Ao contrário, o Legislador Constituinte dispôs, conforme já salientado na seção precedente, no caso dos tratados internacionais sobre direitos humanos, um regime jurídico especial para sua incorporação, previsto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Carta vigente, não

cabendo ao Legislador Constituinte Derivado impor-lhe restrições, sendo esta uma das razões pelas quais sustentou-se a inconstitucionalidade do mencionado normativo constante do artigo 1º da Emenda Constitucional n. 45/2004

Diante da realidade dos fatos, porém, resta saber como será viabilizada a aplicação deste novo dispositivo. Afigura-se-nos que duas são as possibilidades:

Em primeiro lugar, tendo em vista a interpretação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal que menciona claramente o processo de emenda à Constituição, poderia ser formulada a hipótese de que um tratado internacional deveria primeiramente ser aprovado pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República, para em seguida serem levados novamente à apreciação do Congresso Nacional sob a forma de proposta de emenda à Constituição.

Figure-se, por exemplo, que, após longos anos de negociação de uma convenção internacional sobre direitos humanos, o Poder Executivo decida assiná-la. Assumido este compromisso na ordem internacional, o texto da convenção seria enviado ao Congresso Nacional, onde tramitaria por mais alguns longos anos, até que, finalmente, fosse aprovado. Em seguida, novamente o Poder Executivo reafirmaria o compromisso internacional, desta feita com o aval do Poder Legislativo, ratificando definitivamente a convenção hipotética.

Não seria razoável, por um lado, após esta tramitação exigir que o texto de um tratado de natureza humanitária, já apreciado pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, fosse submetido a mais dois turnos de votação em cada Casa Legislativa, com nova votação, sendo aprovado apenas se obtivesse o quorum qualificado mínimo de três quintos dos votos dos parlamentares.

A prevalecer este entendimento, somente através desse duplo procedimento formal e complexo de três turnos de discussão e votação, com quorum qualificado nos dois últimos seria possível conferir *status* de norma constitucional a direitos e garantias fundamentais provenientes de tratados internacionais sobre direitos humanos, em total desacordo não apenas com o parágrafo 2º.

É possível neste caso cogitar também que embora ratificados pelo Brasil, os tratados dessa categoria específica podem vir a não ser incorporados à Constituição por haverem sido rejeitados durante o processo de emenda¹⁸, guardando apenas a posição hierárquica de leis ordinárias, de acordo com a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e sujeitando-se, por conseguinte, ao arbítrio e instabilidade do legislador comum.

Em segundo lugar, se apenas formalidades do procedimento de emenda constitucional impostas pelo

referido parágrafo 3º, ou seja, dois turnos de discussão e votação, com *quorum* de três quintos em cada Casa, fossem diretamente aplicadas no curso do processo de incorporação dos tratados internacionais, no caso, sobre direitos humanos, seria preciso compatibilizar as regras de tramitação dos procedimentos no âmbito do Congresso Nacional.

Assim, após a assinatura do tratado, com ou sem reservas, seu texto seria enviado ao Congresso Nacional, iniciando-se o trâmite com a leitura da mensagem presidencial na Câmara dos Deputados onde será discutido e votado o respectivo projeto de decreto legislativo em dois turnos. Em caso de aprovação do projeto por três quintos dos respectivos membros da Câmara dos Deputados, o referido projeto seguiria para análise no Senado Federal, igualmente em dois turnos de discussão e votação por três quintos de seus membros para ser aprovado e a seguir promulgado.

Pode ser necessária a apreciação por uma Comissão Especial, além das comissões internas envolvidas na apreciação dos tratados internacionais e salvo melhor juízo, o conteúdo do decreto legislativo será no sentido de aprovar o texto do tratado e conferir à determinadas cláusulas específicas a envergadura de norma constitucional fundamental.

Em análise última, a primeira hipótese apresentada parece adequada àqueles tratados ratificados entre 05/10/1.988 e 08/12/2.004, enquanto que a segunda, é viável para os tratados ratificados a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004.

CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou o exame do novo parágrafo 3º do artigo 5º. Acrescentado pelo artigo 1º da Emenda Constitucional n. 45 de 08 de dezembro de 2.004 e suas repercussões no modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, previsto na parte final do parágrafo 2º do mencionado artigo, não revogada pela mencionada Emenda Constitucional.

Para tanto, esta análise desenvolveu-se em três seções principais. Na primeira, foi estudado o processo de Reforma do Poder Judiciário, buscando-se em fontes primárias as possíveis motivações para a inserção do parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição. Assim, com base nos autos do processo de reforma e no acórdão que firmou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

no caso do conflito aparente entre o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal e o parágrafo 7º do artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (HC n. 72.131-1) pôde-se afirmar que o obscuro parágrafo em questão foi inserido para adequar os valores fundamentais inscritos no texto constitucional àqueles defendidos na jurisprudência da Corte Suprema.

Em seguida, as questões suscitadas na seção anterior foram retomadas sob o enfoque dos elementos estático e dinâmico das constituições, concluindo-se pela duvidosa constitucionalidade da mudança introduzida pelo citado parágrafo 3º do artigo 5º, tanto por ser inspirada em uma mutação inconstitucional introduzida pela jurisprudência da Corte Suprema, quanto por promover um verdadeiro desmonte do modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, inserido pelo Legislador Constituinte de 1.987/1.988.

Finalmente, na terceira seção, foi debatida a compatibilização do processo de incorporação de tratados internacionais com as formalidades do processo de emendas a Constituição, imposta pelo parágrafo em comento, devendo ser feita a distinção entre os tratados já ratificados, os quais deverão ser novamente submetido à aprovação do Congresso Nacional para ser equiparado à emendas constitucionais e os tratados que a partir da vigência da Emenda Constitucional n. 45/2.004 que deverão passar por um processo complexo de aprovação em dois turnos de discussão e votação com *quorum* qualificado de três quintos em cada uma das Casas Legislativas, simultaneamente ao processo de aprovação do texto do tratado..

Em análise última, foi ainda mais fragilizado, e desta feita com a chancela irresponsável do Poder Legislativo, o sistema brasileiro de proteção internacional dos direitos humanos, pois, no Brasil, ressonando as palavras do Professor Cançado Trindade, é mais fácil muda-se a letra da Constituição, no que tange até mesmo a dispositivos sobre garantias fundamentais, que mudar-se a mentalidade dos seus aplicadores¹⁹.

Por todo o exposto, somente a revogação, por outra emenda constitucional, ou a responsabilização internacional do Estado brasileiro pelo descumprimento de sua obrigação geral de proteção dos direitos humanos, poderiam vir a restaurar o modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, nos moldes do texto originário da Constituição Federal de 1.988.,

OBRAS CONSULTADAS

- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Anteprojeto Constitucional* (elaborado pela Comissão de Estudos Constitucionais). Brasília, 1.887.
- BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1.993.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. S. Paulo: Saraiva, 1.997.
- CAMPANHOLE, Adriano. CAMPANHOLE, Helton Lobo. *Constituições do Brasil*. S. Paulo: Atlas, 1.999.
- CANÇADO TRINDADE, A. A., (Org.). *A Integração das Normas de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. S. José da Costa Rica/Brasília: IIDF/ Cruz Vermelha/PNUR/Comissão da União Européia, 1.996.
- _____. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília: Edições Humanidades/UnB, 2.000.
- _____. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. S. Paulo: Saraiva, 1.991.
- _____. Memorial em prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113/118, pp. 57-94, jan/dez. 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1.991.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. *Guía sobre Aplicación del Derecho Internacional en la Jurisdicción Interna*. S. José da Costa Rica: IIDH, 1.996.
- MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma visão crítica*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2.000.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra ed., 1.993.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (coord.). *Perspectivas do Direito Público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1. 995.
- SEMINÁRIO INCORPORAÇÃO DE TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO, 1.999, São Paulo. *Revista Especial do Tribunal Regional Federal* (3ª. Região). São Paulo: IMESP.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. S. Paulo: Malheiros, 1.998.
- VEGA, Juan Carlos. GRAHAM, Marisa Adriana (Org.). *Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 1996.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: Um Ensaio sobre os Limites Materiais ao Poder de Reforma*. S. Paulo: Malheiros, 1.999.
- _____. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política*. S. Paulo: Malheiros, 2.002.

NOTAS

1. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1.999, p. 1.164.
2. PEC 96/92 na Câmara dos Deputados, renumerada como PEC n. 29/00 no Senado Federal.
3. Deve ser mencionado ainda que o artigo 5º passa a vigorar também com um novo inciso LXXVII, que consagra o direito fundamental à duração razoável do processo, um parágrafo 4º. Que afirma a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, bem como o artigo 109 ao qual foram acrescidos um inciso V-A e um parágrafo 5º. Sobre a federalização das causas sobre direitos humanos.
4. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 80.004SE. Rel. Min. Xavier de Albuquerque. Pleno. D.J. 29.12.1977.
5. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 72.131-1/RJ. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, Rel. para o Acórdão Min. Moreira Alves.. D.J. 01.08.2003
6. LXVII (N.A.).
7. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos foi ratificada em 25/09/1.992 e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, em 24/01/1.992.
8. Cfr. CANÇADO TRINDADE, A. A. *A Proteção Internacional ...* ob. cit., pp. 10-12.
9. BULOS, Uadi Lammêgo. *Mutação Constitucional*. S. Paulo: Saraiva, 1.997, p. 73.
10. BULOS, Uadi Lammêgo. ob. cit., p. 53 e p. 69.
11. BULOS, Uadi Lammêgo. ob. cit., pp. 53/54.
12. BULOS, Uadi Lammêgo. ob. cit., pp. 68/69.
13. BULOS, Uadi Lammêgo. ob. cit., p. 135.
14. Em que pese a discussão terminológica a respeito, optou-se por utilizar o termo reforma como gênero, englobando como espécies a revisão e a emenda constitucionais.
15. BRITO, Edvaldo. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1.993, p. 110.
16. A doutrina e a jurisprudência têm ampliado o conteúdo deste inciso interpretando como limitação material toda proposta de emenda que tenda a abolir não apenas os direitos e garantias individuais, mas sim todo e qualquer direito ou garantia fundamental.
17. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. S. Paulo: Malheiros, 1.998, pp. 69/70.
18. “Art. 60, §5º. A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.
19. Cfr. CANÇADO TRINDADE, A. A. Memorial em prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113/118, pp. 57-94, jan/dez. 1998.

ANEXOS

LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME À TRAVERS L'ACTIVITÉ ET LA JURISPRUDENCE DES COURS EUROPÉENNE ET INTERAMÉRICAINNE DES DROITS DE L'HOMME



ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Président de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme

I. INTRODUCTION

1. C'est pour moi un grand privilège et un grand honneur que de m'adresser à vous à l'occasion de cette cérémonie d'ouverture officielle de l'année judiciaire 2004 de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Permettez-moi tout d'abord de remercier votre Cour - sœur de la nôtre - en la personne de son éminent président, le juge Luzius Wildhaber, de m'avoir fait l'honneur de cette invitation. Au cours des quatre années et demie passées de ma présidence à la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme, j'ai eu le plaisir d'entretenir d'excellentes relations avec le président Wildhaber et certains de ses collègues, juges de la Cour européenne; nous sommes en effet parvenus à instaurer un précieux mode de coopération par le biais de réunions conjointes, qui ont lieu périodiquement ou annuellement, tour à tour à Strasbourg et à San José, au Costa Rica, entre des délégations de juges et d'agents des greffes respectifs de nos deux juridictions internationales des droits de l'homme, et ce aux fins d'un échange d'informations et d'une appréciation concernant les tendances qui se dégagent actuellement de nos activités et les développements jurisprudentiels récents des deux juridictions.

2. Ce dialogue permanent que nos deux juridictions internationales ont eu la sagesse de maintenir durant les quatre années et demie écoulées nous a en fait tous aidés à mieux comprendre les problèmes auxquels nous sommes confrontés dans notre travail quotidien (car les systèmes régionaux de protection fonctionnent dans le cadre de l'universalité des droits de l'homme), et a accru notre sens de la solidarité qui, après tout, constitue le socle même de notre action pour la défense des droits de l'homme. Cette protection est en effet une conquête irréversible et décisive de la civilisation, et notre obligation commune est de ne permettre aucun recul.

L'esprit de confiance mutuelle entre nos deux cours a de plus rendu possible une remarquable fertilisation jurisprudentielle croisée, grâce à laquelle les deux tribunaux internationaux des droits de l'homme ont largement contribué au renforcement du droit international des droits de l'homme et à l'impact de celui-ci sur le droit international en général.

3. En fait, la jurisprudence évolutive des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme fait désormais partie du patrimoine juridique de l'ensemble des Etats et des peuples de nos continents. Dans le cadre du dialogue souple et constructif maintenu par nos deux juridictions internationales durant les quatre années et demie écoulées, ce jour du 22 janvier 2004 est très particulier pour moi, puisque j'ai le plaisir de retrouver les éminents juges de la Cour européenne et les agents de son greffe, cette fois-ci pour la cérémonie d'ouverture officielle de l'année judiciaire 2004, qui sera une nouvelle année de travail en faveur de la prééminence des droits fondamentaux de la personne humaine. Ce soir, dans mon discours, je m'efforcerai de me concentrer sur ce que je considère être les éléments saillants du fructueux dialogue entre nos deux tribunaux internationaux des droits de l'homme, considérés sous l'angle de leurs dimensions jurisprudentielle et institutionnelle actuelles. Je présenterai ensuite mes conclusions.

II. LA DIMENSION JURISPRUDENTIELLE

4. Malgré les différences entre les réalités propres aux deux continents sur lesquels elles déploient leurs activités, les cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme ont des jurisprudences qui présentent des rapprochements et des convergences. La façon d'aborder les questions fondamentales d'interprétation

et d'application des deux conventions régionales des droits de l'homme est un bon exemple de la convergence des points de vue. Je considère la riche jurisprudence sur les méthodes d'interprétation de la Convention européenne comme une contribution majeure de la Cour européenne au droit international des droits de l'homme dans son ensemble. Sa jeune sœur, la Cour interaméricaine, a également eu l'occasion, lors du règlement d'affaires qui reflétaient les réalités des droits de l'homme sur le continent américain, de constituer sa propre jurisprudence sur les méthodes d'interprétation de la Convention américaine, faisant ainsi apparaître, comme je l'ai indiqué, une convergence rassurante avec la jurisprudence de la Cour européenne.

5. Ces jurisprudences convergentes ont donné lieu au constat, de part et d'autre de l'Atlantique, que les traités en matière de droits de l'homme revêtent un caractère particulier (qui les distingue des traités multilatéraux traditionnels); que ces traités ont une essence normative, d'ordre public; que leurs dispositions doivent être interprétées de manière autonome; qu'il faut veiller en les appliquant à apporter une protection effective (effet utile) des droits garantis; que les obligations qui y sont consacrées ont bien un caractère objectif et qu'elles doivent être dûment observées par les Etats parties, qui par ailleurs ont le devoir commun d'assurer la garantie collective des droits protégés; et que les restrictions acceptables (limitations et dérogations) à l'exercice des droits garantis doivent être interprétées de manière étroite. L'activité des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme a en effet contribué à la création d'un ordre public international fondé sur le respect des droits de l'homme en toutes circonstances.

6. Par ailleurs, l'interprétation dynamique ou évolutive de nos conventions respectives des droits de l'homme (dimension intertemporelle) a été suivie tant par la Cour européenne (affaires *Tyrer c. Royaume-Uni*, 1978; *Airey c. Irlande*, 1979; *Marckx c. Belgique*, 1979; *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 1981, entre autres) que par la Cour interaméricaine (seizième avis consultatif, sur le droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties d'une procédure régulière, 1999; dix-huitième avis consultatif, sur le statut juridique et les droits des migrants sans papiers, 2003). Dans son seizième avis consultatif, qui est complètement original et occupe une place de premier ordre (il a inspiré la jurisprudence internationale *in statu nascendi* en la matière), la Cour interaméricaine a précisé qu'en interprétant les dispositions de la Convention américaine elle devait étendre la protection aux situations nouvelles (par exemple en ce qui concerne le respect du droit à l'information sur l'assistance consulaire) sur la base des droits préexistants. La même vision des choses

ressort d'ailleurs de son dix-huitième avis consultatif (le plus récent), qui est tourné vers l'avenir.

7. S'agissant du droit procédural, l'une des grandes questions sur lesquelles se sont étendues les deux juridictions est précisément celle de l'accès à la justice au niveau international, accès que donnent les deux conventions, par la mise en œuvre de leurs dispositions respectives sur la compétence internationale des deux cours des droits de l'homme et sur le droit de recours individuel. A mes yeux, ces dispositions - véritables pierres angulaires de la protection internationale des droits de l'homme - sont si importantes que toute démarche visant à les affaiblir menacerait le fonctionnement de l'ensemble du système de protection prévu par les deux conventions régionales. Ces dispositions constituent les principaux piliers du mécanisme qui permet à l'individu de s'émanciper à l'égard de son propre Etat. Cette conception est en train de progresser, puisqu'elle est apparue au moment où s'annonce la création d'un nouveau tribunal international des droits de l'homme (une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples), en vertu du Protocole de 1998 relatif à la Charte africaine sur les droits de l'homme et des peuples.

8. Dans le système de Strasbourg, le Protocole n° 11 à la Convention européenne des Droits de l'Homme, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998 (lors d'une cérémonie officielle à laquelle j'ai eu le plaisir d'assister, ici même, au Palais des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, à Strasbourg, en tant que représentant de la Cour interaméricaine), a reconnu aux individus le *jus standi*, droit d'accès direct à la Cour européenne des Droits de l'Homme. Dans le système de San José, au Costa Rica, les individus se sont vu conférer en vertu de la Convention américaine relative aux Droits de l'Homme, par l'adoption - étape historique - du règlement actuel de la Cour (entré en vigueur le 1^{er} juin 2001), le *locus standi*, c'est-à-dire la capacité d'ester en justice, grâce à laquelle ils peuvent participer directement à toutes les phases de la procédure devant la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme.

9. Malgré les difficultés auxquelles nos deux juridictions sont aujourd'hui confrontées, notamment en raison du volume croissant des affaires (la Cour européenne dans une bien plus large mesure que la Cour interaméricaine), les individus ont été élevés au rang de sujets du droit international des droits de l'homme, dotés de la pleine capacité en matière procédurale, et ont retrouvé la foi dans la justice humaine alors que celle-ci semblait sur le déclin au niveau du droit interne. Cette grande avancée sur le plan procédural - avec le caractère automatique de la compétence internationale de la Cour européenne et des progrès récents allant dans le même sens à la Cour interaméricaine

- nous donne fortement à penser, en ce qui concerne nos deux juridictions, que le vieil idéal de la justice internationale prend enfin corps.

10. Il s'agit là d'un point qui mérite d'être souligné en cette occasion, car dans certains cercles juridiques internationaux, l'attention a ces dernières années été détournée de cette réalisation fondamentale au profit du faux problème qu'est la «prolifération des tribunaux internationaux». Cette expression de courte vue, inélégante et péjorative méconnaît purement et simplement l'élément central des avancées considérables du vieil idéal de justice internationale dans notre monde contemporain. La création de nouveaux tribunaux internationaux n'est rien d'autre que le reflet de l'évolution du droit international contemporain, ainsi que de la quête et de l'édification actuelles d'une communauté internationale guidée par la primauté du droit et attachée à la concrétisation de la justice. L'apparition de ces juridictions est de plus la reconnaissance de la supériorité des moyens judiciaires de régler les litiges; elle met en évidence la prééminence du droit dans les sociétés démocratiques et écarte toute abdication en faveur du volontarisme de l'Etat.

11. Après les idées et les écrits clairvoyants de Nicolas Politis et Jean Spiropoulos en Grèce, d'Alejandro Álvarez au Chili, d'André Mandelstam en Russie, de Raul Fernandes au Brésil, de René Cassin et Georges Scelle en France, de Hersch Lauterpacht au Royaume-Uni, de John Humphrey au Canada, entre autres, il a fallu attendre des décennies pour qu'arrivent les progrès actuels dans la concrétisation de la justice internationale qui, aujourd'hui, loin de menacer et de saper le droit international, l'enrichissent et le renforcent au contraire. Le développement rassurant des tribunaux internationaux est le signe d'une nouvelle époque, et nous devons nous montrer à la hauteur pour permettre à chacune de ces juridictions d'apporter sa contribution à l'évolution constante du droit international en quête de justice internationale.

12. En matière de protection des droits fondamentaux de la personne humaine, le développement et la consolidation des juridictions internationales des droits de l'homme sur nos deux continents - l'Europe et l'Amérique - témoignent des progrès notoires réalisés à notre époque par le vieil idéal que représente la justice internationale. Le dialogue fécond que nos deux cours des droits de l'homme ont instauré au cours des années passées dans un esprit de coopération, de respect mutuel et de coordination dans la défense d'une cause et d'un idéal communs constitue aujourd'hui une source d'inspiration pour d'autres tribunaux internationaux.

13. La Cour européenne et la Cour interaméricaine ont toutes deux, à juste titre, imposé des limites au volontarisme étatique, protégé l'intégrité de leurs

conventions respectives des droits de l'homme ainsi que la prépondérance des considérations d'ordre public face à la volonté de tel ou tel Etat, élevé les exigences relatives au comportement de l'Etat, instauré un certain contrôle sur l'imposition de restrictions excessives par les Etats, et, de façon rassurante, mis en valeur le statut des individus en tant que sujets du droit international des droits de l'homme en les dotant de la pleine capacité sur le plan procédural. En ce qui concerne le fondement de leur juridiction contentieuse, la fermeté de leur position en faveur de l'intégrité des mécanismes de protection des deux conventions est bien illustrée, notamment par les décisions ou arrêts de la Cour européenne dans les affaires *Belilos c. Suisse* (1988), *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires, 1995), et *Ilascu, Lesco, Ivantoc et Petrov-Popa c. Moldova et la Fédération de Russie* (2001), ainsi que par les décisions de la Cour interaméricaine dans les affaires *Tribunal constitutionnel* et *Ivcher Bronstein c. Pérou*, (compétence, 1999), ou encore *Hilaire, Constantine et Benjamin et consorts c. Trinité-et-Tobago* (exception préliminaire, 2001).

14. En résolvant correctement les questions procédurales fondamentales soulevées dans les affaires susmentionnées, nos deux juridictions internationales ont fait un bon usage des méthodes du droit international public pour renforcer leurs compétences respectives en matière de protection de la personne humaine. Elles ont de façon décisive préservé l'intégrité des mécanismes de protection des conventions américaine et européenne des droits de l'homme, permettant ainsi l'émancipation juridique de la personne humaine vis-à-vis de son propre Etat.

15. S'agissant des dispositions normatives, la contribution de nos deux cours est illustrée par de nombreux précédents jurisprudentiels concernant les droits protégés par chacune des deux conventions régionales. La Cour européenne dispose d'une vaste et impressionnante jurisprudence, par exemple sur le droit de la personne à la liberté et à la sûreté (article 5 de la Convention européenne) ou sur le droit à un procès équitable (article 6). La Cour interaméricaine a quant à elle une importante jurisprudence sur le droit fondamental à la vie, qui englobe les conditions de vie, depuis sa décision dans l'affaire cruciale des «enfants de la rue» (*Villagrán Morales et consorts c. Guatemala*, fond, 1999).

16. Nos deux juridictions ont bâti une jurisprudence remarquable sur le droit d'accéder à la justice (et d'obtenir réparation) au niveau international. Dans le fameux arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du massacre de *Barríos Altos* (2001), qui concernait le Pérou, la Cour interaméricaine a déclaré que les mesures d'amnistie, de prescription et d'exclusion de la responsabilité qui

visent à entraver la recherche et le châtement des personnes responsables de graves violations des droits de l'homme (actes de torture, exécutions sommaires, extrajudiciaires ou arbitraires, ou encore disparitions forcées) sont inadmissibles, car elles portent atteinte à des droits inaliénables reconnus par le droit international des droits de l'homme. Cette jurisprudence a été confirmée par la Cour (en ce qui concerne la prescription) dans sa récente décision dans l'affaire *Bulacio c. Argentine* (2003).

17. L'abondante jurisprudence de la Cour européenne recouvre la quasi-totalité des droits protégés par la Convention européenne et certains de ses protocoles. La jurisprudence croissante de la Cour interaméricaine semble quant à elle novatrice et tournée vers l'avenir en ce qui concerne la réparation dans ses multiples formes et les mesures provisoires de protection, ces dernières bénéficiant quelquefois aux membres de toute une communauté humaine (notamment dans la situation actuelle de conflit armé en Colombie).

III. LA DIMENSION INSTITUTIONNELLE

18. J'en viens à présent au volet institutionnel. Nos deux cours ont le souci permanent et bien légitime de préserver et renforcer leur autonomie en tant que tribunaux internationaux des droits de l'homme. En ce qui concerne la Cour interaméricaine, cette préoccupation englobe ses relations avec l'organisation mère, à savoir l'Organisation des Etats américains (OEA). En fait, au cours des années passées, la Cour interaméricaine a pris des initiatives concrètes pour assurer et renforcer son autonomie en tant que tribunal international des droits de l'homme. Au rang des grandes initiatives figure l'accord d'autonomie administrative conclu avec le Secrétariat général de l'OEA et en vigueur depuis le 1 janvier 1998.

19. Cet accord - qui entre autres définit les règles relatives à l'allocation de ressources, par l'Assemblée générale de l'OEA, aux activités de la Cour - vise essentiellement à garantir à la Cour interaméricaine une réelle indépendance administrative en tant que tribunal international des droits de l'homme en lui permettant de gérer son propre budget, de prendre ses propres décisions en matière de recrutement d'agents du greffe et d'être autonome dans l'acquisition de biens et la location de services. Dans la pratique, cet accord s'est en effet avéré être un instrument important pour l'autonomie administrative de la Cour.

20. Une communication régulière avec l'organisation mère est bien sûr maintenue. Il s'agit là d'un élément crucial, par exemple en ce qui concerne la supervision

de l'exécution des arrêts rendus par la Cour interaméricaine. Si le système de protection européen comporte un mécanisme de contrôle par le Comité des Ministres, il n'y a rien d'équivalent dans le système interaméricain. Pour combler cette lacune, j'ai jugé bon de proposer aux organes compétents de l'OEA la création d'un groupe de travail permanent de la Commission des questions juridiques et politiques (CAJP) de l'OEA; ce groupe de travail serait chargé d'informer les organes principaux - à savoir le Conseil permanent et l'Assemblée générale - du degré d'observation des arrêts de la Cour interaméricaine par les Etats parties à la Convention américaine, et présenterait ses recommandations sur les décisions à prendre dans chaque cas par l'Assemblée générale de l'OEA.

21. Plus généralement, tous ces éléments donnent à penser que l'avenir du système interaméricain de protection des droits de l'homme dépend à présent d'une série de mesures que doivent prendre les Etats de la région. Il s'agit premièrement de la ratification de la Convention américaine relative aux Droits de l'Homme (et de ses deux protocoles, ainsi que des conventions interaméricaines sectorielles) par tous les Etats de la région. Si dans le système européen 44 Etats membres du Conseil de l'Europe sur 45 sont parties à la Convention européenne, dans le système interaméricain - différence notable - 25 Etats membres de l'OEA sur 34 sont parties à la Convention américaine, et 21 Etats ont accepté la juridiction contentieuse obligatoire de la Cour.

22. Les États qui se sont exclus eux-mêmes du régime juridique de la Convention américaine - comme ceux d'Amérique du Nord - ont envers le système interaméricain de protection des droits de l'homme une dette historique dont ils feraient bien de s'acquitter. Après tout, c'est par l'initiative d'un Etat et sa détermination à devenir partie aux traités relatifs aux droits de l'homme et d'assumer les obligations conventionnelles de protection qui y sont consacrées que l'on peut le mieux apprécier la réalité de son attachement à la protection des droits de l'homme reconnus sur le plan international. Les mêmes critères, principes et normes doivent s'appliquer à tous les Etats - qui sont égaux sur le plan juridique - et doivent profiter à tous les êtres humains, indépendamment de leur nationalité ou d'autres caractéristiques.

23. Deuxièmement, tout cela doit nécessairement aller de pair avec l'adoption au niveau national des mesures indispensables à la mise en œuvre de la Convention américaine. Si dans le système européen la Convention européenne est désormais intégrée dans le droit interne de la totalité des 44 Etats parties, on ne peut pas encore en dire autant dans le cadre du système interaméricain. Tant que l'ensemble des Etats de l'OEA

n'auront pas ratifié la Convention américaine, n'auront pas pleinement accepté la juridiction contentieuse de la Cour et n'auront pas incorporé les dispositions normatives de la Convention dans leur droit interne, de grands progrès seront peu probables dans le dispositif interaméricain de défense des droits de l'homme. Le régime de protection internationale n'a qu'un effet limité si ses normes conventionnelles n'atteignent pas la base des sociétés nationales.

24. Troisièmement, seuls trois Etats de la région (Colombie, Costa Rica et Pérou) s'appuient actuellement sur des procédures de droit interne pour garantir l'exécution des arrêts de la Cour interaméricaine ; il y a une nécessité urgente à ce que tous les Etats parties à la Convention américaine se dotent de procédures de ce type fonctionnant en permanence. Quatrièmement, il convient d'examiner de manière approfondie la proposition officielle de la Cour interaméricaine concernant un projet de protocole portant modification de la Convention américaine relative aux Droits de l'Homme, projet qui vise à renforcer le mécanisme de protection par la reconnaissance du *jus standi* (et non plus seulement du *locus standi*) des individus devant la Cour interaméricaine, et du caractère *automatique* de la compétence obligatoire de la Cour interaméricaine.

25. Cinquièmement, les Etats parties à la Convention américaine doivent être prêts à assurer conjointement la *garantie collective* de cette Convention, parallèlement à l'établissement, dans le cadre de l'OEA, d'un mécanisme de supervision (contrôle permanent) de l'exécution des arrêts de la Cour interaméricaine. Sixièmement, enfin, l'OEA doit garantir, conformément aux résolutions de l'Assemblée générale n. 1828 (2001) et 1850 (2002), l'allocation de crédits nettement plus élevés à la Cour interaméricaine, pour lui permettre de s'acquitter pleinement de ses fonctions et de faire face aux exigences nouvelles et croissantes en matière de protection.

V. CONCLUSIONS

26. Permettez-moi de conclure ce discours par une dernière série de réflexions. Il n'y a rien d'étonnant à ce que l'interprétation et l'application de certaines dispositions de tel ou tel traité relatif aux droits de l'homme guident quelquefois l'interprétation et l'application des dispositions équivalentes d'un autre traité dans le même domaine. Ainsi, dans la défense de leur cause et de leur idéal communs, les cours européenne et interaméricaine n'hésitent guère à se référer chacune à la jurisprudence de l'autre à chaque fois qu'elles le jugent pertinent. L'ensemble de la jurisprudence actuelle de la Cour interaméricaine comporte des renvois constants à la jurisprudence de son ? homologue ? européenne. Pour sa part, la Cour

européenne a une tendance croissante à faire de même, surtout ces dernières années : en juillet 2003, par exemple, ses arrêts publiés contenaient des références à la jurisprudence de la Cour interaméricaine dans pas moins de douze affaires.

27. Ainsi, grâce à cette interaction dans l'interprétation, les traités en matière de droits de l'homme ? telles les conventions européenne et américaine - se sont mutuellement renforcés, et ce en définitive au profit des êtres humains protégés. Cette interaction a d'une certaine façon contribué à l'universalité du droit conventionnel relatif à la protection des droits de l'homme. Cela a permis une interprétation *uniforme* du *corpus juris* du droit international contemporain des droits de l'homme. Cette uniformité dans l'interprétation ne menace aucunement l'unité du droit international. Bien au contraire, loin de risquer une ?fragmentation? du droit international, nos deux tribunaux ont contribué à forger et à développer la capacité du droit international à réguler efficacement des relations qui sont spécifiques -car elles se situent non pas au niveau interétatique, mais au niveau intra-étatique, où l'Etat concerné et l'individu relevant de sa juridiction s'opposent - et qui nécessitent des connaissances spéciales de la part des juges.

28. En la matière, nos deux juridictions ont concouru à garantir le respect des obligations conventionnelles de protection des Etats vis-à-vis de l'ensemble des êtres humains placés sous leurs juridictions respectives. Grâce à l'évolution du droit international des droits de l'homme, c'est le droit international public lui-même qui est justifié et légitimé dans l'affirmation de principes, concepts et catégories juridiques propres à la protection des droits de l'homme, domaine fondé sur des prémisses fondamentalement différentes des postulats qui guident les relations purement interétatiques.

29. On ne peut encourager le développement du droit international des droits de l'homme au détriment du droit des traités, et l'on ne doit pas davantage entraver cette évolution en faisant abstraction de la spécificité des traités en matière des droits de l'homme. Par l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, dans le cadre du droit des traités, et également en recourant au droit international général, on peut parfaitement développer la capacité du droit international à réguler convenablement les relations juridiques tant aux niveaux interétatique qu'intra-étatique, en vertu des traités pertinents de protection. L'unité et l'efficacité du droit international public se mesurent précisément à l'aune de son aptitude à réguler les rapports juridiques dans différents contextes avec une égale compétence.

30. L'ensemble des considérations qui précèdent révèlent le processus historique *d'humanisation* du droit international (émergence d'un nouveau *jus*

gentium} qui est en cours et fait apparaître une nouvelle conception des relations entre l'autorité publique et l'être humain, conception qui en définitive se résume par la reconnaissance du fait que l'Etat existe pour l'être humain et non pas le contraire. En utilisant et en édifiant dans ce sens leurs jurisprudences convergentes, nos deux tribunaux internationaux des droits de l'homme - la Cour européenne et la Cour interaméricaine - ont en effet contribué à enrichir et à humaniser le droit

international public contemporain. Elles l'ont fait dans une optique essentiellement et nécessairement anthropocentrique, comme l'avaient bien prévu, dès le XVI^e siècle, les "pères fondateurs" du droit des gens.

Strasbourg,
le 22 janvier 2004.

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 dos Conselhos Diretores do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e do Instituto Internacional de Direitos Humanos; Membro Titular do “Institut de Droit International”; Membro do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional da Haia.

César Oliveira de Barros Leal (Presidente)

Mestre em Direito; Procurador do Estado do Ceará; Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Membro da Sociedade Americana de Criminologia e da Academia Brasileira de Direito Criminal; 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

Professo 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.

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 do ACNUR para a América Central.

Manuel E. Ventura Robles

Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Membro Associado do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional.

Margarida Genevois

Membro da Comissão de Justiça e Paz do Estado de São Paulo; Coordenadora da Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos.

Maria Glaucéria Mota Brasil

Mestre em Sociologia; Doutora em Serviço Social; Professora Adjunta do Departamento de Serviço Social e do Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade da Universidade Estadual do Ceará.

Nestor José Méndez González

Advogado; Professor da UNAM; Diretor Geral do Instituto Nacional de Apoio a Vítimas e Estudos em Criminalidade (México).

Pablo Saavedra Alessandri

Secretário da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Renato Zerbini Ribeiro Leão

Advogado; Bacharel e Mestre em Relações Internacionais; Pesquisador Associado na Universidade de Brasília; Professor da UniCEUB em Brasília; Representante do ACNUR no Brasil.

Roberto Cuéllar

Diretor Executivo do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; ex-Diretor de Investigação e Desenvolvimento do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

Sílvia Maria da Silveira Loureiro

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília; Advogada do Centro de Direitos Humanos de Manaus (Amazonas).