



ISSN 1677-1419

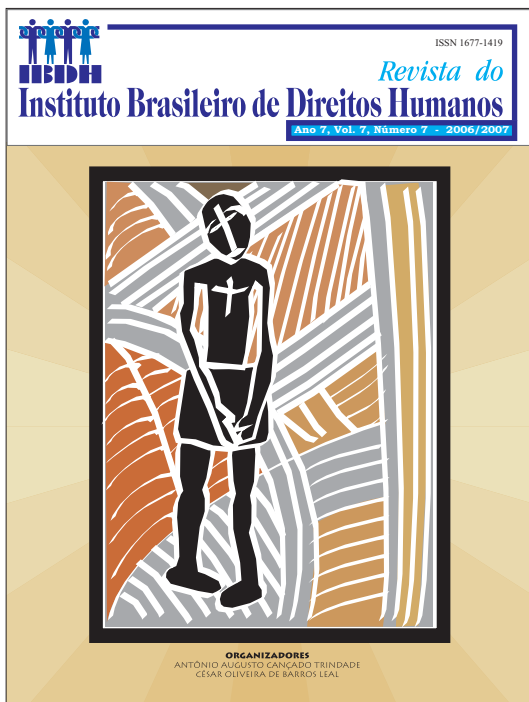
Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos

Ano 7, Vol. 7, Número 7 - 2006/2007



ORGANIZADORES

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE
CÉSAR OLIVEIRA DE BARROS LEAL



Sumário

Ano 7, Vol. 7, Número 7 - 2006/2007

● Conselho Consultivo	05
● Apresentação	09
I- The Emancipation of the Individual from his Own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations Antônio Augusto Cançado Trindade.....	11
II- O Tráfico de Pessoas à Luz da Normativa Internacional de Proteção dos Direitos Humanos Bárbara Pincowska Cardoso Campos.....	37
III- O Princípio do <i>Non-Refoulement</i> , sua Natureza <i>Jus Cogens</i> e a Proteção Internacional dos Refugiados Bruna Vieira de Paula.....	51
IV- La Justicia de Menores en Brasil y el Sistema Garantista. La Edad de la Responsabilidad Penal César Oliveira de Barros Leal.....	69
V- The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights Douglass Cassel.....	91
VI- A Reforma do Judiciário e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos Fernando Luiz Ximenes Rocha.....	109
VII- Leyes de Amnistía: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos María Gabriela Sancho Guevara.....	123
VIII- A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Violação de Direitos Humanos: O Pagamento de Reparações Patrick Petiot.....	129
IX- El Tribunal Internacional de Justicia - TIJ - y el Asunto de la Controversia Territorial entre la República del Chad y la Jamahiriya Árabe Libia. Apuntes a la Luz del Derecho Internacional Público Renato Zerbini Ribeiro Leão.....	151
X- The European Charter for Regional or Minority Languages: An Overview Sonia Parayre.....	163
ANEXOS	
XI- Resenha: Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006 Antônio Augusto Cançado Trindade.....	179
XII- Votos Concurrentes a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Medidas Provisionales en el Caso de la <i>Cárcel de Urso Branco</i> , del 7 de julio de 2004 Voto Concurrente del juez Sergio García Ramírez..... Voto Concurrente del juez Antônio Augusto Cançado Trindade.....	185 187
XIII- Resenha: A Humanização do Direito Internacional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006 Lara M. Solon	193
XIV- Direitos Humanos: O Significado Histórico de uma Homenagem Ensaio em homenagem a Antônio Augusto Cançado Trindade Ricardo Antonio Lucas Camargo.....	197
● Conselho Editorial.....	207

CONSELHO CONSULTIVO DO IBDH

- **Antônio Augusto Cançado Trindade (Presidente de Honra)**

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

- **César Oliveira de Barros Leal (Presidente)**

Mestre em Direito; Procurador do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Membro da Assembléia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 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; Doutorando em Direito (Universidade Nacional Autônoma do México – UNAM).

- **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 Penitenciarismo.

• **Luiz Ximenes Rocha**

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

- **Jaime Ruiz de Santiago**

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

- **Jayne 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; ex-Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

- **Sergio García Ramírez**

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

- **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 sétimo 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 sétimo número da *Revista do IBDH* enfeixam uma variedade de tópicos atinentes à temática dos direitos humanos. As contribuições enfocam pontos de extrema relevância como: The Emancipation of the Individual from his Own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations; O Tráfico de Pessoas à Luz da Normativa Internacional de Proteção dos Direitos Humanos; O Princípio do *Non-refoulement*, sua Natureza *Jus Cogens* e a Proteção Internacional dos Refugiados; La Justicia de Menores en Brasil y el Sistema Garantista. La Edad de la Responsabilidad Penal; The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights; A Reforma do

Judiciário e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos; Leyes de Amnistía: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos; A Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro por Violação de Direitos Humanos: O Pagamento de Reparações; El Tribunal Internacional de Justicia – TIJ – y el Asunto de la Controversia Territorial entre la República del Chad y la Jamahiriya Árabe Libia. Apuntes a la Luz del Derecho Internacional Público; The European Charter for Regional or Minority Languages: An Overview; Direitos Humanos: O Significado Histórico de uma Homenagem; Resenha: Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006; Votos Concurrentes a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Medidas Provisionales en el *Caso de la Cárcel de Urso Branco*, del 7 de julio de 2004; Resenha: A Humanização do Direito Internacional. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

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

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

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

Antônio Augusto Cançado Trindade
César Oliveira de Barros Leal

THE EMANCIPATION OF THE INDIVIDUAL FROM HIS OWN STATE: THE HISTORICAL RECOVERY OF THE HUMAN PERSON AS SUBJECT OF THE LAW OF NATIONS¹

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge) in International Law; Judge and Former President of the Inter-American Court of Human Rights; Professor of International Law at the University of Brasilia, Brazil; Doctor *Honoris Causa* at distinct Universities in Latin America; Member of the *Institut de Droit International*; Member of the *Curatorium* of the Hague Academy of International Law.

I. PRELIMINARY OBSERVATIONS

The present study, which I have titled "*The Emancipation of the Individual from His Own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations*", integrates the series of four lectures that I have had the occasion to deliver in distinct Japanese centres in the course of the month of December 2004. This was the first time in its history that a Judge of the Inter-American Court of Human Rights had the honour of having been officially invited by both the Ministry of Foreign Affairs of Japan as well as by academic institutions of Japan (in Kyoto, Hiroshima and Tokyo), to deliver a series of lectures in Public International Law and Human Rights. My first lecture, on "*The International Standards of Protection of the Human Person in the Developing Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1982-2004)*" was delivered in the 10th anniversary ceremony of the inauguration of the Kyoto Human Rights Research Institute, in Kyoto, on 18 December 2004.¹

I delivered my second lecture, not without sad emotion, at the Law Faculty of the University of Hiroshima, on "*The Illegality under Contemporary International Law of All Weapons of Mass Destruction*" (including nuclear weapons, as I have been sustaining for a long time), on 20 December 2004.² My third lecture was delivered in Tokyo, at the Japan Federation of Bar Associations, on 22 December 2004, in the afternoon; I focused, upon request, on the topic "*The Question of the Determination of the Legal Status of All Detainees in Guantánamo Bay under the 1949 Geneva Conventions on International Humanitarian Law.*"³ Last but not least, I delivered my fourth lecture in Keio University in Tokyo, also on 22 December 2004, in the evening,

precisely on the topic "*The Emancipation of the Individual from His Own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations*".

As this subject has been very dear to me throughout so many years, I have saved the text of this fourth lecture of mine in Japan for publication in the present journal in commemoration of the 25th anniversary of the Inter-American Court of Human Rights. I regard the subject as being of direct interest to the readership in our American continent; in fact, I concentrate herein on its doctrinal aspects, since the procedural ones (concerning the individual's international juridical capacity) have already been properly addressed in many recent studies that I have prepared and published in distinct countries.⁴

There is one last aspect that I consider should not pass unnoticed in these brief preliminary observations. I regard the subject of my fourth lecture, in Keio University in Tokyo, here reproduced as one endowed with a truly universal dimension. It corresponds, in my view, to the most significant achievement of international legal doctrine in the second half of the XXth century and at this beginning of the XXIst century. Asia is nowadays the only continent in the world which does not yet have a regional human rights system, despite the fact that several Asian countries have become Parties to some U.N. human rights treaties. It is a continent that I have always felt attached to, and that for many years has been receptive to my studies and has disseminated them, – both South East Asia⁵ and North East Asia.⁶

It is my impression, from my long-standing collaboration with Asian international juridico-academic circles in the cultivation of humanist themes, that they have reached nowadays a stage

in which they appear prepared to examine in greater depth the condition of the human person in the contemporary law of nations. This is what I could witness, in particular, in this recent academic visit to Japan at the end of 2004, preceded by my two earlier visits to continental China in the nineties (in 1992 and 1996) and my visit to India in the late eighties (in 1989), as well as in my contacts with Asian Delegations during my official participation in the II U.N. World Conference on Human Rights in 1993. The universal recognition of the international legal personality of the individual is certainly a most reassuring juridical development in our times, – to which I shall devote the present study.

The consolidation of the legal personality⁷ and capacity⁸ of the individual as subject of international law constitutes the most precious legacy of the international legal thinking of the second half of the XXth century, projecting itself into this beginning of the XXIst century. This reassuring development, as will be seen in the present study, is in accordance with the thinking of the founding fathers of the discipline. It had to overcome the exclusion of the individual from the international legal order by State legal positivism, as well as the rescue of the individual as subject of International Law in the legal doctrine of the XXth century. Other points deserving attention lie in the attribution of duties to the individual directly by International Law, and in the need of the international community of the *legitimatío ad causam* of individuals in International Law (active subjectivity). After the examination of these points (cf. *infra*), the way will be paved for the presentation of my final observations on the matter.

II. THE INDIVIDUAL AS SUBJECT OF THE EMERGING LAW OF NATIONS

In considering the position of individuals in international law, the thinking of the so-called fathers of the law of nations is not to pass unnoticed. The considerable importance, for the development of the theme, above all of the writings of the Spanish theologians as well as of the Grotian work is to be recalled. In the initial period of formation of international law the influence exercised by the teaching of the great masters was considerable, – what is understandable, given the necessity of articulation and systematization of the matter.⁹ Even in our days, it is necessary to bear in mind those teachings.

The contribution of the Spanish theologians Francisco de Vitoria and Francisco Suárez to the formation of International Law is widely

acknowledged. In the vision of Suárez (author of the treatise *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), the law of nations reveals the unity and universality of the human kind; the States have necessity of a legal system which regulates their relations, as members of the universal society.¹⁰ It was, however, the great master of Salamanca, Francisco de Vitoria, who gave a pioneering and decisive contribution to the notion of prevalence of the rule of law (*État de Droit*): it was him who sustained, with rare lucidity, in his acclaimed *Relecciones Teológicas* (1538-1539), that the legal order binds everyone – both the rulers and those ruled, – and, in this same line of thinking, the international community (*totus orbis*) has primacy over the free will of each individual State.¹¹

In his celebrated *De Indis – Relectio Prior* (1538-1539), he warned:

- “(...) Insofar as the human law is concerned, it is known that under positive human law the emperor is not the master of the world. This would only take place by the authority of a law, and there is none that confers upon him such power (...). Nor did the emperor have the domain of the world by legitimate suscession, (...) nor by just war, nor by election, nor by any other legal title, as it is evident. Thus, the emperor has never been the master of the whole world(...)”.¹²

In the conception of Vitoria, the law of nations regulates an international community constituted by human beings organized socially in States and coextensive with humanity itself; the reparation of violations of (human) rights reflects an international necessity fulfilled by the law of nations, with the same principles of justice applying both to the States and to the individuals or peoples who form them.¹³

In his *De Indis* (chapters VI and VII), Vitoria clarifies his understanding of *jus gentium* as a law for all, individuals and peoples as well as States, “every fraction of humanity”; *jus gentium*, in his view, is conformed by the “common consensus of all peoples and nations”.¹⁴ 12. Earlier on, in his *De Lege*, Vitoria sustained the necessity of every law to pursue, above all, the common good; and he added that natural law is found not in the will, but rather in sound reason (*recta ratio*).¹⁵ More than four and a half centuries later, his message retains a remarkable topicality.

The conception of *jus gentium* of Hugo Grotius – whose work, mainly his *De Jure Belli ac Pacis* (1625) lies in the origins of international law, as the discipline

came to be known, – was always attentive to the role of civil society. To Grotius, the State is not an end in itself, but a means to secure the legal order “consonant with human intelligence”, so as to improve “common society which embraces all mankind”.¹⁶ The subjects have rights *vis-à-vis* the sovereign State, which cannot demand obedience from its citizens in an absolute way (imperative of the common good); thus, in the vision of Grotius, the *raison d’État* has limits, and the absolute conception of this latter is inapplicable in the international as well as internal relations of the State.¹⁷

In Grotian thinking, every legal norm – whether of domestic law or of the law of nations – creates rights and duties for the persons addressed to; the early work of Grotius, already in the first half of the XVIIth century, admits, thus, the possibility of the international protection of human rights against the State itself.¹⁸ Even before Grotius, Alberico Gentili (author of *De Jure Belli*, 1598) sustained, by the end of the XVIth century, that it is Law that regulates the relationships among the members of the universal *societas gentium*.¹⁹ In his *De Jure Belli Libri Tres* (1612), A. Gentili held that the law of nations was “established among all human beings”, being “observed by all mankind”.²⁰

One is thus to bear always in mind the true legacy of the Grotian tradition of international law. The international community cannot pretend to base itself on the *voluntas* of each State individually. In face of the historical necessity to regulate the relations among the emerging States, Grotius sustained that international relations are subject to legal norms, and not to the “*raison d’État*”, which is incompatible with the existence itself of the international community: this latter cannot exist without Law.²¹ The human being and his well-being occupy a central position in the system of international relations.²²

In this line of thinking, also Samuel Pufendorf (author of the *De Jure Naturae et Gentium*, 1672) sustained likewise “the subjection of the legislator to the higher law of human nature and of reason”.²³ Pufendorf founded international law on natural law, envisaging it as a great system of universal law “embracing even private law”.²⁴ On his turn, Christian Wolff (author of *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749), pondered that, just as individuals ought to, in their association in the State, promote the common good, in its turn the State has the correlative duty to seek its perfection.²⁵ Wolff defined the law of nations – which he emphasized as being necessary rather than voluntary – as “the science of that law which nations or peoples use in their relations with each other and

of the obligations corresponding thereto”.²⁶ It “binds nations in conscience”, in order to preserve society composed of individuals, and to promote the common good.²⁷

Wolff stressed that, just as all individuals were free and equal, all nations likewise were “by nature equal the one to the other”; and he added that “since by nature all nations are equal, since moreover all men are equal in a moral sense whose rights and obligations are the same, the rights and obligations of all nations are also by nature the same.”²⁸ Already in the presentation of his treatise, Wolff wrote with clarity:

- “That eternal and unchangeable law, which nature herself has established, controls the acts of individual men as well as those of nations also, by prescribing duties both toward themselves and toward each other. And just as it has united individual men to each other by the closest bond and has established among them a certain society, so that man is necessary to man (...); so by no less close a bond has it united nations, (...) so that nation is necessary to nation (...). Indeed, just as it has provided for the happiness of individual men, so also has it provided for that of individual nations, which is promoted and preserved by mutual assistance. Therefore the entire human race is likened to a living body whose individual members are individual nations, and it retains unimpaired health so long as the individual members perform their functions properly.”²⁹

However, the illuminating thoughts and vision of the so-called founding fathers of International Law (set forth notably in the writings of the Spanish theologians and in the Grotian writings, as well as in Wolff’s treatise, among others), which conceived it as a truly *universal* system,³⁰ regrettably came to be gradually surpassed by new doctrinal constructions, and mainly by the emergence of legal positivism.

The beginning of the personification of the State – in fact, of the modern theory of the State – in the domain of international law took place, in the mid-XVIII century, with the work of E. de Vattel (*Le Droit des gens ou Principes de la loi naturelle appliquée à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758), which was to have much repercussion in the international legal practice of his times. The emphasis on State personality and sovereignty led to the conception of an international law applicable strictly to the relations among States (the *jus inter gentes*, rather than the *jus gentium*), that is, an inter-State legal order; this was a reductionist outlook of the subjects of the law of

nations, admitting only and exclusively the States as such.³¹

Subsequently (late XIXth century onwards), legal positivism wholly personified the State, endowing it with a “will of its own”, and reducing the rights of human beings to those which the State “conceded” to them. The consent of the “will” of the States (according to the voluntarist positivism) was erected into the alleged predominant criterion in International Law, denying *jus standi* to the individuals, to the human beings.³² This rendered difficult a proper understanding of the international community, and undermined International Law itself, reducing its dimension to that of a strictly inter-State law, no more *above* but rather *among* sovereign States.³³ In fact, when the international legal order moved away from the universal vision of the so-called “founding fathers” of the law of nations (*droit des gens – supra*), successive atrocities were committed against human beings, against humankind. The disastrous consequences of this historical distortion are widely known.

III. THE ATTEMPTED EXCLUSION OF THE INDIVIDUAL FROM THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER

The personification of the all-powerful State, inspired mainly in the philosophy of law of Hegel, had a harmful influence in the evolution of International Law by the end of the XIXth century and in the first decades of the XXth century. This doctrinal trend resisted as much as it could to the ideal of emancipation of the human being from the absolute control of the State, and to the recognition of the individual as subject of International Law. But the individual’s submission to the will of the State was never convincing to all, and soon it became openly challenged by the more lucid doctrine.

Already in the late twenties, the negative outlook of individuals from the perspective of Hegelian legal philosophy, whereby the State was a supreme ideal and an end in itself, endowed with a power subject only to its own “will”, was severely criticized as an obstacle to the achievement of the *civitas maxima gentium*.³⁴ Contrary to that reactionary position stood, among others, Jean Spiropoulos, in a luminous monograph titled *L’individu en Droit international*, published in Paris in 1928³⁵: contrary to what ensued from the Hegelian doctrine, – pondered the author, – the State is not a supreme ideal subject only to its own will, is not an end in itself, but rather “a means of

realization of the vital aspirations and necessities of the individuals”, it being, thus, necessary to protect the human being against the violation of his rights by his own Stateo.³⁶

In the past, positivists were particularly proud of the importance attributed by them to the method of *observation* (neglected by other trends of thought), what contrasted, however, with their total incapacity of presenting guidelines, basic lines of analysis and, above all, guiding general *principles*.³⁷ At normative level, positivism appeared subservient to the established legal order, and endorsed the abuses practiced in the name of this latter. But already in the mid-XXth century, the most enlightened jusinternationalist doctrine was taking definitively a distance from the Hegelian and neo-Hegelian formulations of the State as a final repository of the freedom and responsibility of the individuals who composed it, and which entirely integrated themselves in it.³⁸

The old polemics, sterile and pointless, between monists and dualists, erected upon false premises, not surprisingly failed to contribute to the doctrinal endeavours in favour of the emancipation of the human being *vis-à-vis* his own State. In fact, what both dualists and monists did, in this particular, was to “personify” the State as subject of International Law.³⁹ Monists discarded all anthropomorfism, affirming the international subjectivity of the State by an analysis of the juridical person;⁴⁰ and dualists⁴¹ did not contain themselves in their excesses of characterization of the States as sole subjects of International Law.⁴²

A whole doctrinal trend, – of traditional positivism, – formed, besides Triepel and Anzilotti, also by K. Strupp, E. Kaufmann, R. Redslob, among others, came to sustain that only the States were subjects of Public International Law. The same posture was adopted by the old Soviet doctrine of international law, with emphasis on the so-called inter-State “peaceful coexistence”.⁴³ Against this vision emerged an opposite trend, as from the publication, in 1901, of the book by Léon Duguit *L’État, le droit objectif et la loi positive*, formed by G. Jèze, H. Krabbe, N. Politis and G. Scelle, among others, sustaining, *a contrario sensu*, that ultimately only the individuals, addressees of all juridical norms, were subjects of international law (cf. *infra*).

The idea of absolute State sovereignty, – which led to the irresponsibility and the alleged omnipotence of the State, not impeding the successive atrocities committed by it (or in its name) against human beings, – appeared with the passing of time entirely unfounded. The State – it is

nowadays acknowledged – is responsible for all its acts – both *jure gestionis* and *jure imperii* – as well as for all its omissions. Created by the human beings themselves, composed by them, it exists for them, for the realization of the common good. In case of violation of human rights, the *direct access* of the individual to the international jurisdiction is thus fully justified, to vindicate such rights, even against his own State.⁴⁴

IV. THE INDIVIDUAL'S PRESENCE AND PARTICIPATION IN THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER

The individual is, thus, subject of both domestic and international law.⁴⁵ In fact, he has always remained in contact, directly or indirectly, with the international legal order. In the inter-war period, the experiments of the *minorities*⁴⁶ and *mandates*⁴⁷ systems under the League of Nations, for example, bear witness of this reality.⁴⁸ They were followed, in that regard, by the *trusteeship system*⁴⁹ under the following United Nations era, parallel to the development under this latter, along the years, of the multiple mechanisms – conventional and extraconventional – of international protection of human rights. Those early experiments in the XXth century were of relevance for subsequent developments in the international safeguard of the rights of the human person.⁵⁰

To that effect of evidencing and reasserting the constant contact of the individual with the international legal order, the considerable evolution in the last decades not only of the International Law of Human Rights but likewise of International Humanitarian Law, has contributed decisively. This latter likewise considers the protected persons not only as simple object of regulation that they establish, but rather as true subjects of international law. It is what ensues, e.g., from the position of the four Geneva Conventions on International Humanitarian Law of 1949, erected as from the rights of the protected persons (e.g., III Convention, Articles 14 and 78; IV Convention, Article 27); and that this is so, it clearly ensues from the fact that the four Geneva Conventions plainly prohibit to the States Parties to derogate – by special agreements – from the rules enunciated in them and in particular to restrict the rights of the persons protected set forth in them (I, II and III Conventions, Article 6; and IV Convention, Article 7).⁵¹

In fact, the first Conventions on International Humanitarian Law (already in the passage from the

XIXth to the XXth century) were pioneering in expressing the international concern for the fate of human beings in armed conflicts, recognizing the individual as direct beneficiary of the State conventional obligations.⁵² In effect, the impact of the norms of the International Law of Human Rights has been having already for a long time repercussions in the *corpus juris* and application of International Humanitarian Law: the approximations and convergences between those two branches of Law, and also of the International Law of Refugees, at both normative as well as hermeneutic and operational levels, have contributed to overcome the artificial compartmentalizations of the past, and to improve and strengthen the international protection of the human person – as *titulaire* of the rights which are inherent to him/her – in every and any circumstances.⁵³ Thus, International Humanitarian Law gradually frees itself from a purely inter-State obsolete outlook, giving an increasingly greater emphasis – in the light of the principles of humanity – to the protected persons and to the responsibility for the violation of their rights.⁵⁴

The attempts of the past to deny to individuals the condition of subjects of international law, for not being recognized to them some of the capacities which States have (such as, e.g., that of treaty-making) are definitively devoid of any meaning. Nor at domestic law level, not all individuals participate, directly or indirectly, in the law-making process, and they do not thereby cease to be subjects of law. The international movement in favour of human rights, launched by the Universal Declaration of Human Rights of 1948, came to disauthorize these false analogies, and to overcome the traditional distinctions (e.g., on the basis of nationality): subjects of law are “all the human creatures”, as members of the “universal society”, it being “inconceivable” that the State comes to deny them this condition.⁵⁵

Moreover, individuals and non-governmental organizations (NGOs) assume nowadays an increasingly relevant role in the formation itself of *opinio juris communis*. If, some decades ago, it was possible to approach the process of formation of the norms of general international law with attention turned only to the “inter-State” and “State sources” of the “written forms of international law”,⁵⁶ in our days it is no longer possible not to recognize likewise “non-State sources”, ensuing from the performance of the organized civil society at international level.

At global level, Article 71 of the U.N. Charter has served as basis to the advisory *status* of NGOs acting in the ambit of the U.N., and resolution

1996/31, of 26.07.1996, of the U.N. Economic and Social Council (ECOSOC), regulates in detail the relations between the U.N. and NGOs with advisory *status*⁵⁷ (providing the framework for accreditation of these latter). NGOs have gained considerable visibility throughout the recent cycle of U.N. World Conferences (1992-2001), by their presence and lobbying in the Conferences themselves⁵⁸ or by their articulation in their own forums parallel to such Conferences.⁵⁹ In recent years, they have been entitled to present on a regular basis their *amici curiae* before international tribunals such as the Inter-American and the European Courts of Human Rights, and the *ad hoc* International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda.

At regional level, the Permanent Council of the Organization of American States (OAS) has issued directives (on 15.12.1999) governing the participation of NGOs and other entities of civil society in OAS activities; ever since they have appeared regularly before the Council and other OAS organs. And the European Convention on Recognition of the Legal Personality of International Non-Governmental Organizations (of 24.04.1986), on its turn, provides for the constitutive elements of the NGOs (Article 1) and for the *ratio legis* of their legal personality and capacity (Article 2). In recent years, individuals and NGOs have effectively participated in the *travaux préparatoires* of certain international treaties, or influenced them (e.g., the 1984 U.N. Convention against Torture and its 2002 Optional Protocol,⁶⁰ the 1989 U.N. Convention on the Rights of the Child,⁶¹ the 1991 Madrid Protocol (to the 1959 Antarctica Treaty) on Environmental Protection in the Antarctica,⁶² the 1997 Ottawa Convention on the Prohibition of Anti-Personnel Mines and on Their Destruction,⁶³ and the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court⁶⁴), and subsequently in the monitoring of their implementation.

The growing performance, at international level, of NGOs and other entities of civil society has had an inevitable impact in the theory of the subjects of International Law, contributing to render the individuals direct beneficiaries (without intermediaries) of the international norms, and subject of international law, and to put an end to the purely inter-State anachronistic dimension of this latter; moreover, their activities have contributed to the prevalence of superior common values in the ambit of international law.⁶⁵ Individuals, NGOs and other entities of civil society come, thus, to act in the process of formation as well as application of international norms.⁶⁶

This is symptomatic of the *democratization* of international relations,⁶⁷ parallel to a growing *conscientization* of the multiple subjects [of law – **actors?**] acting in the contemporary international scenario⁶⁸ in favour of universal values. Taking into account the presence in the contemporary international legal order not only of States and international organizations but also of individuals (however differentiated their legal *status* might be), Emmanuel Roucouas sustains that this is indicative of the rule of law in the international community, and rightly adds that

*“la préséance du droit traverse États, organisations et individus, et requiert ainsi l’action de toutes les composantes, identifiées aussi clairement que possible, de la communauté internationale.”*⁶⁹

In sum, the very process of formation and application of the norms of international law ceases to be a monopoly of the States. Furthermore, beyond the individual’s presence and participation in the international legal order, to the recognition of his rights, as subject of international law, ought to correspond the procedural capacity to vindicate them at international level. It is by means of the consolidation of the full international procedural capacity of individuals that the international protection of human rights becomes a reality.⁷⁰

But even if, by the circumstances of life, certain individuals (e.g., children, the mentally ill, aged persons, among others) cannot fully exercise their capacity (e.g., in civil law), this does not mean that they cease to be *titulaires* of rights, opposable even to the State.⁷¹ Irrespective of the circumstances, the individual is subject *jure suo* of international law, as sustained by the more lucid doctrine, since the writings of the so-called founding-fathers of the discipline.⁷² Human rights were conceived as *inherent* to every human being, independently of any circumstances.

V. THE RESCUE OF THE INDIVIDUAL AS SUBJECT OF INTERNATIONAL LAW

It could be argued that the contemporary world is entirely distinct from that of the epoch of the so-called founding fathers of international law (*supra*), who called for a *civitas maxima* ruled by the law of nations (*droit des gens*). Even though one is before two different world scenarios (no one would deny it), the human aspiration remains, however, the same, that is, that of the construction of an international legal order applicable both to State (and international

organizations) and to individuals, pursuant to certain universal standards of justice.

One has constantly identified a continuous “rebirth” of natural law, even though this latter has never disappeared. This has taken place amidst the conservative outlook and degeneration of legal positivism, consubstantiating the *status quo*, with its typical subservience to power (also in authoritarian, dictatorial and totalitarian regimes). It is no longer a return to classic natural law, but rather the assertion or restoration of a pattern of justice, whereby positive law is evaluated.⁷³ The continuous “rebirth” of natural law reinforces the universality of human rights, as inherent to all human beings, – in contraposition to positive norms, which lack universality, for varying from one social milieu to another.⁷⁴ Hence the importance of the juridical personality of the *titulaire* of rights,⁷⁵ also as a limit to the arbitrary manifestations of State power.

Early in the XXth century, in the inter-war period, J. Spiropoulos lucidly argued that the gradual emancipation of the individual from the tutelage of the all-powerful State, anticipated Spiropoulos in 1928, is no longer a “question of time”, for “imposing itself as a necessary consequence of the evolution of the international organization” of the new times.⁷⁶ N. Politis, likewise, was an early and eloquent supporter of the recognition of the international legal personality of individuals, who were the final addressees of all Law.⁷⁷

The “eternal return” or “rebirth” of jusnaturalism has been reckoned by the jusinternationalists themselves,⁷⁸ much contributing to the assertion and the consolidation of the primacy, in the order of values,⁷⁹ of the State obligations as to human rights, and of the recognition of their necessary compliance *vis-à-vis* the international community as a whole.⁸⁰ This latter, witnessing the moralization of Law itself, assumes the vindication of common superior interests.⁸¹ One has gradually turned to conceive a truly *universal* legal system.

Still under the impact of the II world war, international law experts acknowledged the need to reconstruct international law on the basis of the recognition of the condition of the individual as its subject and of his access to international justice. The human person was the reason and ultimate end of all law, and only thereby would it be possible to “régénérer le droit international sur une base à la fois morale et juridique”.⁸² In a report to the *Institut de Droit International* (Lausanne session) in 1947, Charles de Visscher stressed the

close connection between human rights and natural law in the framework of the historical evolution of *jus gentium*.⁸³

The individual, as subject of international law on his own right, was certainly distinguishable from his own State, and a wrong done to him was a breach of classical *jus gentium*, as universal minimal law.⁸⁴ The early international experiments which for decades had been granting international procedural capacity to the individuals (such as the minorities, mandates and trusteeship systems, *supra*) reflect, in fact, the recognition of superior common values consubstantiated in the imperative of protection of the human being in any circumstances.

The whole new *corpus juris* of the International Law of Human Rights has been constructed on the basis of the imperatives of protection and the superior interests of the human being, irrespectively of his link of nationality or of his political statute, or any other situation or circumstance. Hence the importance assumed, in this new law of protection, by the legal personality of the individual, as subject of both domestic and international law.⁸⁵ The application and expansion of the International Law of Human Rights, in turn, has repercussions, not surprisingly, and with a sensible impact, in the trends of contemporary Public International Law.⁸⁶

As contemporary Public International Law recognizes rights and duties to the individuals (as evidenced by the international instruments of human rights), one cannot deny them international personality, without which that recognition could not take place. International Law itself, in recognizing rights inherent to every human being, disauthorizes the archaic positivist dogma which pretended, in an authoritarian way, to reduce those rights to those “granted” by the State. The recognition of the individual as subject of both domestic and international law, endowed in both of full procedural capacity (cf. *infra*), represent a true juridical revolution, to which we have the duty to contribute. This revolution comes at last to give an ethical content to the norms of both domestic public law and international law.

In fact, already in the first decades of the XXth century one recognized the manifest inconveniences of the protection of the individuals by the intermediary of their respective States of nationality, that is, by the exercise of discretionary diplomatic protection, which rendered the “complaining” States at a time “judges and parties”. One started, as a consequence, to overcome such inconveniences, to nourish the idea of the *direct*

access of the individuals to the international jurisdiction, under certain conditions, to vindicate their rights against the States, – a theme which came to be effectively considered by the *Institut de Droit International* in its sessions of 1927 and 1929.⁸⁷

In a monograph published in 1931, the Russian jurist André Mandelstam warned as to the necessity of the recognition of a *juridical minimum* – with the primacy of international law and of human rights over the State legal order, – below which the international community should not allow the State to fall.⁸⁸ In his vision, the “horrible experience of our time” demonstrated the urgency of the necessary acknowledgement of this *juridical minimum*, to put an end to the “unlimited power” of the State over the life and the freedom of its citizens, and to the “complete impunity” of the State in breach of the “most sacred rights of the individual”.⁸⁹

In his celebrated *Précis du Droit des Gens* (1932-1934), Georges Scelle criticizes the fiction of the contraposition of an “inter-State society” to a (national) society of individuals: one and the other are formed by individuals, subjects of domestic law and of international law, whether they are individuals moved by private interests, or endowed with public functions (rulers and public officials), in charge of looking after the interests of national and international collectivities.⁹⁰ In a particularly significant passage of his work, Scelle, in identifying (already at the early thirties) “the movement of extension of the legal personality of individuals”, pondered that

“le seul fait que des recours super-étatiques sont institués au profit de certains individus, montre que ces individus sont désormais dotés d’une certaine compétence par le Droit international, et que la compétence des gouvernants et agents de cette société internationale est *liée* corrélativement. Les individus sont à la fois sujets de droit des collectivités nationales et de la collectivité internationale globale: ils sont *directement* sujets de droit des gens.”⁹¹

The fact of States being composed of individual human beings – with all its consequences – did not pass unperceived by other authors, who singled out the importance of the attribution to individuals of remedies in the ambit of the international mechanisms of protection of their rights.⁹² There were those to whom “the attribution of personality of international law to the individual” constitutes the domain in which “the branch of Law most progressed in the last decades”.⁹³

Very early in Latin America the international legal doctrine flourished on a humanist basis. Thus, already in the XIXth century, in his pioneering work on *Principles of International Law* (1832), Andrés Bello founded international law on natural law, which, applied to nations,

“considered the human kind (...) as a great society of which each of them was member, and in which some in respect of others have the same duties than the individuals of the human species *inter se*.”⁹⁴

Also in the American continent, in the XXth century, even before the adoption of the American and Universal Declarations of Human Rights of 1948, doctrinal manifestations flourished in favour of the international juridical personality of the individuals, such as those which are found, for example, in the writings of Alejandro

Álvarez⁹⁵ and Hildebrando Accioli.⁹⁶

Likewise, Levi Carneiro sustained that there did not subsist any doctrinal obstacle to the admission of individual complaints before international justice; international law was increasingly more attentive to the individual, as the State, “created in the interests of the individual, cannot superimpose itself to this latter”.⁹⁷ And Philip Jessup, in 1948, pondered that the old conception of State sovereignty was not consistent with the higher interests of the international community and the *status* of the individual as subject of international.⁹⁸

In Europe, Hersch Lauterpacht, in a substantial work published in 1950, did not hesitate to assert that “the individual is the final subject of all law”, there being nothing inherent to international law impeding him to become subject of the law of nations and to become a party in proceedings before international tribunals.⁹⁹ The common good, at both national and international levels, is conditioned by the well-being of individual human beings who compose the collectivity at issue.¹⁰⁰ Such recognition of the individual as subject of rights also at international law level brings about a clear rejection of the old positivist dogmas, discredited and unsustainable, of the dualism of subjects in the domestic and international orders, and of the “will” of States as exclusive “source” of international law.¹⁰¹ In a perspicacious essay, published also in 1950, Maurice Bourquin pondered that the growing concern of the international law of the epoch with the problems which affected directly the human being revealed the overcoming of the old exclusively inter-State vision of the international legal order.¹⁰²

In his course delivered at the Hague Academy of International Law, three years later, in 1953, Constantin Eustathiades linked the international subjectivity of the individuals to the broad theme of the international responsibility (of them, parallel to that of the States). As a reaction of the universal juridical conscience, the recognition of the rights and duties of the individual at international level, and his capacity to act in order to defend his rights, are linked to his capacity to the international delict; international responsibility thus comprises, in his vision, both the protection of human rights as well as the punishment of war criminals (forming a whole).¹⁰³ This development heralded the emancipation of the individual from the tutelage of his State. Given, thus, the capacity of the individual, not only to lodge an international complaint against a State (which can be his own) in the protection of his own rights, but also to comit a delict at international level, – added Eustathiades, – one cannot deny his condition of subject of international law.¹⁰⁴

To the same conclusion Paul Guggenheim arrived, in a course delivered also at the Hague Academy, one year earlier, in 1952: as the individual is “subject of duties” at international law level, one cannot deny his international legal personality, recognized also in fact by *customary* international law itself.¹⁰⁵ Still in the mid-XXth century, in the first years of application of the European Convention on Human Rights, Giuseppe Sperduti wrote that the individuals had become “*titulaires* of legitimate international interests”, as in international law, a process of emancipation of the individuals from the “exclusive tutelage of the State agents” had already started.¹⁰⁶ The juridical experience itself of the epoch contradicted categorically the unfounded theory according to which the individuals were simple *objects* of the international legal order, and destructed other prejudices of State positivism.¹⁰⁷ In the legal doctrine of that time the recognition of the expansion of the protection of individuals at the international legal order became evident.¹⁰⁸

To B.V.A. Röling, writing so lucidly in 1960, as from the reaction to the horrors of the II world war the individual emerged in international law as bearer of international rights as well as obligations; the new international law came to evolve “around the individual”.¹⁰⁹ The human person was no longer left at the mercy of her own nation-State, as her rights emanated directly from international law. Such historical recovery of the human person as subject of international law could not, in his view, be dissociated from a phenomenon he referred to in eloquent terms: the revival of natural law after

the II world war, on the basis of the general principles of law, and parallel to “the failure of the then prevailing method of legal positivism”.¹¹⁰ This was reassuring, he added, as

“Humanity of today instinctively turns to this natural law, for the function of law is to serve the well-being of man, whereas present positive international law tends to his destruction.”¹¹¹

This view was in keeping with the posture upheld by the Japanese jurist Kotaro Tanaka, in his Opinions in cases before ICJ at The Hague in that epoch, that is, an international law transcending the limitations of legal positivism,¹¹² and thus capable of responding effectively to the needs and aspirations of the international community as a whole.¹¹³ In the late sixties, the pressing need was pointed out of protecting internationally the human person both individually and *in groups* (cf. *infra*), for unless such international protection was secured to individuals and groups of them, “the fate of the individual” would be “at the mercy of some *Staatsrecht*”.¹¹⁴

In an essay published in 1967, René Cassin, who had participated in the preparatory process of the elaboration of the Universal Declaration of Human Rights of 1948,¹¹⁵ stressed with eloquence the advance represented by the access of the individuals to international instances of protection, secured by many human rights treaties:

–“(...) If there still subsist on earth great zones where millions of men and women, resigned to their destiny, do not dare to utter the least complaint nor even to conceive that any remedy whatsoever is made possible, those territories diminish day after day. The awakening of conscience that an emancipation is possible, becomes increasingly more general. (...) The first condition of all justice, namely, the possibility of cornering the powerful so as to subject them to (...) public control, is nowadays fulfilled much more often than in the past. (...) The fact that the resignation without hope, that the wall of silence and that the absence of any remedy are in the process of reduction or disappearance, opens to moving humanity encouraging perspectives (...).”¹¹⁶

In the articulation of Paul Reuter, as from the moment in which two basic conditions are fulfilled, individuals become subjects of international law; those conditions are, firstly, “to be *titulaires* of rights and obligations established directly by international law”, and, secondly, “to be *titulaires* of rights and obligations sanctioned directly by international law”.¹¹⁷ To the French jurist, as from the moment

when the individual is granted a remedy before an organ of international protection (access to international jurisdiction) and can, thus, initiate the procedure of protection, he becomes subject of international law.¹¹⁸

In the same line of thinking, “the true cornerstone of the international legal personality of the individual”, in the view of Eduardo Jiménez de Aréchaga, lies in the attribution of rights and the means of action to secure them. As from the moment when this occurs, as it effectively occurred at international level, – added the Uruguayan jurist, – it becomes evident that “there is nothing inherent to the structure of the international legal order” which impedes the recognition to the individuals of rights that emanate directly from International Law, as well as international remedies for the protection of those rights.¹¹⁹

In a study published in 1983, J. Barberis pondered that, for individuals to be subjects of law, it is necessary that the legal order at issue attributes to them rights or obligations (as is the case of international law); the subjects of law are, thus, heterogeneous, – he added, – and the theoreticians who beheld only the States as such subjects simply distorted the reality, failing to take into account the transformations undergone by the international community, for coming to admit this latter that non-State actors also possess international legal personality.¹²⁰ In fact, successive studies of instruments of international protection came to emphasize precisely the historical importance of the recognition of the international legal personality of individuals as complaining party before international organs.¹²¹

In my own lectures delivered at the Hague Academy of International Law in 1987, I pondered that the continuous expansion of international law is also reflected in the multiple contemporary mechanisms of international protection of human rights, the operation of which cannot be dissociated from the new values acknowledged by the international community.¹²² At last individuals were enabled “to exercise rights emanating directly from international law (*droit des gens*)”. And I added:

“In this connection, the insight and conception of Vitoria developed in his manuscripts of 1532 (made public in 1538-1539), can be properly recalled in 1987, four-and-a-half centuries later: it was a conception of a universal law of nations, of individuals socially organized in States and also composing humanity (...); redress of violations of (human) rights, in fulfilment of an international need, owed its existence to the

law of nations, with the same principles of justice applying to both States and individuals or peoples forming them.

(...) There is a growing and generalized acknowledgement that human rights, rather than deriving from the State (or from the will of individuals composing the State), all inhere in the human person, in whom they find their ultimate point of convergence. (...) The non-observance of human rights entails the international responsibility of States for treatment of the human person.”¹²³

VI. THE LEGAL PERSONALITY OF THE INDIVIDUAL AS A RESPONSE TO A NEED OF THE INTERNATIONAL COMMUNITY

International law itself, in recognizing rights inherent to every human being, has disauthorized the archaic positivist dogma which, in an authoritarian way, intended to reduce such rights to those “conceded” by the State. The recognition of the individual as subject of both domestic law and international law, represents a true juridical revolution, – to which we have the duty to contribute in the search for the prevalence of superior values, – which comes at last to give an ethical content to the norms of both public domestic law and international law. This transformation, proper of our time, corresponds, in its turn, to the recognition of the necessity that all States are made answerable for the way they treat all human beings who are under their jurisdiction, so as to avoid new violations of human rights.

This accountability would simply not have been possible without the crystallization of the right of individual petition, amidst the recognition of the objective character of the positive obligations of protection and the acceptance of the collective guarantee of the compliance with them. This is the real meaning of the *historical rescue* of the individual as subject of the International Law of Human Rights¹²⁴ (cf. *supra*). In fact, the recognition of the juridical personality of the individuals fulfils a true *necessity* of the international community,¹²⁵ which today seeks to guide itself by common superior values.¹²⁶ This expansion of the international legal personality, nowadays encompassing that of individuals, is a remarkable feature of the irreversible evolution of contemporary international law itself.¹²⁷

The doctrinal trend which still insists in denying to the individuals the condition of subjects of International Law is based on a rigid definition of these latter, requiring from them not only to possess rights and obligations emanated from International Law, but also to participate in the process of creation of its norms and of the compliance with them. It so occurs that this rigid definition does not sustain itself, not even at the level of domestic law, in which it is not required – it has never been – from all individuals to participate in the creation and application of the legal norms in order to be subjects (*titulaires*) of rights, and to be bound by the duties, emanated from such norms.

Besides unsustainable, that conception appears contaminated by an ominous ideological dogmatism, which had as the main consequence to alienate the individual from the international legal order. It is surprising – if not astonishing, – besides regrettable, to see that conception repeated mechanically and *ad nauseam* by a part of doctrine, apparently trying to make believe that the intermediary of the State, between the individuals and the international legal order, would be something inevitable and permanent. Nothing could be more fallacious. In the brief historical period in which that Statist conception prevailed, in the light – or, more precisely, in the darkness – of legal positivism, successive atrocities were committed against the human being, in a scale without precedents.

It results quite clear today that there is nothing intrinsic to International Law that impedes or renders it impossible to non-State actors to enjoy international legal personality. No one in sane conscience would today dare to deny that the individuals effectively possess rights and obligations which emanate directly from International Law, with which they find themselves, therefore, in direct contact. And it is perfectly possible to conceptualize – even with greater precision – as subject of International Law any person or entity, *titulaire* of rights and obligations, which emanate directly from norms of International Law. It is the case of the individuals, who thus have strengthened this direct contact – without intermediaries – with the international legal order.¹²⁸

The international subjectivity of the human being (whether a child, an elderly person, a person with disability, a stateless person, or any other) erupted indeed with all vigour in the legal science of the XXth century, as a reaction of the universal juridical conscience against the successive atrocities committed against the human kind. An eloquent testimony of the erosion of the purely inter-State dimension of the international legal order is found

in the historical and pioneering Advisory Opinion n. 16 of the Inter-American Court, on the *Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (of 01.10.1999),¹²⁹ which has served as orientation to other international tribunals and has inspired the evolution *in statu nascendi* of the international case-law on the matter.

The Inter-American Court recognized, in the light of the impact of the *corpus juris* of the International Law of Human Rights on the international legal order itself, the crystallization of a true individual subjective right to information on consular assistance,¹³⁰ of which is *titulaire* every human being deprived of his freedom in another country;¹³¹ furthermore, it broke away from the traditional purely inter-State outlook of the matter,¹³² bringing support to numerous individuals victimized by poverty, discrimination, and deprived of freedom abroad.

The subsequent Advisory Opinion n. 17 of the Inter-American Court, on the *Juridical Condition and Human Rights of the Child* (of 28.08.2002), fits into the same line of assertion of the juridical emancipation of the human being, in stressing the consolidation of the juridical personality of the child, as a true subject of law and not simple object of protection, and irrespective of the extent of his legal capacity to exercise his rights for himself (capacity of exercise). In this respect, the 1989 U.N. Convention on the Rights of the Child recognizes subjective rights to the child as a subject of law, and further reckons that, given his vulnerability or existential condition, the child needs special protection and legal representation, while remaining a *titulaire* of rights; this is in accordance with the Kantian conception of every human person being ultimately an end in herself.¹³³

The juridical category of the international legal personality has not shown itself insensible to the *necessities* of the international community, among which appears with prominence that of providing protection to the human beings who compose it, in particular those who find themselves in a situation of special vulnerability, as do the children. In fact, doctrine and international case-law on the matter sustain that the subjects of law themselves in a legal system are endowed with attributes that fulfil the needs of the international community.¹³⁴

Hence, – as Paul de Visscher pointed out perspicaciously, – while “the concept of juridical person is unitary as concept”, given the fundamental unity of the human person who “finds in herself the ultimate justification of her own

rights”, the juridical capacity, on its turn, reveals a variety and multiplicity of scopes.¹³⁵ But such varieties of the extent of the juridical capacity, – including its limitations in relation to, e.g., the children, the elderly persons, the persons with mental disability, the stateless persons, among others, – in nothing affect the juridical personality of all human beings, as juridical expression of the dignity inherent to them.

VII. THE ATTRIBUTION OF DUTIES TO THE INDIVIDUAL DIRECTLY BY INTERNATIONAL LAW

As already indicated, to the legal doctrine of the XXth century it did not pass unnoticed that individuals, besides being *titulaires* of rights at international level, also have duties which are attributed to them by international law itself.¹³⁶ And, – what is more significant, – the grave violation of those duties, reflected in the crimes against humanity, engages the *international* individual penal responsibility, *independently* from what provides the *domestic* law on the matter.¹³⁷ Contemporary developments in international criminal law have, in fact, a direct incidence in the crystallization of both of the international individual penal responsibility (the individual subject, both active and passive, of international law, *titulaire* of rights as well as bearer of duties emanated directly from the law of nations (*droit des gens*), as well as the the principle of universal jurisdiction.

It may be added that the decisions of the U.N. Security Council to create the *ad hoc* International Criminal Tribunals for the former Yugoslavia¹³⁸ (1993) and for Rwanda¹³⁹ (1994), added to the establishment of the permanent International Criminal Court, for judging those responsible for grave violations of human rights and of International Humanitarian Law, gave a new impetus to the struggle of the international community against impunity, – as a violation *per se* of human rights,¹⁴⁰ – besides reaffirming the principle of the international penal responsibility of the individual¹⁴¹ for such violations, and seeking thus to prevent future crimes.¹⁴²

The process of *criminalization* of *grave* violations of human rights and of International Humanitarian Law¹⁴³ has, in fact, accompanied *pari passu* the evolution of contemporary international law itself: the establishment of an international criminal jurisdiction is regarded in our days as an element which strengthens the international law itself, overcoming basic insufficiencies of the past

as to the incapacity to punish war criminals.¹⁴⁴ The *travaux préparatoires*¹⁴⁵ of the Statute of the permanent International Criminal Court, adopted at the Rome Conference of 1998, as it would be expected, parallel to the responsibility of the State, contributed to the prompt recognition, in the ambit of future application of the Statute, of the individual international criminal responsibility, – what represents a great doctrinal advance in the struggle against impunity for the gravest international crimes.¹⁴⁶ This advance, in our days, is due to the intensification of the clamour of all humankind against the atrocities which have victimized millions of human beings everywhere, – atrocities which can no longer be tolerated and which ought to be fought with determination.¹⁴⁷

Attention ought to be drawn to the superior universal *values* which underlie the whole theme of the recent creation of an international criminal jurisdiction on a permanent basis. The crystallization of the international criminal responsibility of the individuals (parallel to the responsibility of the State), and the current process of criminalization of *grave* violations of human rights and of humanitarian law,¹⁴⁸ constitute elements of crucial importance to the struggle against impunity,¹⁴⁹ and to the treatment to be given to past violations, in the safeguard of human rights.

The consolidation of the international legal personality of individuals, as active as well as passive subjects of international law, enhances accountability in international law for abuses perpetrated against human beings. Thus, individuals are also bearers of duties under international law, and this reflects the consolidation of their international legal personality.¹⁵⁰ Developments in international legal personality and international accountability go hand in hand, and this whole evolution bears witness of the formation of the *opinio juris communis* to the effect that the gravity of certain violation of fundamental rights of the human person affects directly basic values of the international community as a whole.¹⁵¹

VIII. PERSONALITY AND CAPACITY: THE INDIVIDUAL'S ACCESS TO JUSTICE AT INTERNATIONAL LEVEL

Ultimately, all Law exists for the human being, and the law of nations is no exception to that, guaranteeing to the individual his rights and the respect for his personality.¹⁵² The respect for the

individual's personality at international level is instrumentalized by the international right of individual petition. It is for this reason that, in my Concurring Opinion in the case of *Castillo Petruzzi and Others versus Peru* (Preliminary Objections, Judgment of 04.09.1998) before the Inter-American Court of Human Rights, urged by the circumstances of the *cas d'espèce*, I saw it fit to characterize such international right of individual petition as a *fundamental clause* (*cláusula pétrea*) of the human rights treaties which provide for it,¹⁵³ adding that

- "The right of individual petition shelters, in fact, the last hope of those who did not find justice at national level. I would not refrain myself nor hesitate to add, – allowing myself the metaphor, – that the right of individual petition is undoubtedly the most luminous star in the universe of human rights."¹⁵⁴

Human rights do assert themselves against all forms or domination or arbitrary power.¹⁵⁵ In the public hearings before the Inter-American Court of Human Rights (mainly those pertaining to reparations), a point which has particularly drawn my attention has been the remark, increasingly more frequent, on the part of the victims or their relatives, in the sense that, were it not for their access to the international instance, justice would never have been made in their concrete cases. Without the right of individual petition, and the consequent access to justice at international level, the rights set forth in human rights treaties would be reduced to a little more than dead letter.

The human being emerges, at last, even in the most adverse conditions, as ultimate subject of Law, domestic as well as international. The case of the "*Street Children*" (case *Villagrán Morales and Others versus Guatemala*, 1999-2001), decided by the Inter-American Court, the first one of the kind in which the cause of the children abandoned in the streets was brought before an international human rights tribunal,¹⁵⁶ and in which some of those marginalized and forgotten by this world succeeded to resort to an international tribunal to vindicate their rights as human beings, is truly paradigmatic, and gives a clear and unequivocal testimony that the International Law of Human Rights has nowadays achieved its maturity.

In fact, in that case of the killing of the "*Street Children*", the mothers of the murdered children (and the grandmother of one of them), as poor and abandoned as their sons (and grandson), had access to the international jurisdiction, appeared before the Court (public hearings of 28/29.01.1999 and of 12.03.2001), and, due to the judgments of the Inter-

American Court (as to the merits, of 19.11.1999, and reparations, of 26.05.2001), which brought them redress, could at least recover their faith in human justice. As it can be inferred from this historical case of the "*Street Children*", the international juridical subjectivity of the individuals is nowadays an irreversible reality, and the violation of their fundamental rights, emanated directly from the international legal order, brings about juridical consequences.

As I have seen it fit to sum up in my Concurring Opinion in the aforementioned Advisory Opinion of the Inter-American Court on the *Juridical Condition and Human Rights of the Child* (2002),

"every human person is endowed with juridical personality, which imposes limits to State power. The juridical capacity varies in virtue of the juridical condition of each one to undertake certain acts. Yet, although such capacity of exercise varies, all individuals are endowed with juridical personality. Human rights reinforce the universal attribute of the human person, given that to all human beings correspond likewise the juridical personality and the protection of the Law, independently of her existential or juridical condition" (par. 34).

The international legal personality of human beings has in recent years been forcefully asserted, envisaging them not only in isolation but also in groups. The issue of the protection of minorities, for example, which occupied much space in the international agenda of the inter-war period (cf. *supra*), has reemerged in the post-cold war period¹⁵⁷ (with the irruption of so many internal armed conflicts in different latitudes); the entry into force, in February 1998, of the 1994 Framework Convention for the Protection of National Minorities of the Council of Europe, exemplifies the renewal of concern with the theme at issue.

When one comes to minorities or human collectivities, it is, more precisely, the individuals who compose them that are subjects of international law; thus, the protection they are entitled to, as such, is in fact extended, through them, to the groups they belong to. In this sense, the rights protected disclose an individual and a collective or social dimensions, but it is the human beings, members of such minorities or collectivities, who are, ultimately, the *titulaires* of those rights.¹⁵⁸ This approach was espoused by the Inter-American Court of Human Rights in the unprecedented decision (the first pronouncement of the kind by an international tribunal) in the case of the *Community Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua* (2001), which

safeguarded the right to communal property of their lands (under Article 21 of the American Convention on Human Rights) of the members of a whole indigenous community.¹⁵⁹

In this respect, the endeavours undertaken in both the United Nations and the OAS, along the nineties, to reach the recognition of indigenous peoples' rights through their projected and respective Declarations, pursuant to certain basic principles (such as, e.g., that of equality and non-discrimination), have emanated from human conscience. Those endeavours, – it has been suggested, – recognize the debt that humankind owes to indigenous peoples, due to the “historical misdeeds against them”, and a corresponding sense of duty to “undo the wrongs” done to them.¹⁶⁰ This particular development has, likewise, contributed to the expansion of the international legal personality of individuals (belonging to groups, minorities or human collectivities) as subjects of (contemporary) international law.

Still in respect of the human rights of individuals belonging to groups or human collectivities, reference is to be made to the recent and historical Advisory Opinion n. 18, on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants* (of 17.09.2003), of the Inter-American Court of Human Rights. The Court stressed that the migratory *status* cannot serve as justification for depriving them of the enjoyment and exercised of their human rights, including labour rights. The Court added that States cannot discriminate, or tolerate discriminatory situations, to the detriment of migrants, and ought to guarantee the due process of law to any person, irrespective of her migratory *status*.

The Court further warned that States cannot subordinate or condition the observance of the fundamental principle of equality before the law and non-discrimination to the aims of their migratory or other policies. In my Concurring Opinion I sustained that this fundamental principle belonged to the domain of *jus cogens*, and stressed the importance of the *erga omnes* obligations (encompassing also inter-individual relations) *vis-à-vis* the rights of undocumented migrants. The Advisory Opinion of the Court thus benefitted a considerable number of persons, those belonging to numerous groups of undocumented migrants, exposed to all sorts of abuses in numerous countries nowadays.

IX. FINAL OBSERVATIONS: THE HISTORICAL SIGNIFICANCE OF THE INTERNATIONAL SUBJECTIVITY OF THE INDIVIDUAL

The international juridical subjectivity of the human being, as foreseen by the so-called founders of international law (the *droit des gens*), is nowadays a reality. At this beginning of the XXIst century, this highly significant conquest can be appreciated within the framework of the historical process of *humanization* of international law, – to which it is a privilege to be able to contribute, – which, always attentive to fundamental values, comes to occupy itself more directly of the realization of superior common goals. Furthermore, the international (active) subjectivity of the individuals fulfils a true necessity of their *legitimatío ad causam*, to vindicate their rights, emanated directly from international law.

In the ambit of the International Law of Human Rights, in the European and inter-American systems of protection – endowed with international tribunals in operation – parallel to the legal personality, also the international processual capacity (*locus standi in judicio*) of the individuals is acknowledged today. This is a logical development, as it does not seem reasonable to conceive rights at international level without the corresponding procedural capacity to vindicate them; the individuals are effectively the true complainant party in the international *contentieux* of human rights. On the basis of the right of individual petition is erected the juridical mechanism of emancipation of the human being *vis-à-vis* his own State for the protection of his rights in the ambit of the International Law of Human Rights,¹⁶¹ – an emancipation which constitutes, in our days, a true juridical revolution, which comes at last to give an ethical content to the norms of both domestic public law and international law.

The recognition of the direct access of the individuals to the international justice reveals, at this beginning of the XXIst century, the new primacy of the *raison de l'humanité* over the *raison d'État*, inspiring the historical process of *humanization* of international law. Human conscience thus reaches in our days a degree of evolution which renders it possible to secure justice at international level by means of the safeguard of the rights of those who have been marginalized or excluded (cf. *supra*). The international legal

subjectivity of the individuals is nowadays an irreversible reality, and the human being emerges, at last, even in the most adverse conditions, as the ultimate subject of Law, both domestic and international, endowed with full juridico-procedural capacity.

Moreover, it should not pass unnoticed that individuals have already begun to participate effectively in the process of elaboration of norms of international law, which appears today much more complex than some decades ago. This phenomenon ensues from the democratization, which, in our days, comes to encompass also the international level. This is illustrated, as already pointed out, by the growing presence and participation of entities of the civil society (NGOs and others) in the international legal order, as verified in the *travaux préparatoires* of recent treaties as well as along the cycle of the great World Conferences of the United Nations during the nineties,¹⁶² which addressed issues of concern to humankind as a whole.

There have been instances of such entities of civil society dedicating themselves also to monitor the observance of, and compliance with, the international norms, thus bringing to an end the States' monopoly of the past in this domain. It is certain that, in this as in so many other domains of the discipline, it is no longer possible to approach international law from a merely inter-State outlook. The subjects of international law have, already for a long time, ceased to be reduced to territorial entities; more than half a century ago, as acknowledged in the celebrated Advisory Opinion of the International Court of Justice on *Reparations for Damages* (1949), the advent of international organizations had put an end to the States' monopoly of the international legal personality and capacity, with all the juridical consequences which ensued therefrom.¹⁶³

It appears quite clear nowadays that there is nothing intrinsic to international law that would impede, or renders it impossible, to non-State "actors" to be endowed with international legal personality and capacity. Yet, part of the contemporary legal doctrine keeps on referring to individuals as "actors" (rather than subjects) in the international legal order. This is not a juridical term, it is rather a term of art, to which no specific juridical contents and consequences are necessarily attached. To call

the individuals "actors" in international law is nothing but a platitude. They are true subjects of international law, bearers of rights and duties which emanate from international law.

No one in sane conscience would deny that individuals effectively possess rights and have duties which derive directly from international law, with which they thus are in direct contact. And it is perfectly possible to conceptualize as subject of international law, precisely, any person or entity, *titulaire* of rights and bearer of obligations, which emanate directly from norms of international law. It is the case of individuals, who have their direct contacts – without intermediaries – with the international legal order thus fostered and strengthened.

This evolution is to be appreciated in a wider dimension. The expansion of international legal personality, nowadays encompassing that of individuals as active and passive subjects of international law, goes *pari passu* with the acknowledgment of accountability in international law. This contributes ultimately to the international rule of law, to the realization of justice also at international level, thus fulfilling a long-standing aspiration of humankind.

In reaction to the successive atrocities which, along the XXth century, have victimized millions and millions of human beings, in a scale until then unknown in the history of humankind, the universal juridical conscience – as the ultimate *material source* of all Law, – has restituted to the human being his condition of subject of both domestic and international law, and final addressee of all legal norms, of national as well as international origin. Human beings were to benefit from that, and international law itself was thereby enriched and justified. International law liberated itself from the chains of statism, and again met with the conception of a true *jus gentium* (*droit des gens*), which, in its early beginnings, inspired its historical formation and evolution.¹⁶⁴ In our days, the way is paved for the construction of a new *jus gentium* of the XXIst century, the international law for humankind.

NOTAS

1. And which is due to come out in the original English language in a forthcoming issue of a leading Japanese international legal periodical.
2. It will be published, in its Japanese translation version, in a forthcoming issue of the *Law Review* of the University of Hiroshima.
3. This third lecture is currently under consideration by the Japan Federation of Bar Associations for a position paper that it is planning to issue on the subject in the course of the year 2005.
4. Cf., e.g., *inter alia*, A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección (Rapporteur: A.A. Cançado Trindade)*, vol. II, 2nd. ed., San José of Costa Rica, Inter-American Court of Human Rights, 2003, pp. 1-1015; A.A. Cançado Trindade, "Le nouveau Règlement de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme: quelques réflexions sur la condition de l'individu comme sujet du Droit international", in *Libertés, justice, tolérance – Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 351-365; A.A. Cançado Trindade, "A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional, 16 *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional – Madrid* (2003) pp. 237-288; A.A. Cançado Trindade, "Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne", 14 *Revue québécoise de droit international* (2001) n. 2, pp. 207-239.
5. A.A. Cançado Trindade, "Domestic Jurisdiction and Exhaustion of Local Remedies: A Comparative Analysis", 16 *Indian Journal of International Law – New Delhi* (1976), pp. 123-158; A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in the Inter-American System", 18 *Indian Journal of International Law – New Delhi* (1978) pp. 345-351; A.A. Cançado Trindade, "Denial of Justice and Its Relationship to Exhaustion of Local Remedies in International Law, 53 *Philippine Law Journal* (1978) n. 4, pp. 404-420; A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in Relation to Legislative Measures and Administrative Practices – the European Experience", 18 *Malaya Law Review – Singapore* (1976) pp. 257-280; A.A. Cançado Trindade, "Environment and Development: Formulation and Implementation of the Right to Development as a Human Right", 3 *Asian Yearbook of International Law* (1994), pp. 15-45.
6. A.A. Cançado Trindade, "The Right to a Fair Trial under the American Convention on Human Rights", in *The Right to Fair Trial in International and Comparative Perspective*, Hong Kong, University of Hong Kong, 1997, pp. 4-11; A.A. Cançado Trindade, "Aproximações ou Convergências entre o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos", in *Cadernos de Direito Internacional Humanitário*, Macao/China, Red Cross of Macao/China, 1997, pp. 249-283; A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", in *Japan and International Law – Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309; A.A. Cançado Trindade and D.J. Attard, "The Implications of the 'Common Concern of Mankind' Concept on Global Environmental Issues", in *Policies and Laws on Global Warming: International and Comparative Analysis* (ed. T. Iwama), Tokyo, Environmental Research Centre, 1991, pp. 7-13; A.A. Cançado Trindade and A. Malhotra, *Report of the Beijing Symposium on Developing Countries and International Environmental Law*, UNEP publication, Beijing/Nairobi, 1991, pp. 1-8; and cf. A.A. Cançado Trindade, "[Interview:] Jurists Back Universal Standard for Human Rights", in *South China Sunday Morning Post*, Hong Kong, 10.11.1996, p. 7.
7. A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", in *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI – Memoria del Seminario*, vol. I, 2nd. ed., San

- José of Costa Rica, Inter-American Court of Human Rights, 2003, pp. 3-68; A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", 6/7 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999), pp. 425-434; A.A. Cançado Trindade, "El Derecho de Petición Individual ante la Jurisdicción Internacional", 48 *Revista de la Facultad de Derecho de México* – UNAM (1998), pp. 131-151; A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", 30-31 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2001), pp. 45-71.
8. Cf. note (72), *infra*.
 9. A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Edit. University of Brasília, 1981, pp. 20-21. For an account of the formation of the classic doctrine, cf., *inter alia*, e.g., P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, vol. I, Geneva, Georg, 1967, pp. 13-32; A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5th. ed., Madrid, Aguilar, 1969 (reimpr.), pp. 47-62; Ch. de Visscher, *Théories et réalités en Droit international public*, 4th. rev. ed., Paris, Pédone, 1970, pp. 18-32; L. Le Fur, "La théorie du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne", 18 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1927), pp. 297-399.
 10. Cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez – Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 169-170.
 11. Cf. Francisco de Vitoria, *Relecciones – del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, México, Porrúa, 1985, pp. 1-101; A. Gómez Robledo, *op. cit.*, *infra* n. (21), pp. 30-39.
 12. Francisco de Vitoria, *De Indis – Relectio Prior* (1538-1539), in *Obras de Francisco de Vitoria – Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.
 13. J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law – Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford – Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 282-283, 140, 150, 163-165 and 172.
 14. *Ibid.*, pp. 140 and 170.
 15. F. de Vitoria, *La Ley (De Lege – Commentarium in Primam Secundae)*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 5, 23 and 77.
 16. P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 216 and 203.
 17. *Ibid.*, pp. 219-220 and 217.
 18. *Ibid.*, pp. 243 and 221. And cf., on his conception of *jus gentium*, H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis* (1625), The Hague, Nijhoff, 1948, pp. 6, 10 and 84-85.
 19. A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, pp. 48-55.
 20. A. Gentili, *De Jure Belli Libri Tres* (1612), vol. II, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford – Carnegie Endowment for International Peace, 1933, p. 8.
 21. Cf., in this respect, the classic essay by Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", 23 *British Year Book of International Law* (1946), pp. 1-53.
 22. Accordingly, the standards of justice applied *vis-à-vis* the States as well as the individuals; Hersch Lauterpacht, "The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man", 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943), pp. 7 and 21-31.
 23. *Ibid.*, p. 26.
 24. H. Wehberg, "Introduction", in S. Pufendorf, *Elementorum Jurisprudentiae Universalis Libri Duo* (1672), vol. II, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford – Carnegie Endowment for International Peace, 1931, pp. XIV, XVI and XXII.
 25. C. Sepúlveda, *Derecho Internacional*, 13th. ed., Mexico, Ed. Porrúa, 1983, pp. 28-29. Wolff beheld nation-States as members of a *civitas maxima*, a concept which Emmerich de Vattel (author of *Le Droit des Gens*, 1758), subsequently, invoking the necessity of "realism", pretended to replace by a "society of nations" (a less advanced concept); cf. F.S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment – The Background of Emmerich de Vattel's Le Droit des Gens*, Dobbs Ferry/N.Y., Oceana, 1975, p. 95; for a criticism to this step backwards (incapable of laying the foundation of the principle of *obligation* in international law), cf. J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6th. ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 38-40.
 26. C. Wolff, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (edition of 1764), vol. II, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford – Carnegie

- Endowment for International Peace, 1934, pp. 9-10.
27. *Ibid.*, pp. 10-11 and 13.
28. *Ibid.*, pp. 15-16.
29. *Ibid.*, p. 3.
30. C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69; and cf. also R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, pp. 164-165.
31. Cf., e.g., E. Jouannet, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du Droit international classique*, Paris, Pédone, 1998, pp. 255, 311, 318-319, 344 and 347.
32. P.P. Remec, *The Position of the Individual...*, op. cit., supra n. (18), pp. 36-37.
33. *Ibid.*, p. 37.
34. J. Spiropoulos, "L'individu et le droit international", 30 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1929) pp. 258 and 266. And cf. also G. Salvioli, "Variazioni su una vecchia questione di sistematica nel Diritto Internazionale", 16 *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* (1922-1923) pp. 445 and 447; J. de Soto, "L'individu comme sujet du droit des gens", in *La technique et les principes du Droit public – Études en l'honneur de G. Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ, 1950, pp. 687-716.
35. J. Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 66 and 33, and cf. p. 19.
36. *Ibid.*, p. 55; an evolution to this effect, he added, would have to bring us closer to the ideal of the *civitas maxima*.
37. Cf. L. Le Fur, "La théorie du droit naturel...", op. cit., supra n. (11), p. 263.
38. W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, p. 247.
39. Cf. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale – Nouvelles tendances", 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953), p. 405.
40. *Ibid.*, p. 406.
41. Such as H. Triepel and D. Anzilotti mainly.
42. For a criticism of the incapacity of the dualist theory to explain the access of individuals to international jurisdiction, cf. P. Reuter, "Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en Droit international public", in *La technique et les principes du Droit public – Études en l'honneur de G. Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ, 1950, pp. 542-543 and 551.
43. Cf., e.g., Y.A. Korovin, S.B. Krylov, *et alii*, *International Law*, Moscow, Academy of Sciences of the USSR/Institute of State and Law, [undated], pp. 93-98 and 15-18; G.I. Tunkin, *Droit international public – problèmes théoriques*, Paris, Pédone, 1965, pp. 19-34.
44. S. Glaser, "Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif", *Mélanges offerts à Henri Rolin – Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 117-118, and cf. pp. 105-106 and 114-116. Hence the importance of the compulsory jurisdiction of the judicial organs of the international protection of human rights; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104.
45. On the historical evolution of the legal personality in the law of nations, cf. H. Mosler, "Réflexions sur la personnalité juridique en Droit international public", *Mélanges offerts à Henri Rolin – Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 228-251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologna, Coop. Libr. Univ., 1972, pp. 9-268; G. Scelle, "Some Reflections on Juridical Personality in International Law", in *Law and Politics in the World Community* (ed. G.A. Lipsky), Berkeley/L.A., University of California Press, 1953, pp. 49-58 and 336; J.A. Barberis, *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17-35; J.A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", 179 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1983) pp. 157-238; A.A. Cançado Trindade, "The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts", *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/Asser Instituut, The Hague, July 1995), The Hague, Asser Instituut, 1996, pp. 157-162 and 166-167; C. Dominicé, "La personnalité juridique dans le système du droit des gens" *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century – Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 147-171; M. Virally, "Droits de l'homme et théorie générale du Droit international", *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. IV, Paris, Pédone, 1972, pp. 328-329.

46. Cf., e.g., P. de Azcárate, *League of Nations and National Minorities: An Experiment*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 1945, pp. 123-130; J. Stone, *International Guarantees of Minorities Rights*, Oxford, University Press, 1932, p. 56; A.N. Mandelstam, "La protection des minorités", 1 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1923), pp. 363-519; M.St. Korowicz, *Une expérience de Droit international – La protection des minorités de Haute-Silésie*, Paris, Pédone, 1946, pp. 9-174; G. Kaeckenbeeck, *The International Experiment of Upper Silesia*, Oxford, University Press, 1942, pp. 359, 93 and 86.
47. Cf., e.g., G. Diena, "Les mandats internationaux", 5 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1924) pp. 246-261; N. Bentwich, *The Mandates System*, London, Longmans, 1930, p. 114; Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*, Chicago, University Press, 1930, pp. 169-172; D.F.W. van Rens, *Les mandats internationaux – le contrôle international de l'administration mandataire*, vol. I, Paris, Rousseau et Cie., 1927, p. 99.
48. C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 109-131; A.A. Cançado Trindade, "Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century", 24 *Netherlands International Law Review/Nederlands Tijdschrift voor internationale Recht* (1977), pp. 373-392.
49. Cf., e.g., C.E. Toussaint, *The Trusteeship System of the United Nations*, London, Stevens, 1956, pp. 39, 47 and 249-250; J. Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 48-136; G. Vedovato, "Les accords de tutelle", 76 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1950), pp. 613-694.
50. Cf., e.g., C.Th. Eustathiades, "Une nouvelle expérience en Droit international – Les recours individuels à la Commission des droits de l'homme", in *Grundprobleme des internationalen Rechts – Festschrift für J. Spiropoulos*, Bonn, Schimmlerbusch, 1957, pp. 111-137, esp. pp. 77 and 121 n. 32.
51. S. Glaser, op. cit., supra n. (46), p. 123.
52. K.J. Partsch, "Individuals in International Law", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 2, Elsevier, Max Planck Institute/North-Holland Ed., 1995, p. 959.
53. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias*, Geneva, ICRC, 1996, pp. 1-66; and cf. A.A. Cançado Trindade, G. Peytrignet and J. Ruiz de Santiago, *Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana: Derechos Humanos, Derecho Humanitario, Derecho de los Refugiados*, Mexico, Ed. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2003, pp. 1-169.
54. Th. Meron, "The Humanization of Humanitarian Law", 94 *American Journal of International Law* (2000), pp. 239-278.
55. R. Cassin, "L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle", in *La technique et les principes du Droit public – Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 81-82.
56. Cf. R. Pinto, "Tendances de l'élaboration des formes écrites du Droit international", in *L'élaboration du Droit international public* (Colloque de Toulouse, Société Française pour le Droit International), Paris, Pédone, 1975, pp. 13-30.
57. For a general study, cf., e.g., F. Hondius, "La reconnaissance et la protection des ONGs en Droit international", 1 *Associations Transnationales* (2000) pp. 2-4; M.H. Posner and C. Whittome, "The Status of Human Rights NGOs", 25 *Columbia Human Rights Law Review* (1994) pp. 269-290; J. Ebbesson, "The Notion of Public Participation in International Environmental Law", 8 *Yearbook of International Environmental Law* (1997), pp. 51-97.
58. The Rules of Procedure of the Preparatory Committee to the U.N. World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance (Durban, 2001), e.g., contained a provision (Rule 66) which regulated the participation of NGOs directly in its own work (as from May 2000).
59. For my personal recollections of the World NGO Forum parallel to the U.N. II World Conference on Human Rights (Vienna, 1993), cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2nd. ed., Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 220-231; and cf. also M. Nowak (ed.), *World Conference on Human Rights* (Vienna, June

- 1993) – *The Contribution of NGOs, Reports and Documents*, Wien, Manzschke Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1994, pp. 1-231.
60. N.S. Rodley, “Human Rights NGOs: Rights and Obligations (Present Status and Perspectives)”, in *The Legitimacy of the United Nations: Towards an Enhanced Legal Status of Non-State Actors* (Proceedings of the 1995 Maastricht Symposium), Utrecht, SIM, 1997, p. 43, and cf. pp. 54 and 60.
61. For a general study, cf. S. Detrick (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child – A Guide to the Travaux Préparatoires*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, pp. 1-703.
62. G. Breton-Le Goff, *L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruxelles, Bruylant/Éd. Y. Blais, 2001, pp. 33, 58, 60, 143-144 and 191-192.
63. Cf. K. Anderson, “The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society”, 11 *European Journal of International Law* (2000) pp. 91-120; and cf. B. Stern, “La société civile internationale et la mise-en-oeuvre du droit international: l'exemple de la Convention d'Ottawa sur l'élimination des mines antipersonnel”, in *L'émergence de la société civile internationale: vers la privatisation du droit international?* (eds. H. Gherari and S. Szurek), Paris, Pédone, 2003, pp. 105-123.
64. R. Wedgwood, “Legal Personality and the Role of Non-Governmental Organizations and Non-State Political Entities in the United Nations System”, in *Non-State Actors as New Subjects of International Law* (Proceedings of the Kiel Symposium of 1998, eds. R. Hofmann and N. Geissler), Berlin, Duncker & Humblot, 1999, pp. 25-26; P. Klein, “Les Nations Unies, les États et la société civile: la place et le rôle des organisations non gouvernementales au sein de l'ONU”, in *La démocratisation du système des Nations Unies* (Colloque d'Aix-en-Provence de 2000, ed. R. Mehdi), Paris, Pédone, 2001, pp. 106-107.
65. R. Ranjeva, “Les organisations non-gouvernementales et la mise-en-oeuvre du Droit international”, 270 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1997), pp. 22, 50, 67-68, 74 and 101-102.
66. M. Bettati and P.-M. Dupuy, *Les O.N.G. et le Droit international*, Paris, Economica, 1986, pp. 1, 16, 19-20, 252-261 and 263-265.
67. Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, “Democracia y Derechos Humanos: Desarrollos Recientes, con Atención Especial al Continente Americano”, in *Federico Mayor Amicorum Liber – Solidarité, Égalité, Liberté – Livre d'Homage offert au Directeur Général de l'UNESCO à l'occasion de son 60e. Anniversaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 371-390.
68. Ph. Sands, “Turtles and Torturers: The Transformation of International Law”, 33 *New York University Journal of International Law and Politics* (2001), pp. 530, 543, 555 and 557-559.
69. E. Roucouinas, “Facteurs privés et Droit international public”, 299 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2002), p. 61, and cf., pp. 136-137 and 389-391.
70. Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales...*, op. cit., supra n. (46), pp. 17-96; A.A. Cançado Trindade, “The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments”, *Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle – Liber Amicorum Karel Vasak*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; A.A. Cançado Trindade, “The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century”, 30 *Columbia Human Rights Law Review – New York* (1998), pp. 1-27; A.A. Cançado Trindade, “Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne”, 14 *Revue québécoise de Droit international* (2001) n. 2, pp. 207-239; A.A. Cançado Trindade, “El Acceso Directo de los Individuos a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos”, *XXVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano – OEA* (2000), pp. 243-283.
71. P.N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 226-227.
72. Cf. *ibid.*, pp. 223 and 215.
73. C.J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196-197, 200-201 and 207. And cf., generally, e.g., Y.R. Simon, *The Tradition of Natural Law – A Philosopher's Reflections* (ed. V. Kuic), N.Y., Fordham Univ. Press, 2000 [reprint], pp. 3-189.
74. Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5th. ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1999, pp. 85 and 101.
75. *Ibid.*, p. 641.

76. J. Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 42-43 and 65.
77. Cf. N. Politis, *Les nouvelles tendances du Droit international*, Paris, Libr. Hachette, 1927, pp. 76-77, 82-83 and 89-90.
78. A. Truyol y Serra, "Théorie du Droit international public – Cours général", 183 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 142-143; L. Le Fur, "La théorie du droit naturel...", op. cit., supra n. (11), pp. 297-399; J. Puente Egido, "Natural Law", in *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max Planck Institute), vol. 7, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1984, pp. 344-349. – And cf., generally, J. Maritain, *O Homem e o Estado*, 4th. ed., Rio de Janeiro, Ed. Agir, 1966, p. 84, and cf. pp. 97-98 and 102; A.P. d'Entrèves, *Natural Law*, London, Hutchinson Univ. Libr., 1970 [reprint], pp. 13-203.
79. Gustav Radbruch, particularly sensitive – above all in the mature age – to the value of justice, summed up the diverse conceptions of natural law as disclosing the following common fundamental features: first, they all provide certain "judgments of juridical value with a given content"; second, such judgments, which are universal ones, have always as source, nature, or revelation, or reason; third, such value judgments are "accessible to rational knowledge"; and fourth, such judgments have primacy over positive laws contrary to them; in sum, "natural law ought to prevail always over positive law". G. Radbruch, *Filosofia do Direito*, vol. I, Coimbra, A. Amado Ed., 1961, p. 70.
80. J.A. Carrillo Salcedo, "Derechos Humanos y Derecho Internacional", 22 *Isegoría – Revista de Filosofía Moral y Política* – Madrid (2000), p. 75.
81. R.-J. Dupuy, "Communauté internationale et disparités de développement – Cours général de Droit international public", 165 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1979), pp. 190, 193 and 202.
82. Ch. de Visscher, "Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du Droit international – Rapport", in *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1947) p. 9. And cf. M. Pilotti, "Le recours des particuliers devant les juridictions internationales", in *Grundprobleme des internationalen Rechts – Festschrift für J. Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch, [1957], p. 351.
83. Ch. de Visscher, "Les droits fondamentaux de l'homme...", op. cit., supra n. (84), pp. 3-4.
84. C. Parry, "Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law", 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956), pp. 686-688 and 697-698.
85. Cf. note (47), supra.
86. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2nd. ed., Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 33-50; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 23-194; A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 1048-1109; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 15-58 and 375-427.
87. S. Sfériadès, "Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales", 51 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1935), pp. 23-25 e 54-60.
88. A.N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Éds. Internationales, 1931, pp. 95-96, e cf. p. 103.
89. *Ibid.*, p. 138.
90. G. Scelle, *Précis de Droit des Gens – Principes et systématique*, parte I, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 (reimpr. do CNRS, 1984), pp. 42-44.
91. *Ibid.*, p. 48.
92. Lord McNair, *Selected Papers and Bibliography*, Leiden/N.Y., Sijthoff/Oceana, 1974, pp. 329 and 249.
93. A. Gonçalves Pereira and F. de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 3rd. rev. ed., Coimbra, Almedina, 1995, p. 405, and cf. pp. 381-408.
94. A. Bello, *Principios de Derecho Internacional* (1832), 3rd. ed., Paris, Libr. Garnier Hermanos, 1873, pp. 11-12.
95. A. Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes – El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 46-47 and 457-463, and cf. pp. 81, 91 and 499-500.
96. H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, 1a. ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, pp. 71-75.
97. Levi Carneiro, *O Direito Internacional e a Democracia*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco

- Fo. Ed., 1945, pp. 121 and 108, and cf. pp. 113, 35, 43, 126, 181 and 195.
98. Ph.C. Jessup, *A Modern Law of Nations – An Introduction*, New York, MacMillan Co., 1948, p. 41.
99. H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 69, 61 and 51.
100. *Ibid.*, p. 70.
101. Cf. *ibid.*, pp. 8-9. On the “natural right” of petition of individuals, exercised also in the general interest, cf. *ibid.*, pp. 247-251, and cf., pp. 286-291 and 337.
102. M. Bourquin, “L’humanisation du droit des gens”, *La technique et les principes du Droit public – Études en l’honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 21-54.
103. C.Th. Eustathiades, “Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale – nouvelles tendances”, 84 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1953) pp. 402, 412-413, 424, 586-589, 601 and 612. Human beings should thus be protected not only against State arbitrariness, but also against abuses by individuals themselves; *ibid.*, p. 614. Cf., no mesmo sentido, W. Friedmann, *The Changing Structure...*, op. cit., supra n. (40), pp. 234 and 248.
104. C.Th. Eustathiades, “Les sujets du Droit international...”, op. cit., supra n. (105), pp. 426-427, 547, 586-587, 608 and 610-611. Although not endorsing the theory of Duguit and Scelle (of the individuals as the sole subjects of international law), – regarded as expression of the “sociological school” of international law in France, – Eustathiades recognized in it the great merit of reacting to the traditional doctrine which visualized States as the sole subjects of international law; the recognition of the international subjectivity of individuals, parallel to that of States, came to transform the structure of international law and to foster the spirit of international solidarity; *ibid.*, pp. 604-610.
105. P. Guggenheim, “Les principes de Droit international public”, 80 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International* (1952), pp. 116, and cf., pp. 117-118.
106. G. Sperduti, “L’individu et le droit international”, 90 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1956), pp. 824, 821 e 764.
107. *Ibid.*, pp. 821-822; e cf. também G. Sperduti, *L’Individuo nel Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè Ed., 1950, pp. 104-107.
108. C. Parry, “Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law”, 90 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1956), p. 722.
109. B.V.A. Röling, *International Law in an Expanded World*, Amsterdam, Djambatan, 1960, p. XXII.
110. *Ibid.*, pp. 1-2.
111. *Ibid.*, p. 2.
112. 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; K. Tanaka wanted Law to be wholly liberated from both the State (“as asserted by Hegel and his followers”) and from the nation (*Völk*, – as asserted by Savigny and Puchta, and other jurists of the “historical school”); *ibid.*, p. 402.
113. 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.
114. J.J. Lador-Lederer, *International Group Protection*, Leyden, Sijthoff, 1968, p. 19.
115. As *rapporteur* of the Working Group of the United Nations Commission on Human Rights, entrusted with the preparation of the Draft Declaration (May 1947 to June 1948).
116. R. Cassin, “Vingt ans après la Déclaration Universelle”, 8 *Revue de la Commission Internationale de Juristes* (1967) n. 2, pp. 9-10.
117. P. Reuter, *Droit international public*, 7th. ed., Paris, PUF, 1993, p. 235, and cf., p. 106.
118. *Ibid.*, p. 238.
119. E. Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 207-208; and cf. A. Cassese, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 79-85.
120. J. Barberis, “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, 179 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1983), pp. 161, 169, 171-172, 178 e 181.

121. Cf., e.g., R. Cassin, "Vingt ans après la Déclaration Universelle", 8 *Revue de la Commission internationale de juristes* (1967) n. 2, pp. 9-17; W.P. Gormley, *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, The Hague, Nijhoff, 1966, pp. 1-194; C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 26-33 y 82-172; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, pp. 1-445; A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2nd. ed., Brasília, Edit. University of Brasília, 1997, pp. 1-327; A.Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20-34 and 341; F. Matscher, "La Posizione Processuale dell'Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", in *Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 601-620; J.A. Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a Barbarie – La Declaración Universal de Derechos Humanos, Cincuenta Años Después*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pp. 27-145; E.-I.A. Daes (rapporteur spécial), *La condition de l'individu et le Droit international contemporain*, U.N. doc. E/CN.4/Sub.2/1988/33, of 18.07.1988, pp. 1-92; J. Ruiz de Santiago, "Reflexiones sobre la Regulación Jurídica Internacional del Derecho de los Refugiados", in *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo* (ed. J. Irigoien Barrenne), Santiago, University of Chile, 1991, pp. 124-125 and 131-132; R.A. Mullerson, "Human Rights and the Individual as Subject of International Law: A Soviet View", 1 *European Journal of International Law* (1990) pp. 33-43; A. Debricon, "L'exercice efficace du droit de recours individuel", in *The Birth of European Human Rights Law – Liber Amicorum Studies in Honour of C.A. Norgaard* (eds. M. de Salvia and M.E. Villiger), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 237-242.
122. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987), pp. 32-33.
123. A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms...", op. cit., supra n. (124), pp. 411-412.
124. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional...", op. cit., supra n. (9), pp. 3-68. And cf. Inter-American Court of Human Rights, *Castillo Petruzzi and Others versus Peru* case (Preliminary Objections), Judgment of 04.09.1998, Series C, n. 41, Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, p. 62, par. 35.
125. As recognized decades ago; cf. A.N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Éds. Internationales, 1931, pp. 95-96, 103 and 138; Ch. de Visscher, "Rapport – `Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du Droit international'", *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1947) pp. 3 and 9; G. Scelle, *Précis de Droit des Gens – Principes et systématique*, part I, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 [CNRS reprint, 1984], p. 48; Lord McNair, *Selected Papers and Bibliography*, Leiden/N.Y., Sijthoff/Oceana, 1974, pp. 329 and 249.
126. As it can be inferred, e.g., from the historical case of the "Street Children" (case *Villagrán Morales and Others versus Guatemala*) before the Inter-American Court of Human Rights (1999-2001), the international juridical subjectivity of the individuals is nowadays an irreversible reality, and the violation of their fundamental rights, emanated directly from the international legal order, brings about juridical consequences.
127. C. Gutiérrez Espada, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, pp. 32, 231 and 74-76.
128. A.A. Cançado Trindade, "A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", in *Jornadas de Derecho Internacional* (Mexico City, December 2001), Washington D.C., OAS Under-Secretariat of Legal Affairs, 2002, pp. 311-347.
129. Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion OC-16/99, Series A, n. 16, pp. 3-123, pars. 1-141, and resolutive points 1-8.
130. Set forth in Article 36 of the 1963 Vienna Convention on Consular Relations and linked to the guarantees of the due process of law under Article 8 of the American Convention on Human Rights.
131. In that Opinion, the Inter-American Court lucidly pointed out that the rights set forth in Article 36(1) of the Vienna Convention on Consular Relations of 1963 "have the

characteristic that their *titulaire is the individual*. In effect, this provision is unequivocal in stating that the rights to consular information and notification are 'accorded' to the interested person. In this respect, Article 36 is a notable exception to the essentially Statist nature of the rights and obligations set forth elsewhere in the Vienna Convention on Consular Relations; as interpreted by this Court in the present Advisory Opinion, it represents a notable advance in respect of the traditional conceptions of International Law on the matter" (par. 82, emphasis added).

132. This Opinion, pioneering in international case-law, has had a remarkable impact in the countries of the region, which have sought to harmonize their practice with it, aiming at putting an end to abuses on the part of the police and to discrimination against poor and illiterate foreigners (mainly migrants), often victimized by all sorts of discrimination (also *de jure*) and injustice. The Inter-American Court thus gave a considerable contribution to the evolution itself of the Law in this respect.
133. D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 2002, pp. 93-96, 100 and 118-119; and cf. F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, 5th. ed., Paris, PUF, 2001, pp. 4-5, 22 and 74.
134. ICJ, Advisory Opinion on *Reparations for Damages*, *ICJ Reports* (1949), p. 178.
135. Paul de Visscher, "Cours Général de Droit international public", 136 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1972) p. 56, and cf. pp. 45 and 55.
136. As previously seen, e.g., already half-a-century ago, C. Eustathiades, in linking the international subjectivity of individuals to the general theme of the international responsibility, was attentive to the dimension both active and passive of such subjectivity, this latter in view of the capacity of the individual for the international delict (passive subject of the legal relationship – cf. *supra*).
137. M.Ch. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2nd. rev. ed., The Hague, Kluwer, 1999, pp. 106 and 118.
138. Cf. K. Lescure, *Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie*, Paris, Montchrestien, 1994, pp. 15-133; Antonio Cassese, "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Human Rights", 2 *European Human Rights Law Review* (1997) pp. 329-352; J.J. Shestack, "A Review and Critique of the Statute of the International Tribunal", 24 *Israel Yearbook on Human Rights* (1994) pp. 149-161; K. Ambos, "Defensa Penal ante el Tribunal de la ONU para la Antigua Yugoslavia", 25 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1997), pp. 11-28.
139. Cf. R.S. Lee, "The Rwanda Tribunal", 9 *Leiden Journal of International Law* (1996) pp. 37-61; [Various Authors,], "The Rwanda Tribunal: Its Role in the African Context", 37 *International Review of the Red Cross* (1997) n. 321, pp. 665-715 (studies by F. Harhoff, C. Aptel, D. Wembou, C.M. Peter, and G. Erasmus and N. Fourie); L.S. Sunga, "The Commission of Experts on Rwanda and the Creation of the International Criminal Tribunal for Rwanda – A Note", 16 *Human Rights Law Journal* (1995) pp. 121-124; O. Dubois, "Rwanda's National Criminal Courts and the International Tribunal", 37 *International Review of the Red Cross* (1997) n. 321, pp. 717-731.
140. W.A. Schabas, "Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach", 7 *Duke Journal of Comparative and International Law* (1997), pp. 461-517.
141. Cf., in this respect respect, e.g., D. Thiam, "Responsabilité internationale de l'individu en matière criminelle", in *International Law on the Eve of the Twenty-First Century – Views from the International Law Commission / Le droit international à l'aube du XXe siècle – Réflexions de codificateurs*, N.Y., U.N., 1997, pp. 329-337.
142. The antecedents of these recent endeavours of establishment of and international criminal jurisdiction go back to the old *ad hoc* international commissions of inquiry (as from 1919), and above all the *célèbres* Tribunals of Nuremberg (established in August 1945) and of Tokyo (established in January 1946). Cf. M.R. Marrus, *The Nuremberg War Crimes Trial 1945-1946 – A Documentary History*, Boston/ N.Y., Bedford Books, 1997, pp. 1-268; T. Maga, *Judgment at Tokyo – The Japanese War Crimes Trials*, Lexington, University Press of Kentucky, 2001, pp. 1-171; M.C. Bassiouni, "From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court", 10 *Harvard Human Rights Journal* (1997), pp. 11-62.
143. Cf. G. Abi-Saab, "The Concept of 'International Crimes' and Its Place in Contemporary International Law", in *International Crimes of State – A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility* (eds. J.H.H. Weiler, A. Cassese

- and M. Spinedi), Berlin, W. de Gruyter, 1989, pp. 141-150; B. Graefrath, "International Crimes – A Specific Regime of International Responsibility of States and Its Legal Consequences", in *ibid.*, pp. 161-169; P.-M. Dupuy, "Implications of the Institutionalization of International Crimes of States", in *ibid.*, pp. 170-185; M. Gounelle, "Quelques remarques sur la notion de 'crime international' et sur l'évolution de la responsabilité internationale de l'État", in *Mélanges offerts à P. Reuter – Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, pp. 315-326; L.C. Green, "Crimes under the I.L.C. 1991 Draft Code", *24 Israel Yearbook on Human Rights* (1994), pp. 19-39.
144. B. Broms, "The Establishment of an International Criminal Court", *24 Israel Yearbook on Human Rights* (1994), pp. 145-146.
145. Preceded by the Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind (first version, 1991), prepared by the U.N. International Law Commission, which, in 1994, concluded its (own) Draft Statute of a permanent International Criminal Court.
146. For a substantial and pioneering study, cf. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du droit international...", *op. cit.*, supra n. (105), pp. 401-614; and, on the individual responsibility for an illicit act (or omission) committed in compliance with a "superior (illegal) order", cf. L.C. Green, *Superior Orders in National and International Law*, Leyden, Sijthoff, 1976, pp. 250-251 and 218; Y. Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 93-253.
147. To this end, the adoption by the Statute of the International Criminal Court by the 1998 Rome Conference constitutes an achievement of the international community as a whole, in the struggle against impunity and in defence of dignity of the human person. Cf., generally, e.g., M.Ch. Bassiouni (ed.), *The Statute of the International Criminal Court – A Documentary History*, Ardsley/N.Y., Transnational Publs., 1998, pp. 1-793; R.S. Lee (ed.), *The International Criminal Court – The Making of the Rome Statute*, The Hague, Kluwer, 1999, pp. 1-639; W.A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge, University Press, 2001, pp. 1-164.
148. As an evidence of the greater space gained by the old ideal of the realization of international justice, the case-law is flourishing – among other international tribunals, – also of the *ad hoc* International Tribunals both (as from 1995) for the former Yugoslavia (e.g., cases *Tadic*, *Drazen Erdemovic*, *Blaskic*, *Mucic*, *Delic*, *Delalic and Landzo*, *Karadzic*, *Mladic e Stanasic*, *Zeljko Meakic et alii* (19 members of the Serbian forces), *Djukic*, *Lajic*, and case of the *Area of the Valley of the Rive Lasva* (27 Bosnian-Croat military and political leaders; 1995], – as well as (as from 1997) for Rwanda (cases *Ntakirutimana* and *Kanyabashi*). For a systematization of this case-law, cf. J.R.W.D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2nd. ed., Ardsley/N.Y., Transnational Publs., 1999, pp. 3-643.
149. In its judgment (as to the merits, of 08.03.1998) in the case of *Paniagua Morales and Others versus Guatemala* (also known as the "White Van" case), the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) that the occasion to warn as to the State's duty to struggle against impunity. It therein conceptualized *impunity* as "the total lack of investigation, prosecution, capture, trial and conviction of those responsible for violations of the rights protected by the American Convention, in view of the fact that the State has the obligation to use all the legal means at its disposal to combat that situation, since impunity fosters chronic recidivism of human rights violations, and total defencelessness of victims and their relatives" (Series C, n. 37, par. 173). The Court further affirmed that the State's duty to fight impunity (under Article 1(1) of the American Convention on Human Rights) required the organization of "the public power to guarantee to the persons under their jurisdiction the free and full exercise of human rights", a duty which – the Court added significantly – "imposes itself irrespective of the fact that those responsible for the violations of those rights are agents of the public power, private persons, or groups of them" (*ibid.*, par. 174).
150. H.-H. Jescheck, "The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute", *2 Journal of International Criminal Justice* (2004), p. 43.
151. Cf., e.g., A. Cassese, "Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?", in *Crimes internationaux et juridictions internationales* (eds. A. Cassese and M. Delmas-Marty), Paris, PUF, 2002, pp. 15-29; and cf., generally, [Various

- Authors], *La Criminalización de la Barbarie: La Corte Penal Internacional* (ed. J.A. Carrillo Salcedo), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 17-504.
152. F.A. von der Heydte, "L'individu et les tribunaux internationaux", 107 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1962) p. 301; cf. also, in this respect, e.g., E.M. Borchard, "The Access of Individuals to International Courts", 24 *American Journal of International Law* (1930), pp. 359-365.
153. To which one can add, – insofar as the American Convention on Human Rights is concerned, the other *fundamental clause* (*cláusula pétrea*) of the recognition of the competence of the Inter-American Court of Human Rights in contentious matters; for a study, cf. A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano...", op. cit., supra n. (9), pp. 3-68.
154. IACtHR, case *Castillo Petruzzi and Others versus Peru* (Preliminary Objections), Judgment of 04.09.1998, Series C, n. 41, Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, p. 62, par. 35.
155. A.A. Cançado Trindade, "The Future of the International Protection of Human Rights", *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber – Paix, Développement, Démocratie*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 961-986. – On the need to overcome the current challenges and obstacles to the prevalence of human rights, cf. A.A. Cançado Trindade, "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise-en-oeuvre: obstacles et enjeux", 158 *Revue internationale des sciences sociales – Paris/UNESCO* (1998), pp. 571-582.
156. IACtHR, case *Villagrán Morales and Others versus Guatemala*, Judgment (merits) of 19.11.1999, Series C, n. 63, pars. 1-253, and Joint Concurring Opinion of Judges A.A. Cançado Trindade and A. Abreu Burelli, pars. 1-11.
157. Cf., generally, P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1992 [reprint], pp. 38-54; F. Ermacora, "The Protection of Minorities before the United Nations", 182 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1983), pp. 257-347.
158. There are also international instruments, like the 1989 ILO Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (ILO Convention n. 169, in force as from 05.09.1991), which appear to lay more emphasis, as far as duties are concerned, on the human collectivities as such.
159. The Court pondered, in paragraph 141 of its Judgment (merits), that to the members of the indigenous communities (such as the present one) "the relationship with the land is not merely a question of possession and production but rather a material and spiritual element that they ought to enjoy fully, so as to preserve their cultural legacy and transmit it to future generations".
160. A. Meijknecht, *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Antwerpen/Groningen, Intersentia, 2001, pp. 228 and 233.
161. If the aforementioned right of petition had not been originally conceived and consistently understood in this way, very little would the international protection of human rights have advanced in this slightly over half a century of evolution. With the consolidation of the right of individual petition before international tribunals – the European and Inter-American Courts – of human rights, it is the international protection that attains its maturity.
162. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", in *Japan and International Law – Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309; A.A. Cançado Trindade, "Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)", 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994) pp. 9-57; A.A. Cançado Trindade, "Balance de los Resultados de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993)", in *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. 3, San José of Costa Rica, Inter-American Institute of Human Rights, 1995, pp. 17-45.
163. Cf., for a general study on the matter, A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 3rd. ed., Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2003, pp. 9-853.
164. A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional...", op. cit., supra n. (9), pp. 425-434.

O TRAFICO DE PESSOAS A LUZ DA NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

.....
BÁRBARA PINCOWSCA CARDOSO CAMPOS

Bacharel em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília; Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília e Assessora da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça.

I. INTRODUÇÃO

Apesar de ser um fenômeno antigo, a preocupação da comunidade internacional com o tráfico de pessoas tem atraído bastante atenção nos últimos anos. Aliás, o tema das migrações internacionais tornou-se uma das questões-chave que ganhou espaço na agenda política internacional no século XXI. Se, por um lado, é certo que haja similitudes entre o tráfico de pessoas e outras questões migratórias, não se pode afirmar, por outro lado, que todos os casos de tráfico sejam de migrantes irregulares ou vice-versa.

O fenômeno do tráfico de pessoas, intensificado nas últimas décadas, tem causas múltiplas. É resultado de uma combinação de diversos fatores políticos, econômicos, históricos, sociais e culturais, fatores que envolvem não só os Estados como também alimentam as expectativas e os sonhos dos que buscam alternativas para migrar. Por trás dos crescentes movimentos migratórios, incluindo as crescentes cifras sobre o tráfico, o que sempre aparece “como causa”, em alguma medida, são as enormes disparidades socioeconômicas, que aumentam cada vez mais as distâncias entre as nações desenvolvidas e os países em desenvolvimento.

O tráfico internacional de pessoas se insere, pois, no contexto das grandes correntes migratórias de hoje. Os números são alarmantes. Há estudos que apontam o tráfico de pessoas como um negócio tão lucrativo quanto o tráfico internacional de armas e de drogas. Estimativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) indicam que o tráfico de seres humanos fez aproximadamente 2,4 milhões de vítimas em 2005. A OIT calcula ainda que 43% foram vítimas de exploração sexual e 32% de exploração econômica. A verdade é que não é fácil determinar a real dimensão desse problema nos dias atuais, inclusive em razão da sua própria natureza ilícita.

O tema do tráfico de pessoas diz respeito não só a migrações internacionais, mas também a várias outras questões correlatas. Dada sua amplitude e complexidade, não pretendo abordar, nas linhas que se seguem, as causas, o histórico, as cifras ou a dimensão do tráfico internacional de pessoas. Sem esgotar o assunto, proponho-me examinar o entendimento do atual conceito de tráfico de pessoas à luz dos dois recentes instrumentos internacionais que abordam essa questão, bem como sob o prisma dos diversos tratados que conformam o *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por fim, deixo registro de algumas reflexões pessoais a respeito das políticas migratórias, cujos limites são demarcados pelos princípios e normas de direitos humanos.

II. TRÁFICO DE PESSOAS OU CONTRABANDO DE MIGRANTES?

Até pouco tempo, o único consenso entre aqueles que discutiam o tráfico de pessoas era de que não havia consenso sobre a sua definição. Essa problemática se mescla com um emaranhado de questões: migrações internacionais, crime organizado, cárcere privado, exploração sexual forçada, prostituição no exterior, novas formas de escravidão, exclusão social, globalização, para citar apenas algumas. Nos dizeres da Relatoria Especial sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes e de Membros de suas Famílias da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “o termo tráfico se emprega com pouco rigor, o que leva a que se termine englobando sob esse rótulo as condutas das mais diversas naturezas.”¹

O próprio tratamento dado pelo Direito Internacional a essa matéria tem uma longa história, que data de 1904, quando se adotou o primeiro tratado internacional sobre o assunto, o Acordo Internacional para a Supressão do Tráfico de Escravas

Branças. Do começo do século XX até o presente, alguns outros instrumentos foram adotados, mas a discussão sobre o complexo fenômeno do tráfico de pessoas só ganhou força, de fato, com a evolução e a consolidação da normativa internacional de proteção dos direitos humanos.

Sem que seja meu propósito traçar uma evolução histórica do assunto, comecemos pela definição de “tráfico de pessoas” que hoje é unanimemente aceita nos foros internacionais: a que consta no tão falado “Protocolo de Palermo”.

Contextualizando: em dezembro de 2000, foi aberta para assinaturas, na cidade de Palermo, na Itália, a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, adotada no âmbito do sistema ONU, pela Assembleia Geral, em 15 de novembro do mesmo ano. Essa Convenção, que passou a ser conhecida como “Convenção de Palermo”, foi complementada por dois Protocolos: um relativo ao tráfico de pessoas e outro, ao contrabando de migrantes. A partir daí, o conceito mais adotado sobre tráfico de pessoas é o que está no artigo 3º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças (doravante “Protocolo sobre Tráfico de Pessoas”), o qual dispõe:

“a expressão ‘tráfico de pessoas’ significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.”

À primeira leitura, e não por acaso, o conceito pode parecer confuso. Porém, é fácil extrair os três elementos-chave que distinguem o tráfico de pessoas de outros delitos semelhantes.

O primeiro diz respeito ao *deslocamento de pessoas*. O tráfico de seres humanos envolve, necessariamente, a migração. Pode acontecer dentro dos limites de um mesmo país, sem que haja o cruzamento de fronteiras internacionais. É, portanto, um movimento de pessoas dentro (tráfico interno) ou através de fronteiras nacionais (tráfico internacional). Esse deslocamento abarca, por sua

vez, três etapas: a fase de captação ou aliciamento (recrutamento); a do transporte ao local de destino (trânsito) e/ou; a fase da exploração das vítimas.

Outro requisito central presente neste conceito é o emprego de *meios ilícitos* em quaisquer das três etapas. Pela leitura do dispositivo, nota-se que o tráfico de pessoas só se configura se for utilizado algum meio de coerção, físico ou psíquico, capaz de viciar o consentimento ou a vontade da vítima, como a ameaça, a força, o engano etc.

Por fim, a nota verdadeiramente distintiva do tráfico é a *exploração*, aspecto que o diferencia de outras práticas violatórias aos direitos humanos que, por vezes, se associam às migrações irregulares. Contudo, vale ressaltar que tampouco existe consenso sobre o que seja exploração. Em geral, o termo “exploração”, no contexto do tráfico de pessoas, tem sido usualmente vinculado à idéia de se tirar algum proveito econômico das vítimas. Aliás, várias estimativas apontam que esse crime movimentava montantes volumosos de dinheiro. No relatório “Uma Aliança Global contra o Trabalho Forçado” da Organização Internacional do Trabalho (OIT), estima-se, por exemplo, o lucro anual produzido pelas redes criminosas em 31,6 bilhões de dólares.² O Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes (UNODC) também calcula o ganho das redes em cerca de 30 mil dólares para cada ser humano traficado de um país para o outro.

Na verdade, não definir o que seja “exploração”, principalmente a exploração sexual, foi uma decisão deliberada dos delegados participantes dos trabalhos preparatórios da Convenção de Palermo e de seus Protocolos. Como explica Damásio de Jesus, havia consenso de que a participação forçada na indústria do sexo constituiria tráfico, mas o mesmo não se poderia dizer da participação voluntária de adultos na prostituição.³ Segundo consta nas notas interpretativas dos *travaux préparatoires* da Convenção e dos Protocolos, as expressões “exploração da prostituição de outrem” e “outras formas de prostituição” não foram definidas no tratado para “não prejudicar a maneira em que os Estados Parte abordem a prostituição em seu respectivo direito interno.”⁴

Apesar de o próprio Protocolo não conceituar a “exploração”, tem prevalecido o entendimento de que a exploração envolveria, necessariamente, uma série de violações a direitos humanos protegidos e consagrados em diversas normas e instrumentos internacionais. As vítimas de tráfico sofrem abusos sexuais e violência. São submetidas a condições de vida e de trabalho desumanas e degradantes. Têm seus passaportes retidos e são constantemente

vigiadas. Suas famílias são ameaçadas. Sofrem tortura psicológica. Têm medo de procurar as autoridades. Prisão, detenção e deportação. É em razão dessas graves violações que, como abordarei nas seções seguintes, o Protocolo sobre o Tráfico de Pessoas deve ser sempre interpretado à luz da normativa internacional de proteção dos direitos humanos.

Isto posto, é fácil perceber que o tráfico de pessoas guarda semelhanças e diferenças com outros crimes e com outras questões migratórias. Em geral, as vítimas de tráfico atravessam as fronteiras internacionais sem a devida documentação, inserindo-se, assim, no grande volume de migrantes irregulares. Outros casos há em que, em busca de condições de vida mais dignas, as pessoas deixam seus países de origem na tentativa de conseguir melhores oportunidades de emprego e trabalho. Porém, sem vistos de trabalho ou de entrada, muitos precisam da “ajuda”, nem sempre de amigos e familiares, mas sim de “facilitadores” ligados às redes do crime organizado, para entrar irregularmente em outro país. Esses são os casos típicos do chamado tráfico de migrantes ou, para efeitos deste artigo, contrabando de migrantes.

Esse último caso é tratado especificamente no outro Protocolo à Convenção de Palermo. Trata-se do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea (doravante “Protocolo sobre Migrantes”).

Primeiramente, o leitor atento observará que os dois Protocolos da Convenção de Palermo usam expressão idêntica – a palavra “tráfico” – para abordar dois problemas que, como se verá, são inteiramente distintos. Portanto, julgo fundamental, de início, aclarar a confusão terminológica que se criou em torno das expressões “tráfico de pessoas” e “tráfico de migrantes”.

A propósito, já durante os trabalhos preparatórios dos Protocolos, levantou-se a dificuldade de tradução dos dois termos para outros idiomas.⁵ Inúmeras foram as expressões usadas para se referir aos conceitos em questão: tráfico de estrangeiros, tráfico ilícito de imigrantes, contrabando ilegal de migrantes, comércio de seres humanos, *human commodity trafficking*, entre tantas outras.

Curioso notar que essa confusão terminológica, fruto de uma infeliz tradução, apareceu tão somente na língua portuguesa, e não nos idiomas oficiais das Nações Unidas. A título de exemplo, nos idiomas espanhol, inglês e francês, têm-se as expressões *la trata de personas*, *trafficking in persons* e *la traite de personnes*, respectivamente, para se referir ao

tráfico de pessoas, tal como estabelece o já mencionado Protocolo relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças.

Quanto ao outro Protocolo, empregam-se as expressões *el tráfico ilícito de migrantes* (em espanhol), *smuggling of migrants* (em inglês) e *trafic illicite de migrants* (em francês). E qual a surpresa? Na versão em português desse Protocolo, usou-se o mesmo vocábulo, ou seja, “tráfico”. Temos, assim, um instrumento sobre tráfico de pessoas e outro sobre tráfico de migrantes, o que dá a entender que os dois têm o mesmo objeto, qual seja, o combate ao “tráfico”. Mais ainda, sugere também que a diferença entre os dois Protocolos reside tão somente nas vítimas que se pretende proteger, já que em um caso se trata de “pessoas, em especial mulheres e crianças” e, no segundo caso, de “migrantes”.

Assim, para diferenciar os dois casos (e na falta de terminologia melhor), tem-se utilizado a expressão “contrabando de migrantes”, em vez de “tráfico de migrantes”. Sem prolongar excessivamente esse debate, e para entender as distinções, vejamos a definição dada no artigo 3º do Protocolo sobre Migrantes:

“a expressão ‘tráfico de migrantes’ [ou ‘contrabando de migrantes’, para efeitos deste artigo] significa a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente.”

Em linhas gerais, nota-se que o objeto deste Protocolo é prevenir e combater as atividades daqueles que promovem a entrada irregular de uma pessoa em outro país. Eduardo Geronimi explica a diferença em um estudo encomendado pela OIT:

“À medida que não se produza violação alguma aos direitos humanos dos migrantes, e sem prejuízo da responsabilidade penal dos traficantes, o contrabando de migrantes constituirá essencialmente uma infração à legislação migratória, uma forma de facilitação da migração irregular ‘auxiliada por terceiros’.”⁶

Dito de outra forma: são pessoas ou grupos que oferecem “serviços” para facilitar a entrada de uma pessoa em um Estado distinto de seu de origem. Esses grupos, na verdade, tentam burlar o policiamento fronteiriço e os controles estatais, em uma ação que se assemelha, de fato, ao contrabando.

A já citada Relatoria sobre os Direitos dos Migrantes e suas Famílias da Comissão

Interamericana de Direitos Humanos, ao diferenciar o tráfico do contrabando, também chama a atenção para essas diferenças:

“não se pode comparar as pessoas que ajudam os amigos e parentes a entrar em um território de forma irregular, com a pessoa que induz em erro uma mulher jovem lhe oferecendo a possibilidade de migrar para outro país e termina obrigando-a a trabalhar como prostituta.”⁷

É importante ressaltar que o objetivo do Protocolo sobre Migrantes não é eliminar a migração irregular, mas sim o contrabando de migrantes e os crimes a ele conexos, como a elaboração de documento de viagem falso, por exemplo. O que se busca combater é a *promoção, facilitação ou o auxílio*, e não a entrada irregular. Não se trata, pois, de um tratado internacional que visa a coibir a migração, mas sim as atividades dos grupos criminosos organizados que, abusando da situação de vulnerabilidade daqueles que desejam migrar, obtêm lucros intermediando a entrada dessas pessoas nos países de destino. O artigo 5º do referido instrumento deixa claro que “os migrantes não estarão sujeitos a processos criminais (...), pelo fato de terem sido objeto dos atos enunciados no seu Artigo 6º.”

Assim, apesar de relacionados, há diferenças significativas entre o tráfico de pessoas e o contrabando de migrantes. Primeiro, ao contrário do tráfico (que pode ser interno ou internacional), o contrabando de migrantes só se realiza entre países, pois pressupõe necessariamente o cruzamento de fronteiras nacionais. Nesse último, a relação entre a pessoa e o “facilitador” termina com a chegada ao local de destino final, ao passo que as vítimas de tráfico são submetidas à exploração e, conseqüentemente, a abusos graves e contínuos no país de destino. Como já foi dito, a exploração subsequente para diversos fins é uma das notas distintivas do tráfico. Nesses casos, a vítima é explorada no país de destino e, muitas vezes, durante a etapa de transporte, o que faz com que sejam consideravelmente mais vulneráveis. Em razão do elemento da exploração, outra diferença que geralmente se aponta entre os dois são as fontes de lucros das redes criminosas: no contrabando, os lucros advêm das quantias pagas pelos migrantes para a entrada ou residência irregular, enquanto que no tráfico de pessoas, a maior parte dos lucros vem da exploração subsequente.

Há, ainda, outro aspecto que os distingue: o consentimento. Geralmente se aponta que, em um caso, há um ato voluntário do migrante, que paga certa quantia para obter um “serviço” determinado,

por exemplo, o transporte pela fronteira. Já nos casos de tráfico de pessoas, não há que se falar em consentimento. Segundo o artigo 3º do Protocolo sobre Tráfico de Pessoas, o consentimento dado pela vítima, tendo em vista qualquer tipo de exploração, “será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer dos meios [ilícitos] referidos”. Assim, ainda que a vítima de tráfico consinta inicialmente, essa aceitação é irrelevante por causa das ações coercitivas, enganadoras e abusivas a que foi submetida.

Por fim, há um outro elemento importante que merece destaque. Conforme mencionado, da leitura de ambos Protocolos nota-se que, entre os seus objetivos, está a repressão às atividades do crime organizado internacional. Desse modo, se o sujeito ativo, em quaisquer casos, for uma pessoa ou um grupo que não se enquadre na definição de “grupo organizado” constante na Convenção de Palermo, não há que se falar em tráfico de pessoas ou contrabando de migrantes. Ficam sempre de fora, assim, amigos ou familiares ou organizações que prestam apoio aos migrantes por motivos humanitários. É justamente por essa razão que, para os Estados ratificantes, existe uma necessidade premente de se harmonizar as legislações penais nacionais com o disposto nestes tratados, pois, do contrário, se poderia imaginar situações flagrantemente contraditórias com os propósitos da proteção dos direitos humanos.

Apesar dessas diferenças, o fato é que tanto as vítimas de tráfico, quanto os migrantes que tentam a entrada ou permanência irregular em outros países, têm seus direitos freqüentemente violados. Ambos os fenômenos acontecem em condições que levam a uma série de abusos e violações.

A esse respeito, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no exercício de sua competência consultiva, já consolidou uma valiosa jurisprudência. No parecer jurídico n. 18 sobre “A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados”, de 17 de setembro de 2003, deu a Corte uma importante contribuição para definitivamente se pôr fim às violações perpetradas contra os migrantes e os trabalhadores irregulares.⁸

Nesse parecer, entre as perguntas formuladas à Corte, indagou-se se a permanência regular de uma pessoa no território de um Estado seria condição necessária para que dito Estado respeitasse e garantisse os direitos e liberdades reconhecidos nos tratados internacionais de direitos humanos.⁹

A Corte, nesse parecer histórico, destacou que existem certos direitos que têm importância fundamental e que freqüentemente são violados nos casos dos trabalhadores migrantes. Reveste-se,

assim, de grande relevância a proteção desses direitos, que são inalienáveis, “dos quais são titulares todos os trabalhadores, independentemente de seu *status* migratórios.”¹⁰ E agrega, mais adiante, que “a qualidade migratória de uma pessoa não pode constituir, de maneira alguma, uma justificação para privá-la do gozo e exercício de seus direitos humanos.”¹¹

A proteção à pessoa humana alcança, portanto, a todos, e tem seu fundamento nos atributos ou na condição de ser humano, não de sua nacionalidade, *status* migratório ou da situação de residência. Trata-se de um princípio fundamental dos direitos humanos, alicerce que norteia e inspira toda a normativa internacional de proteção. Entrar ou permanecer em outro país de forma irregular não pressupõe, portanto, a perda do respeito e gozo dos direitos fundamentais do ser humano.

Entretanto, lamentavelmente o que tem acontecido é que o direito interno de alguns países prevê sanções ao migrante irregular, o que afronta os tratados de direitos humanos, bem como a Convenção de Palermo e seus Protocolos suplementares. Assim, os Estados que já os ratificaram terão que adaptar sua legislação nacional às normas constantes nesses instrumentos. Do contrário, da falta de harmonia com os Protocolos, por exemplo, poderiam resultar algumas situações contraditórias. Basta imaginar a situação dos Estados Parte, cuja legislação interna penalize os migrantes irregulares. Como já mencionado, à luz do Direito Internacional, os migrantes irregulares estão isentos de responsabilidade penal. Aos olhos da Convenção e dos Protocolos, por exemplo, não são “criminosos”. Por outro lado, do ponto de vista do direito interno, os que ingressam de forma clandestina por conta própria ou sem a “ajuda” dos grupos criminosos transnacionais são considerados “criminosos”. Ora, vejam que contradição absurda, pois seria mais vantajoso buscar o abrigo do Protocolo e cruzar a fronteira com ajuda de redes criminosas, já que, nesses casos, se está isento de responsabilidade penal.

Ainda há outra encruzilhada: as dificuldades para se diferenciar o tráfico de pessoas do contrabando de migrantes são até mais delicadas quando o caso envolve as profissionais do sexo. Afinal, os migrantes irregulares que participam da indústria do sexo não são necessariamente vítimas de tráfico de pessoas. Podem ser objeto de contrabando de migrantes. São os casos em que as profissionais do sexo contaram com a ajuda de terceiros para ingressar irregularmente nos países de destino onde exercem a prostituição de forma voluntária, não-coercitiva. Mesmo nesses casos,

ainda que não se enquadrem na acepção corrente de vítimas de tráfico, as profissionais do sexo são freqüentemente vítimas de vários abusos e violações a seus direitos. Os limites entre o tráfico e o contrabando são bastante sutis. É aqui, quando se entra no campo das violações aos direitos humanos, que a figura do contrabando ou da migração irregular “facilitada” deixa a esfera puramente migratória e se transforma no delito de “tráfico de pessoas”.

Mas o perigo maior dessas distinções surge quando se categoriza o contrabando de migrantes como um delito contra a soberania do Estado, em contraposição ao tráfico de pessoas, que seria um delito contra a pessoa humana, que geralmente tem os direitos à vida, à liberdade, à dignidade e integridade física violados.¹² Contudo, essa separação deve ser vista com cautela. No artigo 6º do Protocolo sobre Migrantes, nota-se que há uma preocupação (e única!) com a pessoa humana objeto do transporte ilegal. O referido artigo estabelece que cada Estado deverá adotar as medidas necessárias para considerar como circunstâncias agravantes as que “ponham em perigo ou ameacem pôr em perigo a vida e a segurança dos migrantes” ou “que acarretem o tratamento desumano ou degradante desses migrantes, incluindo sua exploração”. Também no preâmbulo do referido instrumento se faz referência tímida à preocupação com fato de o contrabando de migrantes “poder pôr em risco as vidas ou a segurança dos migrantes envolvidos”.

Há que se reconhecer que, ainda que não seja o propósito maior desse Protocolo a proteção dos que são objeto de contrabando, as circunstâncias agravantes listadas no artigo 6º garantem ou aumentam a eficácia de aplicação dos dois instrumentos internacionais. Assim, nos casos não comprovados de tráfico de pessoas, pode-se aplicar subsidiariamente o artigo 6º do Protocolo sobre Migrantes. O grande problema é o “vice-versa”, pois tratar um caso à luz desse artigo (como sendo delito agravado) traz conseqüências jurídicas distintas a respeito da proteção e da assistência de que gozariam as pessoas, caso fossem vítimas de tráfico.

III. OS PROTOCOLOS DE PALERMO: UMA VITÓRIA OU OPORTUNIDADES PERDIDAS?

Se bem é certo que antes da adoção dos Protocolos não havia consenso sobre o que, de fato, constituía uma situação de tráfico ou de contrabando de migrantes, por outro lado, ainda resta um bom caminho a percorrer até que se chegue a um tratamento efetivo – e mais humanizado – dessas questões.

A Convenção de Palermo e seus Protocolos adicionais são, antes de tudo, tratados de combate ao crime organizado transnacional. O peso dessa abordagem “repressiva” é evidente, por exemplo, quando se comparam os dispositivos do Protocolo sobre o Tráfico de Pessoas referentes às medidas de controle e fiscalização com os artigos relativos à proteção e assistência às vítimas. Ora, se por um lado os Estados têm que reforçar os controles fronteiriços para prevenir e detectar o tráfico (art. 11), se o assunto é permanência das vítimas nos Estados de acolhimento (art. 7º), aí então cada Estado “considerará a possibilidade” de adotar medidas que permitam às vítimas ficarem em seus territórios temporária ou permanentemente, e mais, apenas “se for caso disso”. Ou seja, é uma linguagem bastante fraca e tímida se comparada ao tom quase “impositivo” dos demais dispositivos do texto.

A necessidade de se conjugar o referido instrumento aos vários tratados de direitos humanos se justifica precisamente porque o Protocolo nasceu vinculado a uma convenção que trata da repressão ao crime organizado internacional. A esse respeito, é ilustrativa a resolução 53/111 da Assembleia Geral das Nações Unidas, na qual se estabelece um comitê intergovernamental para elaborar uma convenção contra o crime organizado internacional e “examinar, se procede, a possibilidade de elaborar instrumentos internacionais que abordem o tráfico de mulheres e crianças, a luta contra a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo (...) e o contrabando e de migrantes e o transporte deles, incluindo por via marítima”. Foi assim que nasceram, pois, a Convenção de Palermo e os seus Protocolos. Sob esse viés, o combate ao tráfico de pessoas passou a ser sinônimo de guerra aos grupos criminosos transnacionais.

Ainda que conste como um de seus objetivos “proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos” (art. 2º, “b”), a leitura do texto do Protocolo sobre Tráfico de Pessoas dá claros sinais que a prioridade é o combate e a punição do crime organizado, e não a proteção de garantia dos direitos humanos das vítimas. As obrigações e os deveres consagrados na Convenção e nos Protocolos têm natureza essencialmente interestatal, ao contrário dos tratados de direitos humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem algumas características especiais que o individualiza. A normativa internacional de proteção é voltada para a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana. Inspirados em valores comuns superiores, os tratados internacionais de direitos humanos são concebidos para proteger e evitar que ocorram violações contra os seres humanos.

Nesse sentido, alertou Kamala Kempadoo, em críticas ao referencial antitráfico adotado pelas Nações Unidas:

“(...) ainda que o protocolo da ONU requeira que os ‘estados que o ratifiquem tomem medidas para proteger e assistir as pessoas traficadas’ com pleno respeito a seus direitos humanos, chama a atenção de muitos dos envolvidos com pessoas traficadas que as violações de direitos humanos não diminuíram com as políticas e a legislação antitráfico. Um dos efeitos mais impressionantes é que, embora as pessoas objeto de tráfico sejam designadas como ‘vítimas’ em várias políticas e leis, a menos que se tornem informantes da polícia e entreguem seus ‘traficantes’, que bem podem ser seus amigos, amantes, irmãos, irmãs, ou seus empregadores, elas são tratadas como imigrantes ilegais, criminosas ou ameaças à segurança nacional.”¹³

Outro ponto de crítica dessa perspectiva que identifica o crime organizado como o principal “vilão” do tráfico é que se dá pouca atenção às motivações daqueles que buscam as alternativas, ainda que ilícitas, para migrar. O que está verdadeiramente por trás do aumento dos casos de tráfico é a crescente desigualdade socioeconômica entre os chamados países de origem e de destino. Ora, desconsiderar os motivos que levam as pessoas a migrar, mesmo que seja por meio do tráfico ou do contrabando, significa não tocar no ponto nevrálgico do problema.

Apesar das falhas e lacunas, há que se reconhecer que a definição de tráfico de pessoas constante no Protocolo representou um avanço quando comparada à Convenção para Supressão do Tráfico de Pessoas e da Exploração da Prostituição de Outrem de 1949, que até então era o documento referência nessa matéria. Segundo afirma a Relatora Especial das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos das Vítimas de Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças, Sigma Huda, uma das vantagens do Protocolo de Palermo sobre Tráfico de Pessoas foi superar os limites do debate geral acerca da questão da prostituição.¹⁴ Isso porque a Convenção de 1949 tinha como meta a abolição da prostituição e “do mal que a acompanha”, e criminalizava todos os atos associados à prostituição, mesmo quando voluntária.

O conceito de tráfico constante no Protocolo ainda tem o mérito de considerar outras modalidades de tráfico, não somente para fins de exploração sexual, mas também para fins de trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas análogas à escravidão, a servidão ou a remoção de

órgãos. Como se verá adiante, a proibição ao trabalho forçado, à escravidão e à servidão está, há muito, consagrada em outros tratados internacionais. Nesse aspecto, o Protocolo foi um avanço, mas ainda não é a etapa final dessa trajetória.

IV. A NORMATIVA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Diz o preâmbulo do Protocolo sobre Tráfico: “apesar da existência de uma variedade de instrumentos internacionais que contêm normas e medidas práticas para combater a exploração de pessoas, especialmente mulheres e crianças, não existe nenhum instrumento universal que trate de todos os aspectos relativos ao tráfico de pessoas”. Sim, é certo, mas o Protocolo, tomado isoladamente, de nada serve.

Inúmeras são as violações a que são submetidas as pessoas vítimas de tráfico: violações ao direito à vida, à liberdade (compreendendo a liberdade sexual e a proibição da escravidão), à integridade física, a condições favoráveis de trabalho, à igualdade perante a lei, à liberdade de movimento, a não sofrer torturas e outras formas de tratamento desumano ou degradante, entre tantos outros. Assim, e justamente pelo fato de os Protocolos terem uma conotação “repressiva”, é que esses instrumentos devem ser lidos, interpretados e aplicados junto com os tratados internacionais que brindam proteção aos direitos humanos.

No sistema global, a começar pelos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas de 1966, já estão solidamente consagrados os direitos a não ser submetido à escravidão, mantido em servidão ou a não realizar trabalho forçado ou obrigatório (art. 8º do Pacto de Direitos Civis e Políticos – PIDCP). Todo ser humano tem o direito à liberdade e à segurança de sua pessoa (art. 9º). E, quando o assunto envolve a liberdade de movimento, reveste-se de importância especial o artigo 12 do PIDCP, que dispõe que “todo indivíduo estabelecido legalmente no território de um Estado tem o direito de circular livremente e de aí escolher livremente a sua residência”, e que “todas as pessoas são livres de deixar qualquer país, incluindo o seu”, não podendo ser arbitrariamente privado do direito de entrar em seu próprio país. O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, por sua vez, reafirma o direito ao trabalho, livremente escolhido e aceito (art. 6º), o direito de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis (art. 7º), e

o direito à saúde física e mental (art. 12), entre tantos outros.

A Declaração e Programa de Ação de Viena, documento final da II Conferência Mundial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (Viena, 1993), também reconhece que “a violência e todas as formas de abuso e exploração sexual, incluindo o preconceito cultural e o tráfico internacional de pessoas, são incompatíveis com a dignidade e valor da pessoa humana”, devendo, portanto, ser eliminadas. Vale notar que, para enfrentar esse problema, a Declaração conclama os Estados a adotar medidas, ações e cooperação “nas áreas do desenvolvimento econômico e social, da educação, da maternidade segura e assistência à saúde e apoio social”, e não no marco de ações de combate ao crime.

Data também de 1993 o outro documento do sistema ONU que reconhece o tráfico como violência contra a mulher. Nesse sentido, estabelece o artigo 2º da Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, adotada por resolução da Assembleia Geral de 20 de dezembro de 1993, que a violência abarca “a violência física, sexual e psicológica que ocorra na comunidade, incluindo (...) o tráfico de mulheres e a prostituição forçada”.

A exemplo da Declaração e Programa de Ação de Viena, a Plataforma de Ação de Beijing, resultado da IV Conferência Mundial das Nações Unidas sobre a Mulher (1995), caminhou na mesma direção ao recomendar aos Estados que tomassem medidas para proteger mulheres, crianças e adolescentes de todas as formas de abuso, incluindo abuso sexual, exploração, tráfico e violência (objetivo estratégico C.3.).

No que se refere aos direitos da mulher, outro tratado internacional de suma importância é a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), em vigor desde 1981. O tráfico de mulheres é especificamente tratado no artigo 6º dessa convenção, que impõe aos Estados a obrigação de tomar todas as medidas, incluindo as de caráter legislativo, “para suprimir todas as formas de tráfico de mulheres e exploração da prostituição das mulheres”.

Em matéria de proteção dos direitos das crianças e adolescentes, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças (1989) é um dos mais importantes tratados e tem o maior número de ratificações.¹⁵ Essa Convenção contém normas que se referem diretamente ao tráfico e à exploração sexual. O artigo 19 estabelece que os Estados Parte têm que adotar medidas apropriadas para “proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento

negligente, maus-tratos ou exploração, inclusive abuso sexual". O artigo 32, por sua vez, obriga os Estados a proteger a criança do trabalho suscetível de ser perigoso à sua saúde, à sua educação ou ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social. A Convenção dispõe ainda que é obrigação dos Estados proteger a criança contra todas as formas de exploração sexual e abuso, incluindo a prostituição e o envolvimento em pornografia (art. 34), bem como tomar todas as medidas necessárias para evitar a venda, o tráfico e o seqüestro de crianças (art. 35), protegê-las de todas as formas de exploração que sejam prejudiciais ao seu bem-estar (art. 36) e assegurar que as crianças vítimas recebam tratamento adequado à sua recuperação física e psicológica e à sua reintegração social.

Em 25 de maio de 2000, a Assembléia Geral das Nações Unidas adotou o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança, que se refere precisamente à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil, em vigor desde janeiro de 2002. O texto enfatiza a necessidade da criminalização desses atos (art. 2º), incluindo "a oferta, a entrega, ou a aceitação de uma criança, por qualquer meio, para fins de exploração sexual (...), transferência dos órgãos (...) com intenção lucrativa, submissão da criança a trabalho forçado" (art. 3º). O Protocolo também garante a proteção dos direitos das crianças vítimas dessas infrações durante todo o processo penal (art. 8º), e impõe aos Estados o dever de "adotar ou reforçar, aplicar e difundir legislação, medidas administrativas, políticas e programas sociais a fim de prevenir a ocorrência das infrações" e de "adotar todas as medidas que lhes sejam possíveis a fim de assegurar toda a assistência adequada às vítimas de tais infrações, em especial a sua plena reinserção social e completa recuperação física e psicológica" (art. 9º).

Sendo o tráfico de pessoas para fins de trabalho forçado uma das modalidades do tráfico, vale também situá-lo no contexto dos instrumentos internacionais referentes à proibição da escravidão e práticas similares, especialmente a Convenção sobre Escravatura (1926) e a Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura (1956). Segundo a primeira Convenção, escravidão "é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade" e o tráfico de escravos compreende, em linhas gerais, todo ato de comércio ou transporte de escravo (art. 1º). Essa Convenção foi posteriormente complementada pela de 1956, para abarcar, como práticas análogas à escravidão, a servidão por dívidas, o casamento servil, a exploração do trabalho infantil, entre outras (arts. 1º a 6º).

Outro instrumento jurídico pertinente nessa matéria são as Convenções da OIT, especialmente a de n. 29 sobre trabalho forçado (1930), n. 105 sobre abolição do trabalho forçado (1959) e n. 182 sobre as piores formas de trabalho infantil (1999).

No sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) proíbe expressamente, em seu artigo 6º, a escravidão ou a servidão, "e tantas estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas". Da mesma forma que o PIDCP garante os direitos à liberdade e segurança pessoais (art. 7º), e o direito de livre circulação e residência (art. 22), dentre outros.

Ainda no âmbito do sistema regional americano, adotou-se, em 9 de junho de 1994, a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher, mais conhecida como "Convenção de Belém do Pará". Os Estados ratificantes dessa Convenção têm o dever de adotar políticas de prevenção, de punição e de erradicação da violência contra a mulher, entendida como violência física, sexual, e psicológica, "incluindo, entre outras formas, estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual" (art. 2º, "b").

Por fim, em razão da interseção entre o tráfico de pessoas e as migrações internacionais, há que se ter presente a Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias (1990), bem como as diversas convenções e recomendações da OIT que tratam da proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes.¹⁶ Essa Convenção representou, sem dúvida, um grande passo para a proteção dos direitos dos trabalhadores migrantes, ao reconhecer e proteger seus direitos, independentemente de sua condição migratória.

Esses são apenas alguns dos mais importantes tratados internacionais que dão garantias e brindam proteção às pessoas em situação de tráfico. Esses tratados internacionais formam a base normativa central da proteção dos direitos humanos das vítimas de tráfico e todos, incluindo a Convenção de Palermo e os seus Protocolos, têm que ser lidos e interpretados como parte de um conjunto, cujo propósito comum é o da salvaguarda do ser humano. Assim, é claramente possível, e desejável, abordar toda a temática do tráfico de pessoas sob o prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Hoje já são solidamente reconhecidas as interações e convergências entre os três grandes ramos da proteção internacional da pessoa humana, quais sejam, Direitos Humanos, Direito

Humanitário e Direito dos Refugiados. Dessa inter-relação se pode observar que a normativa de proteção dos direitos dos refugiados também se aplica, em certas circunstâncias, a casos específicos de tráfico de pessoas. Infelizmente, pouca atenção se tem dado a essa relação.

Na prática, ainda que o Protocolo sobre Tráfico de Pessoas inste os Estados a permitir que as vítimas permaneçam em seus territórios pelo tempo necessário, o que tem acontecido é que muitas pessoas que são “resgatadas” das situações de tráfico acabam “devolvidas” ao seu país de origem como deportadas. Mas é perfeitamente possível que, em certos casos específicos, algumas vítimas de tráfico se enquadrem no âmbito de definição de refugiado contida no artigo 1º A (2) da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e do Protocolo de 1967. De fato, essa possibilidade é inclusive mencionada no próprio texto:

“Artigo 14. 1 Nenhuma disposição do presente Protocolo prejudicará os direitos, obrigações e responsabilidades dos Estados e das pessoas por força do direito internacional, incluindo o direito internacional humanitário e o direito internacional relativo aos direitos humanos e, especificamente, na medida em que sejam aplicáveis, a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados e ao princípio do *non-refoulement* neles enunciado.”

Em linhas gerais, segundo a Convenção sobre o Estatuto de Refugiados de 1951 e do Protocolo de 1967, refugiados são aqueles que, temendo serem perseguidos por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, estão fora de seu país de origem e que, em virtude desse temor, não podem ou não querem valer-se da proteção desse país. Os refugiados gozam, assim, de direitos específicos consagrados no direito internacional, justamente em razão da situação de risco decorrente de fundado temor de perseguição.

Examinando com atenção o instituto do refúgio, pode-se perceber que é possível que as vítimas ou potenciais vítimas de tráfico sofram represálias ao regressar a seus países de origem, ou até mesmo os seus familiares, o que justificaria o fundado temor de perseguição. Há também o temor de sofrer discriminações, especialmente as mulheres que foram forçadas a se prostituir no exterior, por parte da família e da comunidade, o que também corresponderia ao temor de perseguição entendido nos termos do Estatuto de 1951. Essas circunstâncias justificariam a concessão de *status* de refugiado às vítimas ou potenciais vítimas de

tráfico que assim o solicitassem. O próprio Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) já delimitou seu mandato a esse respeito:

“Em primeiro lugar, o Escritório tem a responsabilidade de garantir que os refugiados, os solicitantes de asilo, os deslocados internos, apátridas e outras pessoas que se encontram sob sua competência não cheguem a ser vítimas de tráfico de pessoas. Em segundo lugar, o Escritório tem a responsabilidade de garantir que as pessoas que já foram vítimas de tráfico e que temem enfrentar a perseguição ao regressar a seu país de origem, ou as pessoas que temem ser vítimas de tráfico, sejam reconhecidas como refugiadas e recebam a respectiva proteção internacional (...).”¹⁷

Finalmente, há ainda a possibilidade de que o tráfico de pessoas seja um crime contra a humanidade. No rol das figuras criminais listadas no artigo 7º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, consta que:

“(...) entende-se por ‘crime contra a humanidade’, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- c) escravidão;
- g) agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;”

O mesmo artigo 7º, parágrafo 2º, explicita que por “escravidão” se entende o exercício de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, “incluindo o exercício desse poder no âmbito do **tráfico de pessoas**, em particular mulheres e crianças.”

Em conclusão, o enfrentamento ao tráfico de pessoas, entendido em todas as suas dimensões, deve alinhar-se aos tratados internacionais de direitos humanos, que consagram normas dirigidas à salvaguarda de proteção dos direitos da pessoa humana. O respeito e a proteção do ser humano tem que ser foco das iniciativas antitráfico adotadas pelos Estados.

V. REFLEXÕES FINAIS: POLÍTICAS MIGRATÓRIAS E OS LIMITES À RAZÃO DE ESTADO

Tráfico de pessoas e migrações: o que mais os caracteriza é a relação de conteúdo e continente. Não há como tratar o problema do tráfico de seres

humanos sem abordar o fenômeno migratório, mas, como se sabe, migrantes irregulares não são necessariamente vítimas de tráfico.

Hoje, o estudo das migrações internacionais é, indubitavelmente, um dos capítulos mais importantes do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sem pretender esgotar o assunto nessas poucas linhas que seguem, a questão central que se coloca é: como alcançar o equilíbrio, por um lado, entre os direitos e as liberdades daqueles que por diferentes razões se deslocam de seu Estado de origem a outro Estado e, por outro lado, a prerrogativa dos Estados de determinar os regimes de entrada, permanência e saída dos estrangeiros de seus territórios?

A longa duração dos trabalhos preparatórios da já citada Convenção sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, bem como o número baixíssimo de Estados que a ratificaram, retratam claramente essa dificuldade. Para se ter uma idéia, a tarefa de elaborar essa convenção foi encarregada a um grupo de trabalho, criado mediante uma resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas de dezembro de 1979, mas os trabalhos só foram concluídos em 1990. Aberta à assinatura e ratificações desde então, a Convenção só entrou em vigor mais de uma década depois, em julho de 2003, e continua sem a adesão dos principais países desenvolvidos, que são os receptores dos maiores fluxos de migrantes.¹⁸

Os principais tratados de direitos humanos, tanto do sistema ONU como dos sistemas regionais, consagram os direitos de sair e de retornar a seu próprio país como direitos humanos fundamentais.¹⁹ O raciocínio lógico nos leva a concluir que à liberdade de deixar um país corresponde, conseqüentemente, o direito de entrar em outro. No entanto, essa é ainda uma questão bastante controversa, como explica o juiz Antônio Augusto Cançado Trindade:

“Ninguém questiona, por exemplo, a existência de um direito a emigrar, como corolário do direito à liberdade de movimento. Mas os Estados ainda não aceitaram um direito a imigrar e a permanecer onde alguém se encontra. Em lugar de políticas populacionais, os Estados, em sua grande maioria, exercem antes a função policial de proteger as suas fronteiras e controlar os fluxos migratórios, sancionando os chamados migrantes ilegais. Como, a juízo dos Estados, não existe um direito humano a imigrar e a permanecer onde alguém se encontra, o controle dos ingressos migratórios, somado aos procedimentos de

deportações e expulsões, encontra-se sujeito a seus próprios critérios soberanos.”²⁰

No contexto do tráfico de pessoas, a adoção de políticas migratórias restritivas por parte dos Estados acaba por gerar efeito contrário. Primeiro, o que se nota é que fazem muitos países, ao adotar o discurso do “combate ao tráfico de pessoas”, é adotar política migratória disfarçada. Parece cada vez mais forte o vínculo que se criou entre as políticas de contenção da migração e as estratégias para combater o tráfico, que deve ser visto com muita cautela. Em segundo lugar, o recrudescimento da vigilância nas fronteiras só faz aumentar ainda mais a demanda e as possibilidades de lucro das organizações criminosas. As possibilidades de migração regular diminuem, aumentando o “mercado” de serviços de migração irregular. Desse modo, as restrições migratórias acabam por gerar uma demanda cada vez maior por alternativas irregulares, criando um terreno fértil para as atividades do crime organizado transnacional. A Relatoria sobre Direitos dos Trabalhadores Migrantes e suas Famílias da Comissão Interamericana chama a atenção exatamente para essa “externalidade negativa”:

“Os pesquisadores coincidem em que, ironicamente, o aumento da propensão das pessoas a utilizar os serviços de traficantes e cair nas redes do tráfico para entrar em países receptores tem sido provocado justamente pela imposição de maiores controles migratórios.”²¹

Se, por um lado, é legítimo aos Estados estabelecer suas políticas migratórias, por outro, há limites ao exercício dessa soberania. Os Estados podem adotar certas medidas de controle, desde que não limitem certos direitos. Pode, pois, haver certas restrições à entrada de estrangeiros, desde que tais restrições se amparem em fins legítimos e não violem certos direitos fundamentais, tais como o direito à não discriminação e à igualdade perante a lei. Nesse sentido se pronunciou a Corte Interamericana no já mencionado parecer jurídico n. 18:

“Os objetivos das políticas migratórias devem ter presente o respeito aos direitos humanos. Ademais, ditas políticas migratórias devem ser executadas com o respeito e a garantia dos direitos humanos. (...) As distinções que os Estados estabeleçam devem ser objetivas, proporcionais e razoáveis.”²²

Encontrar o balanço entre as políticas migratórias e o pleno respeito aos direitos humanos dos migrantes é, portanto, o verdadeiro desafio deste capítulo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALIANÇA GLOBAL CONTRA O TRÁFICO DE MULHERES. Direitos Humanos e Tráfico de Pessoas: Um Manual. Rio de Janeiro, 2006.

CAMPOS, Bárbara Pincowsca Cardoso. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Matéria Consultiva: Desenvolvimentos Recentes. In Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, vol. 5, n. 5. Fortaleza: 2004, pp. 35-42.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Volume I. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI (em co-autoria com Jaime Ruiz de Santiago). 3ª ed. San José de Costa Rica: ACNUR, 2004.

JESUS, Damásio de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças – Brasil: aspectos regionais e nacionais*. São Paulo: Saraiva, 2003.

KEMPADOO, Kamala. *Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres*. In Cadernos PAGU (25), Mercado do Sexo. Campinas: UNICAMP, 2005.

GERONIMI, Eduardo. *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*. Programa de Migraciones Internacionales. Organización Internacional del Trabajo. Ginebra, 2002.

PÉREZ, Jordi Bonet. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. In ISA, Felipe Gómez & PUREZA, José Manuel. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 309-349.

OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. *Derecho internacional de los derechos humanos – normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá, 2004.

SANTIAGO, Jaime Ruiz de. Derechos de Migrantes y Derecho Internacional. In Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, vol. 5, n. 5. Fortaleza, 2004, pp. 109-122.

CORTE I. D. H. *Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana*. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000. Serie E, n. 3.

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.

NOTAS

1. Cf. Informe temático de la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, § 149. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/Migrantes/migrantes_estudios.htm.
2. Cf. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Uma Aliança Global contra Trabalho Forçado*. Relatório Global do Seguimento da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. Brasília: OIT, 2005, § 265.
3. Cf. JESUS, Damásio de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças*. Brasil: aspectos regionais e nacionais. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 41.
4. Cf. NACIONES UNIDAS. Asamblea General. 55º período de sesiones. *Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus períodos de sesiones primero a 11º*. 3 de noviembre de 2000. A/55/383/Add.1, § 64. Traduzido pela autora do original.
5. Cf. GERONIMI, Eduardo. *Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes*. Programa de Migraciones Internacionales. Organización Internacional del Trabajo: Ginebra, 2002, p. 8.
6. Cf. GERONIMI, Eduardo, op. cit., p. 10. Traduzido pela autora do original.
7. Cf. Informe temático de la Relatoría Especial de Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, op. cit., § 149. Traduzido pela autora do original.
8. Sobre a importância do parecer jurídico n. 18 da Corte Interamericana, cf. CAMPOS, Bárbara Pincowska Cardoso. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Matéria Consultiva: Desenvolvimentos Recentes. In *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, vol. 5, n. 5, 2004. pp. 35-42.
9. Cf. 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. § 4º, 2.2.
10. Ibid., § 157. Traduzido pela autora do original.
11. Ibid., §173, ponto resolutivo n. 8. Traduzido pela autora do original.
12. Cf. GERONIMI, Eduardo, op. cit., p. 21. Traduzido pela autora do original.
13. Cf. KEMPADOO, Kamala. *Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres*. In *Cadernos PAGU* (25), Mercado do Sexo. UNICAMP: Campinas, 2005, p. 97.
14. Cf. NACIONES UNIDAS. Consejo Económico y Social. *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género*. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Sra. Sgima Huda. 20 de febrero de 2006. E/CN.4/206/62, § 33. Traduzido pela autora do original.
15. Os dois únicos países que ainda não a ratificaram são os Estados Unidos e a Somália.
16. Como, por exemplo, o Convênio relativo a trabalhadores migrantes (n. 97); o Convênio sobre as migrações em condições abusivas e a promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento dos trabalhadores migrantes (n. 143); a Recomendação sobre os trabalhadores migrantes (n. 86); a Recomendação sobre os trabalhadores migrantes (n. 151); o Convênio relativo a trabalho forçado ou obrigatório (n. 29) e o Convênio relativo à abolição do trabalho forçado (n. 105).
17. Cf. ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS. *Directrices sobre Protección Internacional*. La aplicación del artículo 1º A (2) de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados en relación con las víctimas de la trata de personas y las personas que están en riesgo de ser víctimas de la trata. 7 de abril de 2006. HCR/GIP/06/07, § 5º. Traduzido pela autora do original.
18. Até o presente, 34 são Parte da Convenção: Argélia, Arzabaijão, Belize, Bolívia, Bósnia-Herzegovina, Burkina Faso, Cabo Verde, Chile, Colômbia, Equador, Egito, El Salvador, Gana, Guatemala, Guiné, Honduras, Quirguistão, Lesoto, Líbia, Mali, México, Marrocos, Nicarágua, Peru, Filipinas, Senegal, Seichelles, Sri Lanka, Síria, Tajiquistão, Timor Leste, Turquia, Uganda, Uruguai.

19. Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 13); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 22); Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 12).
Dominicana. Medidas Provisionales. Resolución de 18 de agosto de 2000, § 8°. Traduzido pela autora do original.
20. Cf. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade. In CORTE I.D.H. Caso Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en la República
21. Par. 134.
22. Parág. 168.

seus direitos humanos, particularmente quando se considera o crescimento das medidas e políticas restritivas contra solicitantes de refúgio a partir dos anos 1970, 1980 e, especialmente, na década de 1990 e, sobretudo, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001.

Além disso, diversas vezes, o *non-refoulement* é a única garantia de proteção para pessoas que, embora não possam retornar ao seu país de origem por motivos como graves violações de direitos humanos, violência generalizada ou risco de tortura, também não se encaixam na definição de refugiado da Convenção de 1951. Com o reconhecimento da natureza *jus cogens* do princípio do *non-refoulement*, a proteção dessas categorias de pessoas estaria mais segura, visto que, sob nenhuma circunstância, elas poderiam ser devolvidas ao seu país de origem.

Nesse contexto, são cada vez mais importantes os esforços para o fortalecimento dos regimes de proteção aos refugiados e dos direitos humanos, em especial medidas que visem à garantia do princípio do *non-refoulement* e, principalmente, que busquem reconhecer a sua natureza de norma de *jus cogens* no direito internacional.

Dessa forma, esse texto objetiva verificar se, ao longo do século XX, o princípio do *non-refoulement* se consagrou como uma norma de *jus cogens* no direito internacional. Para isso, primeiramente, o texto procura levantar algumas considerações acerca do regime internacional de proteção dos refugiados, a fim de contextualizar histórica, política e juridicamente à discussão acerca do *status* do princípio do *non-refoulement* no direito internacional contemporâneo. Posteriormente, também serão feitas considerações sobre o princípio do *non-refoulement*.

Em seguida, o texto faz uma abordagem baseada nas três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana (direitos humanos, direito dos refugiados e direito humanitário) à proteção do *non-refoulement*. Isso tem como base o fato de que a proteção contra o *refoulement*, se baseia em diversas obrigações não apenas do direito dos refugiados, mas também dos direitos humanos e do direito humanitário, e, desse modo, não pode ser vista separadamente. De fato, há influência mútua entre as diversas obrigações referentes ao *non-refoulement*, o que demanda uma abordagem integrada dessas obrigações, especialmente, a fim de se determinar que o *non-refoulement* atingiu o *status* de *jus cogens* no direito internacional. Finalmente, o texto procura identificar, propriamente, qual o *status* do princípio do *non-refoulement* no direito internacional contemporâneo.

O REGIME INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS REFUGIADOS

Segundo Charles B. Keely, o regime internacional dos refugiados é a “coleção de convenções, tratados, agências intergovernamentais e não governamentais, precedentes e financiamentos que os governos têm adotado e apóiam para proteger e assistir aqueles deslocados do seu país por perseguição ou deslocados por guerra em algumas regiões do mundo onde acordos ou a prática estendeu a proteção a pessoas deslocadas pela devastação geral da guerra, mesmo que não tenham sido especificamente alvo de perseguição”.³

Erika Feller afirma que o regime de proteção dos refugiados teve as suas origens nos princípios gerais de direitos humanos. Ao mesmo tempo, ele se fundamenta firmemente em obrigações de tratados e do direito consuetudinário, particularmente, as que foram estabelecidas pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, e o seu Protocolo de 1967. Além disso, também fazem parte do regime, princípios e padrões desenvolvidos por outros instrumentos internacionais ou por meio de processos em cortes em várias jurisdições. Finalmente, o regime também é guiado por pronunciamentos e diretivas não vinculantes (“soft law”) de organizações regionais e internacionais, incluindo as Conclusões sobre Proteção Internacional do Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).⁴

Desde os Acordos de Vestifália, em 1648, mesmo que de forma bastante incipiente, o regime internacional dos refugiados tem evoluído concomitante ao moderno sistema de Estados, refletindo mudanças no direito internacional, na política, na economia etc.⁵ Especialmente ao longo das últimas décadas, o direito internacional dos refugiados, assim como o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário, têm enfrentado situações bastante críticas, bem como repetidas violações. De fato, ao longo desse período, essas três vertentes da proteção da pessoa humana se adaptaram às novas realidades do cenário internacional, ao mesmo tempo em que se consolidaram e se aperfeiçoaram. Apesar dos atentados que ocorreram e que ocorrem contra as suas normas, é importante reafirmar a validade continuada dos seus princípios básicos.⁶

Logo após a I Guerra Mundial, um regime mais abrangente dos refugiados começou a emergir e a se desenvolver, respondendo a uma história de perseguições políticas e religiosas.⁷ Contudo, o regime contemporâneo data das negociações

decorrentes da II Guerra Mundial, que levaram à criação do ACNUR e à adoção da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Dessa forma, os Estados concordaram em colaborar para fornecer proteção estatal e assistência às pessoas deslocadas que estejam fora do seu país de origem devido à perseguição pelo governo ou, em alguns casos, por agentes não estatais.⁸

No início, o regime centrava-se na Europa. Contudo, a Guerra Fria teve uma influência enorme nas normas e políticas do regime, que em muito refletiram as disputas leste e oeste. O fim da Guerra Fria também trouxe novos problemas, como o aumento das medidas restritivas dos países, em maior ou menor grau, em relação aos solicitantes de refúgio. Essas restrições foram agravadas após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, uma vez que as medidas de combate ao terrorismo implantadas por diversos países dificultam a entrada de solicitantes de refúgio e são, freqüentemente, discriminatórias.

As dinâmicas geopolíticas geradas com o fim da Guerra Fria deram ainda uma nova perspectiva às principais causas dos movimentos de refugiados, assim como às suas respostas e soluções. Hoje, os movimentos de refugiados se dão cada vez mais em um contexto de conflito armado.⁹

Nesse sentido, atualmente, as pessoas sob competência do ACNUR são significativamente maiores do que as responsabilidades assumidas pelos Estados-parte da Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967. Esses documentos trazem características do contexto em que foram redigidos, o que resulta em relativa incapacidade de tratar de vários dos novos desafios contemporâneos, principalmente em relação à definição do termo refugiado. Contudo, o contexto internacional se mostra proibitivo à criação de uma definição mais ampla em âmbito global. Alguns progressos foram alcançados em âmbito regional. A Convenção Organização da Unidade Africana (OUA) que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África de 1969 e a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984 trouxeram definições mais abrangentes do termo, que englobam, entre outros, violações maciças dos direitos humanos como causa para o refúgio.

Atualmente, de uma forma geral, o regime centra-se na Convenção de 1951 e o seu Protocolo de 1967; no ACNUR, como a principal agência para os refugiados, e tem como pedra angular o princípio do *non-refoulement*. Ademais, são de grande relevância iniciativas regionais que incluem pessoas deslocadas por conflitos armados, hoje o principal motivo de deslocamento, e vítimas de violação maciça dos direitos humanos. Nesse sentido,

destacam-se a Convenção da OUA de 1969 e a Declaração de Cartagena de 1984.¹⁰

O PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT*

A idéia de que um Estado não deve retornar pessoas a outros Estados em certas circunstâncias é de origem relativamente recente. No passado, eram comuns acordos formais entre Estados para a entrega recíproca de subversivos, dissidentes e traidores. Apenas do início para o meio do século XIX, o conceito de refúgio e o princípio da não extradição de ofensores políticos começaram a se concretizar no sentido de uma proteção que o Estado poderia e até deveria conceder. Nessa época, esse princípio de não extradição refletia um sentimento popular de que aqueles que fugiam do seu próprio e, muitas vezes, despótico governo mereciam proteção. Era uma época de deslocamentos em massa causados por massacres contra minorias judias e cristãs na Rússia e no Império Otomano e de perturbação política na América do Sul e na Europa.¹¹

Contudo, apenas após a Primeira Guerra Mundial, a prática internacional começou a aceitar a noção de não retorno. Primeiramente, em 1928, foi adotado o Ajuste Relativo ao Estatuto Jurídico dos Refugiados Russos e Armênios, cujo item 7 pode ser considerado um embrião do princípio do *non-refoulement* em instrumentos internacionais, princípio esse que já havia sido objeto de recomendações da Assembléia da Liga das Nações.¹²

Em 1933, foi adotada a Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados, a primeira convenção internacional a estabelecer o princípio do *non-refoulement* (Artigo 3º). Além disso, em 1936, foi adotado o Ajuste Provisório Relativo ao Estatuto dos Refugiados Provenientes da Alemanha e, em 1938, Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados Provenientes da Alemanha, ambos contendo limitações à extradição e ao retorno.

Dessa forma, durante o período entre guerras, a necessidade de princípios de proteção para os refugiados começou a emergir. Contudo, as ramificações limitadas dos instrumentos existentes, que, em sua grande maioria, se referiam a grupos específicos de refugiados, acabaram impedindo a consolidação de um princípio do *non-refoulement* formal. Entretanto, é digno de nota o fato de que um grande número de refugiados não foi mandado de volta para o seu país de origem durante o período, estivessem eles fugindo da Rússia, da Espanha, do Império Otomano ou da Alemanha.¹³

Após a Segunda Guerra Mundial, essa situação se modificou e o princípio do *non-refoulement* pôde

se consolidar. Em 1951, foi adotada a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados que estabeleceu, em seu artigo 33, o princípio do *non-refoulement*, que se solidificou como a pedra angular do direito internacional dos refugiados. O princípio estabeleceu que os refugiados não podem, de forma alguma, serem devolvidos para o seu país de origem ou para nenhum país onde possam sofrer riscos. Posteriormente, vários outros instrumentos internacionais, vinculantes e não vinculantes, estabeleceram também o princípio.¹⁴ Ademais, o princípio do *non-refoulement* já faz parte do direito internacional consuetudinário e, conforme esse estudo pretende mostrar, já atingiu *status de jus cogens*.

Nesse sentido, há ainda outros contextos, além dos tratados internacionais de direito dos refugiados, nos quais esse conceito é relevante, especialmente no direito internacional dos direitos humanos, em que há uma proibição absoluta de *refoulement* para onde haja um risco real de tortura ou pena cruel, desumana ou degradante. Dessa forma, embora o presente estudo tenha como foco o princípio do *non-refoulement* para a proteção dos refugiados, o conceito de *non-refoulement* utilizado abrange também esses outros contextos, visto que se tratam de formas complementares de proteção para os refugiados. Essas formas complementares se tornam ainda mais relevantes nos casos em que a pessoa deslocada não se encaixa no escopo da definição de refugiado da Convenção de 1951.¹⁵

Dessa forma, as palavras “*em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada*”, presentes na definição do *non-refoulement* estabelecida pelo Artigo 33 da Convenção de 1951, são interpretadas a fim de abranger circunstâncias que a pessoa que busca proteção (a) tem um temor fundado de ser perseguida ou (b) corre um perigo real de ser submetida a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Uma interpretação mais abrangente do princípio do *non-refoulement* também se justifica em outras situações. A Assembléia Geral das Nações Unidas estendeu a competência do ACNUR, nos últimos cinquenta anos, a fim de incluir pessoas que fogem de situações de violência mais generalizada que ameaçam a vida e a liberdade e que, nem sempre, são geradas por perseguição, como os conflitos armados. Além disso, outros instrumentos internacionais adotados após a Convenção de 1951 estabelecem abordagens como essa ou levam em consideração ameaças a vida, integridade física ou liberdade de uma forma mais abrangente.¹⁶ Dessa forma, essas outras situações em que o princípio do *non-refoulement* é relevante também devem ser consideradas. Independente de diferenças na

formulação, o caráter e o objeto do princípio do *non-refoulement*, em um contexto de direitos humanos e de refugiados, é o mesmo.¹⁷

APROXIMAÇÕES E CONVERGÊNCIAS ENTRE AS TRÊS VERTENTES DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DO NON-REFOULEMENT

No passado, defensores das diferentes áreas do direito internacional mostravam-se mais preocupados em assegurar as diferenças e especificidades entre essas áreas do que em desenvolver as relações entre elas.¹⁸ Havia uma visão compartimentalizada das três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana – direitos humanos, direito dos refugiados e direito humanitário – que se devia, em grande medida, a uma ênfase exagerada nas origens históricas distintas desses três ramos.¹⁹

Contudo, o propósito comum de salvaguarda dos direitos da pessoa humana em toda e qualquer circunstância levou a aproximações ou convergências entre essas três vertentes de proteção, que se manifestam nos planos normativo, operativo e hermenêutico, e que fortaleceram e ampliaram a proteção. A visão compartimentalizada do passado foi superada e evoluiu-se para uma interação e complementaridade entre esses três ramos de proteção, em benefício dos seres humanos protegidos.²⁰

As aproximações ou convergências entre o direito internacional dos refugiados, o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário tiveram o efeito de ampliar o conteúdo normativo do princípio do *non-refoulement*. Identificado inicialmente no direito internacional dos refugiados, no período entre guerras no âmbito da Liga das Nações,²¹ o princípio do *non-refoulement* passou também a se associar ao direito internacional dos direitos humanos, como evidenciado pelo Artigo 3º da Convenção Contra a Tortura de 1984, pelo Artigo 3º da Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950 e pelo Artigo 22 (8) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, entre outros, e ao direito internacional humanitário, Artigo 45, da Convenção IV de Genebra de 1949.²² Além disso, mecanismos internacionais e regionais de supervisão de tratados de direitos humanos têm produzido jurisprudências

e práticas complementares ao direito internacional dos refugiados no que concerne ao princípio do *non-refoulement*.

De fato, o âmbito de aplicação do princípio do *non-refoulement* se ampliou, tanto *ratione personae*, como *ratione materiae*, especialmente a partir dos anos 1980, sob os tratados de direitos humanos em benefício não só dos refugiados, mas dos estrangeiros em geral e, em última instância, a todo e qualquer indivíduo que possa estar em risco de ser submetido à tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante; em casos de extradição, devolução ou deportação.²³ Nesse mesmo sentido, os refugiados são protegidos do *refoulement* não apenas pela Convenção para os Refugiados de 1951, mas também por tratados de direitos humanos. Como consequência, o princípio do *non-refoulement* deve ser considerado como parte de um amplo "refúgio baseado em direitos".²⁴

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 é considerada o padrão para a interpretação de tratados. De acordo com o seu Artigo 31, ela requer que as Convenções sejam interpretadas com base no sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto, à luz de seu objetivo e finalidade e com base em qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições, o que inclui o conjunto de direitos, benefícios e jurisprudência relacionada subsequentes.²⁵

Desde que a Convenção de 1951 foi adotada, os Estados realizaram uma série de acordos subsequentes, destacando-se tratados de direitos humanos, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de 1984, e a sua jurisprudência e prática relacionadas. De acordo com o Artigo 31 da Convenção de Viena de 1969, esses acordos, jurisprudência e práticas devem ser considerados ao se interpretar a Convenção de 1951 e outros instrumentos de refugiados. Nesse sentido, o princípio do *non-refoulement* foi ampliado e complementado por tratados de direitos humanos e sua jurisprudência e prática correlatas e, desse modo, deve ser interpretado como parte de um amplo "refúgio baseado em direitos",²⁶ que leve em consideração esses avanços.

Está claro que os tratados de direitos humanos forneceram uma proteção complementar e mais ampla contra o *refoulement* em relação a estabelecida pelo Artigo 33 da Convenção de 1951. O Artigo 3º da Convenção contra a Tortura de 1984, assim como a prática do Comitê contra a Tortura (CCT) relacionada a ele, são particularmente claros

em proteger a pessoa humana contra o retorno a um Estado onde haja séria probabilidade de tortura. Além disso, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) de 1966 tem sido interpretado, segundo a jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos (CDH), como protegendo não cidadãos do retorno forçado quando houver possibilidade de que aspectos do direito à vida sejam violados ou quando tratamento cruel puder ocorrer.²⁷ Ainda, diversos outros documentos de direitos humanos regionais e internacionais, vinculantes e não vinculantes, abarcam a proteção contra o *refoulement* direta ou indiretamente.²⁸

No que concerne à Convenção contra a Tortura de 1984, o escopo garantido às pessoas temendo a tortura no seu país de origem ou em qualquer outro território para o qual elas possam ser retornadas é consideravelmente mais ampla do que a proteção garantida pela provisão correspondente na Convenção de 1951 para os Refugiados.²⁹ A Convenção contra a Tortura não possui nenhuma provisão de exclusão que requeira que uma pessoa seja considerada não merecedora da proteção oferecida pelo tratado. De fato, a proibição contra a tortura é absoluta, sendo uma norma de *jus cogens*, e, em circunstância nenhuma, essa norma pode ser violada.³⁰ Já a Convenção de 1951 para os Refugiados possui cláusulas de exclusão, visto que, em sua cláusula 1ª (F), estabelece as situações em que as provisões da Convenção não são aplicáveis.³¹

Ademais, em inúmeros casos o CCT decidiu sobre petições de solicitantes de refúgio, contribuindo positivamente para o arcabouço legal de proteção dos refugiados, especialmente em relação ao *non-refoulement*. Em vários casos sobre solicitantes de refúgio que tiveram o seu pedido de refúgio negado, o Comitê concluiu que a expulsão do peticionário ao seu país de origem ou, em alguns casos, a outro Estado, constituiria uma violação do Artigo 3º da Convenção contra a Tortura, visto que existia, nesses países risco de que os peticionários fossem submetidos à tortura. Destacam-se os casos *Balabou Mutondo versus Suíça* (1994),³² *Tahir Hussain Khan versus Canadá* (1994),³³ *Ismail Alan versus Suíça* (1996),³⁴ *Aemei versus Suécia* (1996),³⁵ *Pauline Muzonzo Paku Kisoki versus Suécia* (1996),³⁶ *Tapia Paez versus Suécia* (1997),³⁷ *Korban versus Suécia* (1998),³⁸ *Halil Haydin versus Suécia* (1998)³⁹ e *Elmi versus Austrália* (1999).⁴⁰

O caso *Tapia Paez versus Suécia* mencionado acima é emblemático. Ele envolveu um nacional peruano membro ativo do grupo militante Sendero Luminoso, que foi excluído da concessão de refúgio pelas autoridades suecas sob o Artigo 1º(F) da Convenção para os Refugiados de 1951, uma vez

que ele havia sido armado e se engajado em crimes durante as suas atividades políticas no Peru. Contudo, o Comitê considerou que devido às suas atividades militantes no país de origem, o Sr. Tapia Paez estava sob a proteção do Artigo 3º da Convenção contra a Tortura, por haver motivos substanciais para acreditar que ele seria torturado se retornasse ao Peru. Ao chegar a essa conclusão, o Comitê afirmou que *“the nature of the activities in which the person concerned engaged cannot be a material consideration when making a determination under article 3º of the Convention.”*⁴¹

É importante também ressaltar que a jurisprudência do CCT é de relevância particular para a proteção dos refugiados no que concerne Estados que são partes da Convenção contra a Tortura de 1984, mas que não ratificaram os instrumentos internacionais de proteção para os refugiados. Na região do sul da Ásia, por exemplo, Nepal, Sri Lanka e Bangladesh são parte da Convenção Contra a Tortura. Entretanto, nenhum país da região aderiu aos tratados internacionais de proteção aos refugiados.⁴²

Finalmente, apesar dos desenvolvimentos assaz positivos provenientes da jurisprudência do CCT para a proteção dos refugiados, há preocupação de que o aumento do trabalho do Comitê em relação a solicitantes de refúgio que tiveram o seu pedido negado seja produto de uma aplicação restritiva dos instrumentos internacionais de proteção aos refugiados e das leis nacionais para os refugiados ou do enfraquecimento de um regime de proteção. Conforme Brian Gorlick afirma, embora a Convenção contra a Tortura de 1984 possa em muitos aspectos fornecer uma proteção complementar aos refugiados, essa Convenção não deve ser utilizada como um instrumento para preencher as lacunas criadas pelo enfraquecimento do sistema de proteção dos refugiados.⁴³ Ela não deve substituir a proteção garantida pelo direito dos refugiados, mas sim complementá-la.

Inicialmente, os mecanismos de supervisão dos tratados de direitos humanos não faziam uma conexão entre o princípio do *non-refoulement* e a proteção dos direitos civis e políticos, incluindo o devido processo legal especial salvaguardado a não cidadãos pelo artigo 13 do PIDCP. Progresso ocorreu com a entrada em vigor da Convenção contra a Tortura, visto que a prevenção do retorno à situação de tortura sob o Artigo 3º dessa Convenção influenciou a interpretação da proteção oferecida pelo PIDCP contra a tortura sob o seu artigo 7º.⁴⁴

Atualmente, o CDH tem interpretado o PIDCP como abrangendo o princípio do *non-refoulement*, protegendo não-cidadãos do retorno forçado quando

for provável que o direito à vida seja violado (Artigo 6º) ou quando possa haver tratamento cruel (Artigo 7º), destacando-se casos em que o retorno possa resultar em pena de morte. No caso *Ng versus Canadá* (1994),⁴⁵ relacionado à extradição pelo Canadá de Charles Chitat Ng, cidadão britânico nascido em Hong Kong, à Califórnia (Estados Unidos) onde era provável que ele fosse condenado à pena de morte, o Comitê afirma em seu parágrafo 14.2 que *“if a State party extradites a person within its jurisdiction in such circumstances, and if, as a result, there is a real risk that his or her rights under the Covenant will be violated in another jurisdiction, the State party itself may be in violation of the Covenant.”* Nesse mesmo sentido, destaca-se também o caso *Judge versus Canadá* (2003).⁴⁶

Ainda no que concerne ao CDH, destaca-se o seu Comentário Geral nº 20⁴⁷ que substitui o Comentário Geral nº 7⁴⁸ relacionado à proibição de tortura e pena ou tratamento cruel (Artigo 7º). Em seu parágrafo 9º, o Comentário Geral nº. 20 afirma que *“in the view of the Committee, States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement”*. Além disso, o Comentário Geral nº 15⁴⁹ sobre a posição de estrangeiros sob o Pacto, em seu parágrafo 5º afirma que *“the Covenant does not recognize the right of aliens to enter or reside in the territory of a State party. It is in principle a matter for the State to decide who it will admit to its territory. However, in certain circumstances an alien may enjoy the protection of the Covenant even in relation to entry or residence, for example, when considerations of non-discrimination, prohibition of inhuman treatment and respect for family life arise.”*

Finalmente, ainda no âmbito da ONU é importante o trabalho do Comitê dos Direitos da Criança (CDC), sob a Convenção dos Direitos da Criança de 1989. Em seu Comentário Geral nº 6,⁵⁰ sobre o tratamento de crianças desacompanhadas ou separadas fora do seu país de origem, o Comitê faz uma interpretação dessa Convenção abrangendo o princípio do *non-refoulement* quando houver risco de que, com o retorno da criança, o direito à vida (Artigo 6º) seja violado, quando houver risco de que haja tortura ou outro tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante (Artigo 37) e, em uma ampliação do princípio do *non-refoulement* inovadora em relação a outros tratados de direitos humanos, quando houver um risco real de que a criança seja recrutada ou participe direta ou indiretamente de hostilidades. De acordo com o Comitê, o recrutamento e/ou a participação nas

hostilidades acarreta em um alto risco de que haja um dano irreparável envolvendo direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à vida, assim como às obrigações dos Estados relacionadas ao Artigo 38 da Convenção, que regula a participação de crianças em conflitos armados, em associação com os Artigos 3º e 4º do Protocolo Opcional à Convenção dos Direitos da Criança sobre o Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados.⁵¹

Em um âmbito regional, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos também teve o papel de ampliar a proteção oferecida pelo princípio do *non-refoulement*. O princípio está presente no Artigo 22(8) da Convenção Americana de 1969 e no Artigo 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura de 1985. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos considera que o princípio adquiriu o *status* de direito internacional costumeiro e de *jus cogens*, e medidas cautelares já foram utilizadas diversas vezes para evitar violações desse princípio.⁵² Além disso, o direito do sistema estendeu o princípio para abranger outras situações além das cobertas pela Convenção de 1951 para os Refugiados, protegendo pessoas que fogem para escapar das conseqüências da violência política generalizada ou de conflitos internos.⁵³

A Comissão afirmou ainda que o princípio do *non-refoulement* aplica-se não apenas para pessoas sob a jurisdição territorial de um Estado, mas também quando há jurisdição extraterritorial.⁵⁴ Em uma petição trazida à Comissão devido à interceptação e repatriação sumária pelos Estados Unidos (EUA) de haitianos no alto mar para o Haiti, a Comissão considerou que o Artigo 33 da Convenção de 1951 foi violado pelos EUA, visto que esse Artigo não estabelece nenhuma limitação geográfica para a sua existência.⁵⁵ A Comissão disse ainda que houve violação do Artigo XXVII da Declaração Americana de 1948, já que os EUA impediram que os haitianos exercessem o seu direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, além de não terem fornecido a eles o direito a uma entrevista para determinar se reuniam os requisitos de refugiado no alto mar.⁵⁶

Ainda em âmbito regional, o sistema europeu de direitos humanos também tem um importante papel em complementar a proteção dos refugiados no que tange o princípio do *non-refoulement*, figurando como uma nova forma de proteção frente às medidas restritivas à concessão de refúgio cada vez mais freqüentes no continente. O Artigo 3º da Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950, relativo à proteção contra a tortura, tem sido interpretado como proibindo todas as formas de retorno a lugares onde haja risco de que um indivíduo seja submetido à tortura, tratamento ou pena

desumano ou degradante. Ele tem sido efetivo para proteger, especialmente, pessoas cuja solicitação de refúgio foi erroneamente rejeitada, cancelada ou revogada, ou para aqueles que, embora não se qualifiquem na definição de refugiado da Convenção para os Refugiados de 1951, necessitem proteção internacional.⁵⁷

Nesse sentido, a jurisprudência do sistema europeu tem interpretado o Artigo 3º da Convenção Européia de 1950 de modo incondicional, estendendo uma ampla proteção aos ameaçados de expulsão, extradição ou deportação, elevando o princípio do *non-refoulement* não apenas como um princípio básico do direito internacional dos refugiados, mas também como uma norma peremptória do direito internacional dos direitos humanos.⁵⁸ Essa prática é ilustrada na célebre sentença da Corte Européia de Direitos Humanos relativa ao caso *Soering versus Reino Unido* (1989).⁵⁹ Outros casos, como *Vilvarajah versus Reino Unido* (1991), *H.L.R versus França* (1997) e *Jabari versus Turquia* (2000), também inferem o princípio do *non-refoulement* tanto em matéria de extradição, como expulsão e deportação.

Dessa forma, fica claro que os tratados e práticas que compõem a proteção internacional dos direitos humanos complementaram e, mesmo ampliaram a proteção internacional dos refugiados, especialmente, no que concerne o princípio do *non-refoulement*. É inquestionável que o princípio do *non-refoulement* foi reforçado por tratados de direitos humanos, como a Convenção contra a Tortura de 1984. Conseqüentemente, o direito internacional dos refugiados, e, em especial, a Convenção para os Refugiados de 1951 não podem ser discutidos e interpretados isoladamente de outros tratados de direitos humanos, mas sim dentro do contexto jurídico corrente, o que inclui o conjunto de direitos subseqüentes e a sua jurisprudência relacionada. Apenas uma noção de “refúgio baseado em direitos” incorpora essa realidade.⁶⁰

Segundo Tom Clark, o termo “refúgio baseado em direitos” indica que a Convenção de 1951 não está sozinha. O termo representa uma proteção mais ampla do princípio do *non-refoulement*, combinando-o com a proteção relacionada dos direitos humanos encontrada em outros tratados. Um refúgio baseado em direitos tem o potencial de alcançar a proteção adicional necessária aos refugiados nos dias de hoje.⁶¹ Nesse sentido, o presente texto apresenta uma abordagem de “refúgio baseado em direitos”, considerando a proteção internacional dos refugiados em conjunto e interdependente, principalmente da proteção internacional dos direitos humanos, mas também da proteção internacional do direito humanitário.

Essa abordagem será particularmente importante ao se considerar o caráter *jus cogens* do princípio do *non-refoulement*.

O PRINCÍPIO DO NON-REFOULEMENT COMO UMA NORMA DE *JUS COGENS*

As normas preempatórias limitam as ações e interações dos Estados. Resta, então, verificar se o princípio do *non-refoulement* já possui o *status* de *jus cogens*.

Antes disso, algumas considerações devem ser feitas. Guy S. Goodwin-Gil afirmou que “*little is likely to be achieved by insisting on its [nature of non-refoulement] as such [jus cogens]*”.⁶² Contudo, muito pode ser ganho insistindo-se na natureza *jus cogens* do princípio do *non-refoulement*.

O objeto e o propósito do direito dos refugiados é a proteção de indivíduos contra a violação de direitos humanos fundamentais. Entretanto, com o estabelecimento, notadamente por países desenvolvidos, de medidas e políticas restritivas contra solicitantes de refúgio a partir dos anos 1970, 1980 e, especialmente, 1990 e, particularmente, após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, a proteção internacional dos refugiados e o respeito ao princípio do *non-refoulement* têm sido colocados em risco.⁶³

Nesse sentido, destacam-se as medidas restritivas que têm sido tomadas pela União Européia (UE), como a implementação das noções de *safe country of origin* e de *safe third country* que podem resultar em violações do princípio do *non-refoulement*. A introdução desses elementos nas políticas de refúgio de vários países da União Européia possibilita que indivíduos sejam retornados para Estados onde as suas vidas estejam ameaçadas, em clara violação do princípio do *non-refoulement*.

Além disso, medidas de combate ao terrorismo no âmbito global, regional e nacional, além de terem aumentado as medidas restritivas contra os refugiados, têm tido um impacto direto no direito das pessoas de não serem mandadas de volta para lugares onde a sua vida ou liberdade possa estar em perigo. Após os ataques de 11 de setembro de 2001, os Estados Unidos têm sido acusados de enviar detentos suspeitos de envolvimento com redes terroristas para países no Oriente Médio ou na Europa Ocidental onde teriam sido torturados durante interrogatórios (*rendition*).⁶⁴

Nesse sentido, destaca-se a resolução 1373, adotada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) em 28 de setembro de 2001, que:⁶⁵

“(f) *Take appropriate measures in conformity with the relevant provisions of national and international law, including international standards of human rights, before granting refugee status, for the purpose of ensuring that the asylum-seeker has not planned, facilitated or participated in the commission of terrorist acts;*

(g) *Ensure, in conformity with international law, that refugee status is not abused by the perpetrators, organizers or facilitators of terrorist acts, and that claims of political motivation are not recognized as grounds for refusing requests for the extradition of alleged terrorists”.*

Em um primeiro momento essas cláusulas parecem não apresentar problemas. Contudo, ao analisá-las mais atentamente, percebe-se que o texto indica que Estados membros da ONU são impelidos a excluir terroristas do *status* de refugiado, ainda que suas ações tenham sido politicamente motivadas, o que não está contido nas cláusulas de exclusão da Convenção de 1951 (Artigo 1ºF).

O grande problema dessas cláusulas advém do fato de que não há uma definição uniforme nem única de terrorismo no direito internacional. Dessa forma, é uma prerrogativa dos Estados decidir quem será excluído do *status* de refugiado por ser terrorista, o que pode ser bastante subjetivo. Por exemplo, para países como Canadá, Estados Unidos e os membros da União Européia, de uma forma geral, o simples fato de uma pessoa ser membro de uma organização listada como terrorista é suficiente para caracterizá-la como terrorista. Contudo, a comunidade internacional não possui uma idéia uniforme de quais organizações devem ser caracterizadas como terroristas. Embora o Canadá e os EUA tenham listado o grupo de oposição Tamil no Sri Lanka, o LTTE, como uma organização terrorista, o LTTE não é mencionado na lista preparada pela União Européia.⁶⁶

Entretanto, com a determinação de que o princípio do *non-refoulement* atingiu o valor normativo de *jus cogens*, os Estados, individualmente ou coletivamente, estão impedidos de violarem, em qualquer circunstância, essa norma. Desse modo, todo tratado, obrigação de tratado e toda ação unilateral, bilateral ou multilateral realizada por um Estado ou organização internacional que viole ou esteja em conflito com essa norma se tornaria inválido. Caracterizar a obrigação do *non-refoulement* como *jus cogens*, é, portanto, um instrumento poderoso para garantir a proteção dos indivíduos e dos seus direitos humanos, incluindo “*holding the United Nations Security Council and the European Union accountable for actions which*

result in violations of the principle of non-refoulement".⁶⁷ Nesse sentido, a próxima sessão visa verificar o *status* do princípio do *non-refoulement* no direito internacional contemporâneo.

A NATUREZA *JUS COGENS* DO PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT*

O Artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, define *jus cogens* da seguinte forma: "uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida".

Dessa forma, para se determinar se o princípio do *non-refoulement* atingiu o valor normativo de *jus cogens*, é necessário que dois requisitos sejam preenchidos: ela deve ter sido (a) reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo e (b) como norma da qual nenhuma derrogação é permitida. Deve haver, portanto, aceitação geral por parte da comunidade internacional em relação ao princípio, bem como o reconhecimento desse princípio como não derogável, ou seja, deve haver um consentimento de que o princípio do *non-refoulement* tem um caráter de direito internacional geral e um caráter de não derogável. Em outras palavras, deve-se investigar se a norma já é parte do direito internacional consuetudinário e se ela vincula os Estados de uma forma não derogável.⁶⁸

O PRINCÍPIO DO *NON-REFOULEMENT* COMO UMA NORMA DO DIREITO INTERNACIONAL CONSUETUDINÁRIO

Segundo o Artigo 38 (b) do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a Corte deve aplicar "international custom, as evidence of a general practice accepted as law". Além disso, no caso *North Sea Continental Shelf*,⁶⁹ a Corte Internacional de Justiça (CIJ) estabeleceu que, para que a prática baseada em uma convenção produzisse uma norma consuetudinária, três elementos seriam necessários.⁷⁰

Primeiramente, a norma convencional "should, at all events potentially, be of a fundamentally normcreating character such as could be regarded as forming the basis of a general rule of law".⁷¹ Em segundo lugar, "with respect to

the other elements usually regarded as necessary before a conventional rule can be considered to have become a general rule of international law, it might be that, even without the passage of any considerable period of time, a very widespread and representative participation in the convention might suffice of itself, provided it included that of States whose interests were specially affected".⁷² Finalmente, em terceiro lugar, independentemente da quantidade de tempo que houver passado desde a primeira expressão da norma convencional, não importando se foi muito ou pouco tempo, "State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked; -and should moreover have occurred in such a way as to show a general recognition that a rule of law or legal obligation is involved".

Atualmente, é amplamente aceito que a prática dos Estados consagrou o princípio do *non-refoulement* como uma regra de direito internacional costumeiro.⁷³ Dessa forma, ele é vinculante a todos os Estados, partes ou não da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. De fato, há uma prática consistente do princípio, combinada com o reconhecimento, por parte dos Estados, de que o princípio tem um caráter normativo.⁷⁴ Essa conclusão é apoiada por vários fatores, dentre os quais se destacam:

1. CARÁTER FUNDAMENTALMENTE DE CRIAÇÃO NORMATIVA

As expressões convencionais do princípio do *non-refoulement*, em uma série de instrumentos internacionais vinculantes, possuem um caráter fundamentalmente de criação normativa, em oposição à mera expressão de obrigações contratuais, e têm sido amplamente aceitas como tais.⁷⁵ Esses tratados, dos quais um grande número de Estados é parte, estão presentes nos âmbitos universal e regional:

- a) Acordos internacionais definindo o *status* legal dos refugiados adotados antes da Segunda Guerra Mundial, a *Convention Relating to the International Status of Refugees of 1933* (Artigo 3º), o *Provisional Arrangement Concerning the Status of Refugees Coming from Germany of 1938* (Artigo 4º) e a *Convention Concerning the Status of Refugees Coming from Germany of 1938* (Artigo 5º).

- b) Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 (artigo 33) e seu Protocolo de 1967

É importante enfatizar que, segundo o Artigo 42(1) da Convenção de 1951 e o Artigo 7º(1) do Protocolo de 1967, são proibidas reservas ao Artigo 33 dessa Convenção (referente ao *non-refoulement*), o que enfatiza o seu caráter de regra internacional costumeira.

- c) Convenção sobre refugiados da OUA de 1969 (Artigo 2º)
- d) Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Artigo 22)
- e) Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de 1984 (Artigo 3º)
- f) IV Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra de 1949 (Artigo 45)
- g) Convenções de estabelecimento de padrões relacionados à extradição, como no Artigo 3º(2) da Convenção Européia sobre Extradicação de 1957 e no Artigo 4º(5) da Convenção Interamericana sobre Extradicação de 1981.
- h) Além disso, a interpretação da proibição de tortura ou tratamento ou pena cruel, desumano ou degradante contidas no Artigo 3º da Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950, no Artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) de 1966 e no Artigo 5º da Carta de Banjul ou Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, como incluindo um componente essencial de *non-refoulement* confirma o caráter normativo e fundamental do princípio, mesmo que os textos dos tratados não façam referência explícita ao *non-refoulement*. Essa abordagem tem sido adotada, especialmente, pela Corte Européia de Direitos Humanos, pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas e pela Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos.⁷⁶

Dessa forma, a incorporação do princípio do *non-refoulement* em vários instrumentos internacionais, aos quais um grande número de Estados aderiu, é uma evidência de uma prática consistente que dá ao princípio um significado que vai além de uma obrigação meramente contratual limitada a um tratado particular.⁷⁷

É importante ainda enfatizar que, além do caráter normativo do princípio do *non-refoulement* em vários tratados, o princípio também está

expresso em inúmeros instrumentos internacionais não vinculantes importantes, tanto em termos normativos, como afirmando o caráter normativo do princípio. Dentre eles, destacam-se:

- i) Declaração de Cartagena de 1984 (sessão III)
- j) *Declaration on Territorial Asylum* adotada por unanimidade pela Assembléia Geral da ONU em 1967 (Artigo 3º)
- k) *1966 Principles Concerning Treatment of Refugees* adotados pelo *Asian-African Legal Consultative Committee* (Artigo 3º)
- l) Princípios da ONU para a Prevenção e a Investigação Eficaz de Execuções Extra-legais, Arbitrárias e Sumárias de 1989 (Princípio 5)
- m) Declaração da ONU sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados de 1992 (Artigo 8º)

2. APOIO REPRESENTATIVO E MUITO DIFUNDIDO, INCLUINDO AQUELES ESTADOS CUJOS INTERESSES SÃO ESPECIALMENTE AFETADOS

Quanto ao critério de que deve haver uma participação representativa e muito difundida nas convenções que incorporam a regra consuetudinária putativa, incluindo a participação dos Estados cujos interesses são especialmente afetados, a dimensão da participação dos Estados na Convenção de 1951, no Protocolo de 1967, na Convenção contra a Tortura de 1984, no PIDCP de 1966 e em outras convenções que incorporam o princípio do *non-refoulement* indica aceitação quase universal do princípio. Dos 192 membros da ONU, 142 são parte da Convenção de 1951, 142 são parte do Protocolo de 1967 e 145 são membros de um ou ambos os instrumentos.⁷⁸ 141 são parte da Convenção contra a Tortura de 1984.⁷⁹ 155 são parte do PIDCP de 1966.⁸⁰

Quando outros instrumentos, como a Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950, A Convenção sobre Refugiados da OUA de 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e a Carta de Banjul de 1981, são também considerados, mais de 90% dos membros da ONU são parte de uma ou mais convenções que incluem o princípio do *non-refoulement* como um componente essencial. Dos Estados membros da ONU que não são parte de nenhum desses instrumentos, não há sugestão por parte de nenhum deles de oposição ao princípio.⁸¹ Conforme esses dados indicam, a participação em instrumentos convencionais que incorporam o princípio do *non-*

refoulement é definitivamente representativa e muito difundida. Essa participação é quase universal, incluindo os Estados cujos interesses são especialmente afetados.

3. PRÁTICA CONSISTENTE E RECONHECIMENTO GERAL DA REGRA, INCLUINDO AQUELES ESTADOS CUJOS INTERESSES SÃO ESPECIALMENTE AFETADOS

A participação quase universal dos Estados, conforme demonstrado acima, é um fator que afirma o reconhecimento geral do princípio do *non-refoulement*. Também é importante o amplo reconhecimento do princípio em instrumentos como a Declaração de Cartagena de 1984, a *Declaration on Territorial Asylum* de 1967 e os *Asian-African Refugee Principles* de 1966. Embora possuam um caráter não vinculante, a prática dos Estados e a *opinio juris* que esses instrumentos refletem apóiam a existência de um princípio consuetudinário do *non-refoulement*.

Além disso, há uma prática muito difundida dos Estados de incorporar expressamente tratados que incorporam o princípio do *non-refoulement* no seu ordenamento jurídico interno ou de estabelecer legislação interna específica, refletindo o princípio do *non-refoulement*. A prática dos governos em incluir em suas legislações nacionais o princípio do *non-refoulement* corresponde a um critério para a formação do direito internacional costumeiro, visto que é uma prática uniforme dos Estados, combinada com uma convicção legal crescente.⁸² Cerca de 80 Estados têm legislação específica sobre o *non-refoulement* ou incorporaram expressamente a Convenção de 1951 ou o Protocolo de 1967 na sua legislação interna. Esses números aumentam para 125 Estados quando se levam em consideração medidas internas que dão efeito a outros tratados que incorporam o princípio. A incorporação bastante difundida do princípio do *non-refoulement* na ordem jurídica dos Estados pode ser considerada uma evidência da prática dos Estados e *opinio juris* em apoio ao princípio consuetudinário do *non-refoulement*.⁸³

São ainda de importância particular as Conclusões sobre Proteção Internacional do *Executive Committee of the High Commissioner's Programme* (ExCom). O Comitê se reúne em Genebra anualmente para revisar e aprovar os programas do ACNUR, recomendar e assessorar em questões de proteção internacional dos refugiados

e discutir uma série de outros assuntos com o ACNUR e seus parceiros intergovernamentais e não governamentais.⁸⁴

Para que um Estado se torne um membro do ExCom, ele deve ser membro da ONU ou de alguma de suas agências especializadas, ser eleito pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC), representar a base geográfica mais ampla possível e demonstrar interesse e devoção para com a solução do problema dos refugiados.⁸⁵ Adotando-se a linguagem do julgamento *North Sea Continental Shelf* da CIJ, o ExCom é composto pelos representantes dos Estados cujos interesses são especialmente afetados pelas questões relacionadas aos refugiados. Dessa forma, as Conclusões sobre Proteção Internacional têm grande relevância para a determinação do *non-refoulement* como princípio consuetudinário do direito internacional. Além disso, o fato de que a participação nas reuniões do Comitê não se limita e normalmente excede o seu conjunto de membros, assim como o conhecimento especializado do Comitê e o fato de que as suas decisões são tomadas por consenso, dão ainda mais importância às suas Conclusões.

Desde 1975, as conclusões do ExCom freqüentemente têm demonstrado preocupação com o retorno forçado de refugiados e reafirmado a importância e o caráter humanitário fundamental do princípio do *non-refoulement*.⁸⁶ Dentre elas, destaca-se a Conclusão nº 81 (XLVIII) de 1982 que "*reaffirms the fundamental importance of the principle of non-refoulement, which prohibits expulsion and return of refugees in any manner whatsoever to the frontiers of territories where their lives or freedom would be threatened on account of their race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, whether or not they have been formally granted refugee status, or of persons in respect of whom there are substantial grounds for believing that they would be in danger of being subjected to torture, as set forth in the 1984 Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment*".

É importante ainda afirmar que, particularmente desde 1977, as Resoluções da Assembleia Geral da ONU têm constantemente se referido à relevância do princípio do *non-refoulement*.⁸⁷ Em inúmeras resoluções, a Assembleia Geral reafirma a importância de se respeitar o princípio do *non-refoulement*. Nesse sentido, também é importante o fato de que as resoluções da Assembleia Geral relativas ao relatório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados e as que constantemente endossam o

princípio do *non-refoulement* tendem a ser adotadas por consenso.⁸⁸

No que concerne à conduta dos Estados, os governos têm, quase invariavelmente, reagido de uma maneira que indica a sua aceitação do princípio do *non-refoulement* como guia para a sua ação, não havendo oposição formal ou informal ao princípio. No último meio século, nenhum Estado expulsou ou retornou um refugiado para as fronteiras de um país onde a sua vida ou liberdade estivesse em perigo, utilizando o argumento de que o *refoulement* é permissível sob o direito internacional contemporâneo.⁸⁹ Na verdade, em inúmeros casos, os Estados têm buscado explicar casos em que tenha ocorrido devolução de refugiados, fornecendo esclarecimentos adicionais ou justificativas razoáveis, que podem ser tomadas como uma confirmação implícita da aceitação do princípio.⁹⁰ Em relação a esse fator, pode ser feita referência ao julgamento da Corte Internacional de Justiça de 27 de junho de 1986, Caso Nicarágua v. Estados Unidos da América:

*"In order to deduce the existence of customary rules, the Court deems it sufficient that the conduct of States should, in general, be consistent with such rules, and that instances of State conduct inconsistent with a given rule should generally have been treated as breaches of that rule, not as indications of the recognition of a new rule. If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule."*⁹¹

Desse modo, casos em que um governo declarou não reconhecer nenhuma obrigação em atuar de acordo com o princípio do *non-refoulement* têm sido extremamente raros. Mesmo Estados que não são partes da Convenção de 1951 ou do Protocolo de 1967 têm freqüentemente confirmado que reconhecem e aceitam o princípio do *non-refoulement*.⁹² Além disso, a prática recente dos Estados, freqüentemente, tem incluído um nível significativo de acordo geral em não devolver pessoas que estejam fugindo de situações graves, como conflitos armados, mesmo que muitos Estados resistam formalmente em classificá-las como refugiados, quando estiverem fora do escopo da Convenção de 1951 ou do Protocolo de 1967, e não aceitem nenhuma obrigação em fornecer-lhes refúgio.⁹³

4. CONCLUSÃO

Considerando-se os fatores expostos acima e a evidente falta de objeção expressa por parte de

qualquer Estado em relação ao caráter normativo do princípio do *non-refoulement*, pode-se afirmar que esse é uma parte integral do direito internacional consuetudinário. Conseqüentemente, os Estados não partes da Convenção de 1951, do Protocolo de 1967 ou mesmo não partes de outros instrumentos, como a Convenção contra a Tortura de 1984, estão igualmente sujeitos a respeitar o princípio do *non-refoulement*, não devido a qualquer obrigação contratual, mas porque ele é parte do direito internacional geral. Contudo, isso não significa dizer que cada ramificação legal específica desse princípio esteja comumente acordada no contexto do direito internacional consuetudinário, mas sim que a essência do princípio, estabelecida, particularmente, pelo artigo 33 (1) da Convenção de 1951 e pelo Artigo 3º da Convenção contra a Tortura de 1984, não está sujeita a controvérsias.

A NÃO DERROGABILIDADE DO PRINCÍPIO DO NON-REFOULEMENT

Possivelmente, o fórum mais importante para se identificar o valor atribuído à norma do *non-refoulement* é o ExCom, por meio das suas Conclusões sobre Proteção Internacional. Conforme dito na sessão anterior, essas Conclusões refletem o consenso dos Estados mais especificamente afetados e interessados na questão dos refugiados, atuando com capacidade consultiva. Conseqüentemente, as Conclusões do ExCom têm valor interpretativo do direito internacional dos refugiados e têm efeito de estabelecer padrões.⁹⁴

A primeira menção ao princípio do *non-refoulement* como uma norma de *jus cogens* foi feita pelo ExCom na Conclusão nº 25 (XXXIII) de 1982. Em sua cláusula "b", os Estados membros *"reaffirmed the importance of the basic principles of international protection and in particular the principle of non-refoulement which was progressively acquiring the character of a peremptory rule of international law"*. Na Conclusão nº 55 (XL) de 1989, o ExCom, na cláusula "d" *"called on all States to refrain (...) from returning or expelling refugees contrary to fundamental prohibitions against these practices"*. Finalmente, na Conclusão nº 79 (XLVII) de 1996, na cláusula "i", o ExCom *"recalls that the principle of non-refoulement is not subject to derogation"*. Dessa forma, os Estados membros do ExCom concluíram, por consenso, que o princípio do *non-refoulement* é, de fato, uma norma na qual não é permitida derrogação.

O caráter de não derogável do princípio do *non-refoulement* é também afirmado pelo Artigo

42(1) da Convenção de 1951 e pelo Artigo 7º(1) do Protocolo de 1967 que impedem reservas ao Artigo 33 da Convenção de 1951. Além disso, segundo o Comitê contra a Tortura, não é permitida derrogação ao Artigo 3º da Convenção contra a Tortura de 1984, que se refere ao *non-refoulement*, e o Artigo 2º(2) dessa Convenção afirma que “em nenhum caso poderão invocar-se circunstâncias excepcionais, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, como justificção para a tortura”. Ainda, o Artigo 4º(2) do PIDCP e o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas não permitem derrogação do Artigo 7º do Pacto. Nesse sentido, é importante enfatizar que a própria proibição contra a tortura é caracterizada como uma norma peremptória de direito internacional geral.⁹⁵

É ainda importante afirmar que, de acordo com a Resolução 52/132 de 12 de dezembro de 1997, a Assembléia Geral das Nações Unidas afirma “that the principle of non-refoulement is not subject to derogation”.

Mais evidências de que o princípio do *non-refoulement* não é derogável podem ser encontradas na prática dos Estados que se desenvolveu na América Latina com base na Declaração de Cartagena de 1984. A quinta conclusão dessa Declaração reitera “a importância e a significação do princípio de *non-refoulement* (incluindo a proibição da rejeição nas fronteiras), como pedra angular da proteção internacional dos refugiados. Este princípio imperativo respeitante aos refugiados, deve reconhecer-se e respeitar-se no estado atual do direito internacional, como um princípio de *jus cogens*”.⁹⁶ É importante ainda o fato de que a Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) reconheceu as conclusões da Declaração de Cartagena com aprovação. Além disso, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhecem que o princípio do *non-refoulement* atingiu o *status de jus cogens*.⁹⁷

No que concerne ao continente europeu, o sistema europeu de direitos humanos tem desenvolvido uma jurisprudência que interpreta o Artigo 3º de da Convenção Européia de Direitos Humanos incluindo o *non-refoulement* de modo incondicional. Dessa forma, é fornecida uma ampla proteção aos ameaçados de expulsão, deportação a extradição, e elevando o *non-refoulement* não apenas a um princípio básico de Direito Internacional dos Refugiados, mas também a uma norma peremptória do Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁹⁸

Finalmente, o caráter de norma peremptória de direito internacional do princípio do *non-*

refoulement já atinge até o direito interno dos Estados. Na Suíça, por exemplo, atualmente se reconhece o caráter peremptório do princípio do *non-refoulement*, devido a uma iniciativa do Conselho Federal Suíço, de 1994.⁹⁹

CONCLUSÃO

Considerando-se o exposto acima, é possível afirmar que o princípio do *non-refoulement* faz parte do direito internacional consuetudinário. Além disso, também é possível afirmar que esse princípio não pode ser derogado. Dessa forma, conclui-se que o princípio do *non-refoulement* atendeu aos dois requisitos necessários para se atingir o *status de jus cogens* no direito internacional, visto que foi reconhecido pela comunidade internacional dos Estados como um todo como norma da qual nenhuma derrogação é permitida. Não pode, assim, ser derogado pelos Estados, agindo unilateral ou multilateralmente, por motivo algum.

Conseqüentemente, os Estados, individualmente ou coletivamente, estão impedidos de violarem, em qualquer circunstância, essa norma. Desse modo, qualquer tratado e toda ação, seja ela unilateral, bilateral ou multilateral, realizada por um Estado ou organização internacional que viole ou esteja em conflito com essa norma é inválida juridicamente. A natureza *jus cogens* do princípio do *non-refoulement* constitui-se, portanto, em uma poderosa arma na garantia à proteção dos indivíduos e dos seus direitos humanos, incluindo a possibilidade de se responsabilizar internacionalmente de Estados ou organizações internacionais que violem essa norma.

Entretanto, apesar dos vários avanços alcançados ao se reconhecer o princípio do *non-refoulement* como norma de *jus cogens*, ainda há vários desafios a serem enfrentados pela proteção internacional dos refugiados. Por exemplo, como responsabilizar internacionalmente uma organização internacional que cometa uma violação do princípio do *non-refoulement*? Além disso, embora o reconhecimento da natureza *jus cogens* do princípio do *non-refoulement* seja essencial para a proteção aos refugiados, esse reconhecimento não deve ser utilizado como um instrumento para preencher lacunas ou falhas existentes no sistema de proteção dos refugiados. De fato, ainda há muitos desafios para se adotar uma definição global de refugiado que esteja de acordo com a realidade contemporânea ou para se garantir um direito de refúgio.

NOTAS

1. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. In CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto & SANTIAGO, J. R. *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos/ACNUR, 2004, p. 60.
2. Segundo o Artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados “é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite 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 como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”. O Artigo 64 da mesma Convenção afirma ainda que “sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.
3. KEELY, Charles B. The international refugee regime(s): the end of the cold war matters. In *International Migration Review*. New York: Spring 2001. Vol. 35, núm. 1, p. 303.
4. FELLER, Erika. International refugee protection 50 years on: The protection challenges of the past, present and future. In *International Review of the Red Cross*. Geneva: September 2001. Vol. 83, núm. 843, p. 582.
5. BARNETT, Laura. Global Governance and the Evolution of the International Refugee Regime. In *International Journal of Refugee Law*. Oxford: Apr. 2002. Vol 14, núm. 2 and 3, pp. 238-239.
6. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados, y el derecho internacional humanitario. In ACNUR. *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados*. San José: Editorama, 2005, pp. 153-154.
7. BARNETT, Laura. Op. cit., supra 6.
8. KEELY, Charles B. Op. cit., supra 4, p. 304.
9. BRETT, Rachel & LESTER, Eve. Refugee law and international humanitarian law: parallels, lessons and looking ahead – A non-governmental organizations’s view. In *International Review of the Red Cross*. Geneva: September 2001. Vol. 83, núm. 843, p. 714.
10. KEELY, Charles B. Op. cit., supra 4, p. 304.
11. GOODWIN-GILL, Guy. *The refugee in international law*. New York: Oxford University Press, 1998, pp. 117-118.
12. ANDRADE, José H. Fischel de. *Direito Internacional dos Refugiados – evolução histórica (1921-1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 55.
13. GOODWIN-GILL, Guy. Op. cit., supra 12, p. 119.
14. Como a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes de 1984, IV Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Cíveis em Tempo de Guerra de 1949, Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, Convenção Organização da Unidade Africana que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África de 1969, Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984, Declaração da ONU sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados de 1992 e Princípios da ONU para a Prevenção e a Investigação Eficaz de Execuções Extra-legais, Arbitrárias e Sumárias de 1989. Além disso, o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos de 1966, a Convenção Européia dos Direitos do Homem de 1950 e a Carta de Banjul ou Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981 têm sido interpretadas de modo a garantir a proteção do princípio do *non-refoulement*.
15. MANDAL, Ruma. Protection Mechanisms Outside of the 1951 Convention (“Complementary Protection”). In *Legal and Protection Policy Research Series*. UNHCR, Department of International Protection, June 2005, pp. 2-28.
16. Por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, a Convenção Organização da Unidade Africana que Rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África de 1969, a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados de 1984, e os *Asian-African Refugee Principles* de 1966.

17. LAUTERPACHT, E. & BETHLEHEM, D.: The Scope and Content of the Principle of *Non-refoulement*. In FELLER, E. & TÜRK, V. & NICHOLSON, F. (Ed.). *Refugee Protection in International Law – UNHCR’s Global Consultations on International Protection*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 118.
18. BRETT, Rachel & LESTER, Eve. Op. cit., supra 10, p. 714.
19. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre: S.A. Fabris Ed., vol. I, 1997, p. 270.
20. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Op. cit., supra 7, p.140.
21. Ver, por exemplo, o Artigo 3 da Convenção Relativa ao Status Internacional dos Refugiados de 1933.
22. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Op. cit., supra 2, pp. 60-63.
23. Ibid. p. 65.
24. CLARK, Tom. Rights Based Refuge, the Potential of the 1951 Convention and the Need for Authoritative Interpretation. In *International Journal of Refugee Law*. Oxford: 2004. Vol. 16, núm. 4, pp. 585-586.
25. Ibid.
26. Ibid, pp. 585-590.
27. Ibid, p. 591.
28. Ver nota 15.
29. GORLICK, Brian. Human rights and refugees: enhancing protection through international human rights law. In *New Issues in Refugee Research*. Geneva: UNHCR. October 2000. Working Paper n. 30, p. 29.
30. WET, Erika de. The Prohibition of Torture as an International Norm of jus cogens and Its Implications for National and Customary Law. In *European Journal of International Law*; Feb 2004. Vol. 15, núm 1, pp. 97-121.
31. GORLICK, Brian. Op. cit., supra 30, p. 30.
32. Ver Communication n. 13/1993: Switzerland. 27/04/94. CAT/C/12/D/13/1993.
33. Ver Communication n. 15/1994: Canadá. 18/11/94. CAT/C/13/D/15/1994.
34. Ver Communication n. 21/1995: Switzerland. 08/05/96. CAT/C/16/D/21/1995.
35. Ver Communication n. 43/1996: Sweden. 15/11/96. CAT/C/17/D/43/1996.
36. Ver Communication n. 41/1996: Sweden. 08/05/96. CAT/C/16/D/41/1996.
37. Ver Communication n. 39/1996: Sweden. 28/04/97. CAT/C/18/D/39/1996.
38. Ver Communication n. 88/1997: Sweden. 16/11/98. CAT/C/21/D/88/1997.
39. Ver Communication n. 101/1997: Sweden. 16/12/98. CAT/C/21/D/101/1997.
40. Ver Communication n. 120/1998: Austrália. 25/05/99. CAT/C/22/D/120/1998.
41. Communication n. 39/1996: Sweden. 28/04/97. CAT/C/18/D/39/1996. parágrafo 14.5.
42. GORLICK, Brian. The Convention Against Torture and the Committee against Torture: A Complementary Protection Regime for Refugees. In *International Journal of Refugee Law*. Oxford: 1999. Vol. 11, núm. 3, p. 495.
43. Ibid.
44. CLARK, Tom. Op. cit., supra 25, p. 592.
45. Ver Communication n. 469/1991: Canadá. 07/01/94. CCPR/C/49/D/469/1991.
46. Ver Communication n. 829/1998: Canadá. 20/10/2003. CCPR/C/78/D/829/1998.
47. Ver CCPR General Comment n. 20 de 10/03/92.
48. Ver CCPR General Comment n. 7 de 30/05/82.
49. Ver CCPR General Comment n. 15 de 11/04/86.
50. Ver CRC General Comment n. 6 Thirty-ninth session 17 May – 3 June 2005.
51. É importante enfatizar que, atualmente, 189 Estados são partes da Convenção dos Direitos da Criança, sendo que apenas os Estados Unidos da América e a Somália ainda não aderiram a ela.
52. Ver, por exemplo, medidas cautelares contra o Estado do Canadá em nome do Sr. Manickavasgam Suresh em 16 de janeiro de 1998 e medidas cautelares contra o Estado do Panamá em favor de Enrique Medrano, Juan Berrió e as crianças Sandy Juliet Martínez Copete, Yoinis Gutiérrez Mena, Sandra Gutiérrez Mena e Yesenia Berrío Mena de 25 de abril de 2003.
53. SANDOVAL, Clara. A Critical View of the Protection of Refugees and IDPs by the Inter-American System of Human Rights: Re-assessing its Powers and Examining the Challenges for the Future. In *International Journal of Refugee Law*. Oxford: March 2005. Vol. 17, núm. 1, p. 51.
54. Ibid.
55. Inter-American Commission on Human Rights. *The Haitian Centre for Human Rights*

- et al. v. United States*, Decision on the Merits, Case 10.675, Report n. 51/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), parágrafo 157.
56. *Ibid.* parágrafo 162-163.
57. Ver Regional Bureau for Europe & Department of International Protection. *UNHCR Manual on Refugee Protection and the European Convention on Human Rights*. April 2003, Updated March 2005. Part 2: Fact sheets. Fact sheets on Article 3°.
58. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Op. cit., supra 4, pp. 145-146.
59. *Soering v. United Kingdom*, Judgement of 7 July 1989, Appl. n. 14038/88.
60. CLARK, Tom. Op. cit., supra 25, pp.584-608.
61. *Ibid.*, p. 593.
62. GOODWIN-GILL, Guy. Op. cit., supra 12, p.168.
63. BRUIN, Rene & WOUTERS, Kees. *Terrorism and the Non-derogability of Non-refoulement*. In *International Journal of Refugee Law*, Vol. 15, n. 1 (2003). pp. 24-25.
64. Ver <http://web.amnesty.org/library/Index/engAMR510442002?OpenDocument&of=COUNTRIES\USA>. Acesso em 30 de março de 2006.
65. ALLAIN, J. *The jus cogens nature of non-refoulement*. In *International Journal of Refugee Law*, Vol. 14, n. 1 (2002), pp. 533-558.
66. BRUIN, Rene & WOUTERS, Kees. Op. cit., supra 64, pp. 7-15.
67. ALLAIN, J. Op. cit., supra 66, pp. 537-538.
68. ALLAIN, J. *Ibid.* TERAYA, Koji. *Emerging Hierarchy in International Human Rights and Beyond: From the Perspective of Non-derogable Rights*. In *European Journal of International Law* Vol. 12, n. 5, 2001, p. 928.
69. *North Sea Continental Shelf*, Judgement, ICJ Reports 1969.
70. LAUTERPACHT, E. & BETHLEHEM, D. Op. cit., supra 18, pp. 142-143.
71. *North Sea Continental Shelf*, Judgement, ICJ Reports 1969, p. 3, parágrafo 72.
72. *Ibid.* p. 3, parágrafo 73.
73. Ver, por exemplo: ALLAIN, J. Op. cit., supra 66, p. 538. GOODWIN-GILL, Guy. Op. cit., supra 12, pp. 167-170; LAUTERPACHT, E. & BETHLEHEM, D. Op. cit., supra 18, pp. 140-164; UNHCR. *The Principle of Non-refoulement as a Norm of Customary International Law*. Geneva: UNHCR, 1994, pp. 1-25.
74. UNHCR. *The Principle of Non-refoulement as a Norm of Customary International Law*. Geneva: UNHCR, 1994, p. 1.
75. LAUTERPACHT, E. & BETHLEHEM, D. Op. cit., supra 18, p. 143.
76. Ver, por exemplo, *Soering v. United Kingdom*, Judgement of 7 July 1989, Appl. n. 14038/88 na Corte Européia; CCPR General Comment n. 20 de 10/03/92, no Comitê de Direitos Humanos e Communication n. 97/1993, John K. Modise v. Botswana, na Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos.
77. UNHCR. Op. cit., supra 75, p. 5.
78. Dados de 1° de março de 2006. Disponíveis em: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/protect/opendoc.pdf?tbl=PROTECTION&id=3b73b0d63>. É importante ainda enfatizar que a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 possuem 143 membros cada. Contudo, devido ao fato de um deles ser a Santa Sé, que não é um membro da ONU, esse não foi contabilizado nos dados referidos.
79. Dado de 26 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/9.htm>.
80. Dado de 26 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.ohchr.org/english/countries/ratification/4.htm>.
81. LAUTERPACHT, E. & BETHLEHEM, D. Op. cit., supra 18, p. 147.
82. UNHCR. Op. cit., supra 75, p. 4.
83. LAUTERPACHT, E. & BETHLEHEM, D. Op. cit., supra 18, p. 148.
84. Ver: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/excom>. Acesso em 24 de março de 2006. Em 1958, por meio da Resolução 672 (XXV), o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) estabeleceu o Comitê Executivo do ACNUR (ExCom), com base no parágrafo 4° do Estatuto do ACNUR. O órgão atualmente possui 68 Estados membros. Formalmente, o Comitê é independente do ACNUR.
85. Ver a Resolução 1166 (XII) de 1957 da Assembleia Geral das Nações Unidas.
86. Ver, por exemplo, Conclusões n. 1 (XXVI) de 1975, n. 25 (XXXIII) de 1982, n. 52 (XXXIX) de 1988, n. 71 (XLIV) de 1993, n. 81 (XLVIII) de 1997, n. 91 (LII) de 2001, n. 94 (LIII) de 2002 e n. 99 (LV) de 2004.

87. Ver, por exemplo, Resoluções 8(X) de 12 de fevereiro de 1946, 32/67 de 8 de dezembro de 1977, 33/26 de 38/12 de 16 de dezembro de 1983, 43/117 de 8 de dezembro de 1988, 49/169 de 23 de dezembro de 1994, 54/146 de 17 de dezembro de 1999, 56/137 de 19 de dezembro de 2001, 57/187 de 18 de dezembro de 2002.
88. GOODWIN-GILL, Guy. Op. cit., supra 12, p. 167.
89. Ver *Sanremo Declaration on the Principle on Non-refoulement*, adotada em setembro de 2001 pelo Conselho do *International Institute of Humanitarian Law*.
90. UNHCR. Op. cit., supra 75, pp. 2-3.
91. *Nicaragua v. United States*, Merits, ICJ Reports 1986, p. 98, parágrafo 186. Sublinhado não contido no original.
92. UNHCR. Op. cit., supra 75, pp. 2-3. Países no Sul da Ásia, como a Índia, têm sido tradicionalmente hospitaleiros a refugiados e solicitantes de refúgio, mesmo não sendo parte da Convenção de 1951 ou do Protocolo de 1967. Ver: UNHCR. UNHCR Global Report 2002. Genebra: UNHCR, 2003, p. 324.
93. GOODWIN-GILL, Guy. Op. cit., supra 12, p. 134 e p. 171.
94. ALLAIN, J. Op. cit., supra 66, p. 539.
95. Ver *Tapia Paez versus Suécia* (1997), Communication n. 39/1996: Sweden. 28/04/97. CAT/C/18/D/39/1996; CCPR General Comment n. 20 de 10/03/92; General Comment n. 24 de 04/11/94 e General Comment n. 29 de 31/08/01.
96. A Declaração de San José sobre os Refugiados e Pessoas Deslocadas de 1994 e a Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina de 2004, documentos que seguiram a Declaração de Cartagena de 1984, também reafirmaram a natureza *jus cogens* do princípio do *non-refoulement*.
97. SANDOVAL, Clara. Op. cit., supra 54, p. 51.
98. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Op. cit., supra 9, pp. 144-145.
99. *Ibid.*, p.183.

Ahora bien. En homenaje a la pequeña Ana y a los millones de niños y adolescentes desheredados, víctimas y victimarios para quienes las respuestas deben ser mucho más estructurales que legales y que ponen sus esperanzas en ustedes, en nosotros, sus hermanos, hombres y mujeres de buena voluntad, les pido, como evidencia de nuestra solidaridad y nuestro repudio a su desamparo, que de pie hagamos un minuto de silencio.

Y ahora una breve síntesis para su conocimiento y reflexión.

2. LA JUSTICIA DE MENORES

La evolución del Derecho del Menor, desde las Ordenaciones Filipinas (cuando los menores eran imputables a los siete años) hasta el Estatuto del Niño y del Adolescente (léase Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño), ha sido caracterizada por una progresiva sustitución de las penalidades históricamente conminadas a adultos y chicos, con función retributiva, por medidas profilácticas y tutelares⁶ aplicables a distintas categorías de menores, culminando, más adelante, en mi país, con un sistema de justicia juvenil de vocación humanista, que toma en cuenta la condición peculiar del infante y del adolescente como un ente biopsicosocial en crecimiento y que hace énfasis en sus derechos y en las medidas que buscan el fortalecimiento de sus vínculos familiares y comunitarios.

3. EL PERIODO ANTERIOR AL ESTATUTO

En el capítulo relativo al menor, el Código Criminal del Imperio (1830) cuidó únicamente de su responsabilidad penal, fijándola a los 14 años y acogiendo el criterio del discernimiento (o sea, la capacidad de comprender la naturaleza ilícita del acto y de determinarse de acuerdo con este entendimiento): "Si obran con discernimiento, deberán ser recogidos en una casa de corrección, por el tiempo que al juez parezca necesario, con tal que dicho recogimiento no exceda de la edad de 17 años."

Adoptado en esa época por incontables países, en sustitución al criterio cronológico, se mantuvo en el Código Penal de la República de 1890, que consideró irresponsables a los menores de 9 años, pero estableció que a partir de esa edad hasta los 14 años responderían por sus actos cuando resultase patente haber actuado con discernimiento.

3.1. EL CÓDIGO MELLO MATTOS Y EL SISTEMA DE PROTECCIÓN Y ASISTENCIA A LOS MENORES ABANDONADOS Y DELINCUENTES

En el año de 1921, la edad de la responsabilidad penal se elevó a los 14 años y se puso un punto final al empleo, en este ámbito, del criterio del discernimiento, que Tobias Barreto ya apellidaba como "fósil jurídico".

Seis años después se promulgó el Código Mello Mattos (Decreto n. 17.943-A, del 12 de octubre de 1927), cuyo principal mérito consistió en reunir en un único cuerpo normativo las leyes entonces existentes y crear un sistema de protección y asistencia a los menores. Entre sus características están: la clasificación de los menores en dos grandes grupos (abandonados y delincuentes), el poder de perdón del juez (cuando la conducta transgresora era de poca gravedad y no revelaba mala índole), la sentencia indeterminada, la libertad vigilada y la diversidad de procedimientos respecto de los delincuentes, conforme a su edad.

En los años subsiguientes se expidieron nuevas leyes alusivas a la protección y asistencia a los menores abandonados y delincuentes. Después de la puesta en vigencia del Código Penal de 1940 (que fijó en 18 años la edad límite de la responsabilidad penal), se editó el Decreto-Ley n. 6.026/43 a fin de reglamentar las medidas aplicables por la comisión de infracciones penales.

3.2. EL CÓDIGO DE MENORES Y LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

Con la intención de cambiar el tratamiento del menor, compatibilizándolo con la evolución jurídica y social que tuvo lugar en el transcurso de varias décadas en el territorio latinoamericano, se promulgó, el 10 de octubre de 1979, un nuevo Código de Menores (Ley n. 6.697).

Entraba en escena, como paradigma de la ideología positivista dominante, la doctrina de la situación irregular⁷ (en un sistema que se decía tutelar e invocaba el principio del superior interés del menor (artículo 5º, obrante asimismo en la Convención), pero que, en verdad, era distorsionado por una práctica represiva), la cual preveía un tratamiento indistinto⁸ para los menores delincuentes y abandonados, aunque esos términos no se utilizaran más porque eran considerados como despectivos.

Los que estaban en situación de abandono, los pobres, los desposeídos, los marginados, eran tachados de débiles e incapaces, portadores de una patología social que necesitaba de tratamiento, de una política higienista. Dificiles, indeseables, se les consideraba un estorbo y también una amenaza. Constitutivos de riesgo social, delincuentes proclives al crimen y peligrosos (el principio de la culpabilidad se sustituyó por el de la peligrosidad), eran objeto con demasiada frecuencia de la intervención judicial, en tanto se les aplicaban medidas sin necesidad de juicio de culpabilidad respecto a una conducta y sin el debido proceso legal, con la ausencia constante del defensor de oficio.

En las instituciones juveniles (Fundaciones Estatales del Bienestar del Menor – FEBEM, aún existentes) se recibían, sin separación, a los infractores y a aquellos sin ningún conflicto con la ley (los últimos en mayor número), o sea, tanto a los sujetos activos como a los sujetos pasivos de la violencia, a quienes se proponía un tratamiento sin distinción. Predominaba una política de criminalización de la penuria, de control sociopenal (en el lenguaje de Emilio García Méndez), de prácticas represivas y autoritarias, en la que se substruía de los menores el armazón de garantías procesales ordinariamente ofrecidas a los adultos.

Al mantenerse medidas similares a las sanciones penales, pero sin las respectivas salvaguardias, se consolidaba, de este modo, un *derecho penal reforzado, mixtificante*.

Eran seis las categorías de menores:

I – privado de condiciones esenciales a su subsistencia, salud e instrucción obligatoria, aun cuando eventualmente, en razón de: a) falta, acción u omisión de los padres o del responsable; b) manifiesta imposibilidad de los padres o del responsable para proveerlas; II – víctima de maltratos o castigos inmoderados impuestos por los padres o por el responsable; III – en peligro moral, debido a: a) encontrarse, de modo habitual, en ambiente contrario a las buenas costumbres; b) explotación en actividad contraria a las buenas costumbres; IV – privado de representación o asistencia legal, por la falta eventual de los padres o del responsable; V – con desvío de conducta, en virtud de grave inadaptación familiar o comunitaria; VI – autor de una infracción penal.

Claramente se identificaban las hipótesis de situación irregular: el menor abandonado (I), el menor víctima (II), el menor en peligro moral (III), el menor en abandono jurídico (IV), el menor con desvío de conducta (V) y el menor infractor (VI).

Las medidas aplicables al menor por la autoridad judicial constaban en el artículo 14: I – advertencia; II – entrega a los padres o al responsable, o a una persona idónea, mediante una declaración de responsabilidad; III – colocación en un hogar sustituto; IV – imposición del régimen de semilibertad; V – colocación en una casa de semilibertad; VI – internación en un establecimiento educacional, ocupacional, psicopedagógico, psiquiátrico u otro adecuado.

La autoridad judicial podría en su caso y en cualquier tiempo, de oficio o mediante iniciativa fundamentada de los padres o del responsable, de la autoridad administrativa competente o del Ministerio Público, acumular o sustituir dichas medidas.

La infracción penal correspondía a la comisión de un acto infractor descrito en la legislación penal como crimen o contravención. En esta hipótesis se aplicaba una de las siguientes medidas: advertencia, libertad asistida, colocación en una casa de semilibertad o internación. La última solamente se daría si fuese inviable o malograrse la aplicación de las demás medidas, siendo que, en la ausencia de un establecimiento adecuado, la internación podría excepcionalmente ofrecerse en una sección de la unidad destinada a mayores (esto es, en prisión), desde que fuesen instalaciones adecuadas, afianzándose una absoluta incomunicabilidad.

En el supuesto de que el menor cumpliera veintiún años sin que hubiera sido declarada la cesación de la medida, pasaría a la jurisdicción del juez de ejecución penal. En tal caso sería conducido a un establecimiento apropiado hasta que el Juez juzgase extinto el motivo en que se había fundamentado la medida, en la forma establecida en la legislación penal.

4. EL ESTATUTO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE Y LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL. EL SISTEMA GARANTISTA

Con la actual Constitución, hubo una movilización nacional de repudio al tratamiento ofrecido al menor en situación irregular, en especial a los internamientos en forma indiscriminada. Se constituyó una cruzada contra la cultura minorista, que reunió a representantes de la sociedad civil y a entidades gubernamentales, incluso abogados, fiscales, jueces, etc., bajo la inspiración de su artículo 227 (“Es deber de la familia, la sociedad y el Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, salud, alimentación, educación, recreación, profesionalización, cultura, dignidad,

respeto, libertad y convivencia familiar y comunitaria, además de ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”,⁹ con vistas a sustituir el Código de Menores (el titular de un periódico “Menor mata a un Niño” expuso la agonía de un término en descrédito, que embutía rótulos y estigmas) por una nueva ley cuyos destinatarios serían todos los niños (así nombrados hasta los 12 años incompletos) y adolescentes (entre los 12 y 18 años por cumplir),¹⁰ sin ninguna discriminación, quienes pasaban a ser sujetos de derecho, personas en condición peculiar de desarrollo y objeto de prioridad absoluta.

Surgió, así, en 1990, la Ley n. 8.069, el Estatuto del Niño y del Adolescente (en portugués, *Estatuto da Criança e do Adolescente, ECA*), una de las más vanguardistas normas dirigidas a la protección de la niñez y la adolescencia, revolucionaria en su esencia, que retiró las ambigüedades, las discrecionalidades (jurídicas y pedagógicas), las falacias y los subjetivismos del Código de Menores, a la par que sirvió de modelo para legislaciones extranjeras, en particular de Latinoamérica.

De carácter eminentemente garantista y coherente, pues, con el Estado Democrático de Derecho, abrazó la doctrina de la protección integral, su piedra angular, defendida por las Naciones Unidas y cimentada sobre instrumentos universales (como la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; las Reglas de *Beijing*, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores; las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil y las Reglas de *RIAD* y las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad), proclamó el dominio de la ley y del respeto enérgico a los derechos fundamentales y estableció la municipalización de la asistencia, además de la participación de la sociedad organizada, ya sea en la formulación de las políticas públicas para la infancia y la juventud, ya sea en el monitoreo de las acciones (para lo cual fue fundamental el artículo 204, de la CF, fracción II: “Las acciones gubernamentales en el área de la asistencia social serán realizadas con recursos del presupuesto de seguridad social, previstos en el artículo 195, además de otras fuentes, y organizadas en base a los siguientes principios: ... II: Participación de la población, por medio de organizaciones representativas, en la formulación de las políticas y en el control de las acciones en todos los niveles”).

En el área de los actos infractores a la ley penal, enunció que, en conformidad con el artículo 228 de la Constitución Federal, los menores de 18 años

son penalmente inimputables¹¹ (con fundamento en un criterio político y también biológico, en la especial condición de persona en proceso de maduración), quedando sujetos a las medidas en él previstas, siendo considerada, para los efectos de la ley, su edad a la fecha del hecho delictivo.

El artículo 105 estableció que al acto infractor practicado por el niño le corresponderán las medidas de protección contenidas en el artículo 101:

I – encaminamiento de los padres o del responsable mediante una declaración de responsabilidad; II – orientación, apoyo y seguimiento temporarios; III – matrícula y frecuencia obligatorias en un establecimiento oficial de enseñanza fundamental; IV – inclusión en programas comunitarios u oficiales de auxilio a la familia, al niño y al adolescente; V – requisición de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen hospitalario o ambulatorio; VI – inclusión en un programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos; VII – abrigo en una entidad; VIII – colocación en una familia sustituta.

Al Consejo Tutelar, órgano municipal permanente, autónomo, no jurisdiccional, compuesto de cinco miembros, remunerados, elegidos por la comunidad, le incumbe atender a los niños y adolescentes infractores, en la aplicación de las medidas del artículo 101. Mientras el Consejo no se instale, sus atribuciones son ejercidas por la autoridad judicial.

Acorde con el artículo 5º, fracción LXI de la CF, el Estatuto prescribe que ningún adolescente será privado de su libertad excepto cuando fuere hallado en el flagrante de una infracción o por una orden escrita y fundamentada de la autoridad judicial, asegurándosele, entre otras, en el artículo 111, las siguientes garantías:

I – pleno y formal conocimiento de la atribución del acto infractor, mediante citación o medio equivalente; II – igualdad en la relación procesal, pudiendo confrontarse con víctimas y testigos y producir todas las pruebas necesarias a su defensa; III – defensa técnica por abogado; IV – asistencia judicial gratuita e integral a los necesitados, en la forma de la ley; V – derecho de ser oído personalmente por la autoridad competente; VI – derecho de solicitar la presencia de sus padres o del responsable en cualquier fase del procedimiento.

Las Reglas de Beijing (7.1.) disponen que “En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas, tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho

al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogarlos, y el derecho de apelación ante una autoridad superior.”

4.1. MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Al adolescente infractor el juez podrá aplicarle las medidas socioeducativas, de naturaleza retributiva, pero con contenido pedagógico, enunciadas en el artículo 112: I – advertencia; II – obligación de reparar el daño; III – prestación de servicios a la comunidad; IV – libertad asistida; V – inserción en régimen de semilibertad; VI – internación en un establecimiento educacional; VII – cualquiera de las formas previstas en el artículo 101, de I a VI.

Aplicables aislada o cumulativamente, dichas medidas pueden ser reemplazadas en cualquier tiempo por la autoridad competente si así lo juzgue necesario, con amparo en un dictamen pericial.

Para ello se ha de considerar la capacidad del adolescente de cumplirlas, las circunstancias de la infracción y su gravedad.

De cada una de ellas trataremos más adelante, destacándose que la imposición de las medidas preceptuadas en las fracciones de II a VI presupone la existencia de pruebas suficientes de autoría y materialidad de la infracción, salvo la hipótesis de la remisión, en los términos de la ley.

4.1.1. ADVERTENCIA

Recomendada a los adolescentes que no tienen antecedentes de trasgresiones y autores de infracciones leves y aplicada en audiencia, presentes sus padres o el responsable (aun porque a éstos también está destinada, llamándoles la atención para las consecuencias de su conducta delincuencial y los riesgos de una recaída), consiste en una amonestación verbal, con orientaciones y exigencias de la autoridad competente, registrada en los autos y firmada por el juez, el representante ministerial, el adolescente y sus padres o el responsable.

La advertencia se incluye generalmente en la remisión extintiva del proceso, concedida por la autoridad judicial, y puede aplicarse junto con una medida de protección al adolescente o de una medida pertinente a los padres o al responsable.

4.1.2. OBLIGACIÓN DE REPARAR EL DAÑO

Sustituible por otra adecuada si fuera manifiestamente imposible, y aplicable por la autoridad cuando la infracción tenga reflejos

patrimoniales. El adolescente (por lo general perteneciente a las clases más elevadas) podrá ser obligado, si fuera el caso, a restituir la cosa, efectuar el resarcimiento del daño o, de otro modo, compensar el perjuicio de la víctima.

Evidentemente, ante la imposibilidad de cumplirla, la ley establece que la medida podrá ser sustituida por otra adecuada.

Homologada la composición, la sentencia constituye un título ejecutivo.

4.1.3. PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD

Muy común en otros países (*community service*, en los Estados Unidos), consiste, a semejanza de la que se imputa a los adultos, en la ejecución de tareas gratuitas, de interés general, por un período no superior a seis meses, en entidades asistenciales, hospitales, escuelas y otros establecimientos congéneres, así como en programas desarrollados por la comunidad o por el gobierno, con el monitoreo de ambos.

Las tareas se atribuyen conforme a las aptitudes del adolescente y deben ser cumplidas con duración máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos y días festivos, o en días hábiles, a fin de que no perjudique la asistencia a la escuela o a la jornada normal de trabajo.

Nótese que la prestación de servicios no puede ser impuesta contra la voluntad del adolescente, porque, si así fuera, se configuraría como trabajo forzado que la Constitución Política expresamente prohíbe.

4.1.4. LIBERTAD ASISTIDA

Con raíces históricas en el instituto estadounidense (conocido como *probation*), es adoptable siempre que se muestre conveniente a efectos de acompañar, auxiliar y orientar al adolescente que haya cometido un acto infractor. Su aplicación no se recomienda a reincidentes y debe fijarse por el plazo mínimo de seis meses, sujeta a sufrir una prórroga o ser revocada en cualquier tiempo y sustituida por otra medida, con previa consulta al orientador, al Ministerio Público y al defensor.

Al orientador, persona capacitada para acompañar el caso y que puede ser indicada por una entidad o un programa de atención, le incumbe, con el apoyo y la supervisión de la autoridad competente, promover socialmente al adolescente y a su familia, supervisar su frecuencia y aprovechamiento escolar, gestionar su

profesionalización e insertarlo en el mercado de trabajo, además de presentar un informe del caso.

4.1.5. RÉGIMEN DE SEMILIBERTAD

Determinada por la autoridad judicial desde el principio, después de la comisión del acto infractor, o como forma de transición para la libertad, corresponde a actividades externas durante el día (trabajo y/o asistencia a la escuela), permaneciendo el menor en el período nocturno en una entidad de atención.

Exige seguimiento técnico y puede llevarse a cabo de dos formas: a) desde el principio; o b) en concepto de progresión, como forma de transición del interno hacia el medio abierto.

Prevista, como hemos apuntado con anterioridad, en el Código de Menores bajo la denominación de “colocación en casa de semilibertad”, su valor terapéutico es enaltecido por todos. Sin plazo determinado, hace uso, cuando es posible, de recursos comunitarios, con la oferta obligatoria de escolarización y profesionalización.

4.1.6. INTERNACIÓN

Aplicable por la autoridad judicial en una decisión fundamentada, se basa en tres principios básicos (art. 121):

- a) brevedad (deberá durar por lo menos seis meses y jamás excederá de tres años);
- b) excepcionalidad (como *ultima ratio*, sólo se admite en tres hipótesis, previstas en el art. 122: infracción cometida mediante grave amenaza o violencia a persona; reiteración en la comisión de otras infracciones graves; incumplimiento reiterado e injustificable de la medida anteriormente impuesta, hipótesis en la que no podrá exceder de los tres meses). Alcanzado el límite máximo de tres años, el adolescente deberá ser liberado, puesto en régimen de semilibertad o de libertad asistida;
- c) respeto a la condición peculiar de persona en desarrollo (al Estado le corresponde velar por su integridad física y moral, adoptando las medidas apropiadas).

La internación deberá darse en entidad exclusiva para adolescentes (puesto que se retiró la posibilidad anterior de quedarse en los penales, de acuerdo con el artículo 185), donde serán obligatorias las actividades pedagógicas, y se obedecerá a una rigurosa separación (con asiento en tres criterios: edad, complexión física y rigor de la infracción) y se les asegurarán los derechos referidos en el artículo 124: I – entrevistarse

personalmente con el representante del Ministerio Público; II – hacer petición directamente a cualquier autoridad; III – encontrarse reservadamente con su defensor; IV – ser informado de su situación procesal, siempre que lo solicite; V – ser tratado con respeto y dignidad; VI – permanecer internado en la misma localidad o en aquella más cercana al domicilio de sus padres o del responsable; VII – recibir visitas, por lo menos semanalmente; VIII – mantener correspondencia con sus familiares y amigos; IX – tener acceso a los objetos necesarios para la higiene y el aseo personal; X – habitar alojamiento en condiciones adecuadas de higiene y salubridad; XI – recibir escolarización y profesionalización; XII – realizar actividades culturales, deportivas y de recreación; XIII – tener acceso a los medios de comunicación social; XIV – recibir asistencia religiosa, conforme a su creencia, y en caso de que lo quiera; XV – mantener la posesión de sus objetos personales y disponer de local seguro para guardarlos, recibiendo comprobante de los que hayan sido depositados en poder de la entidad; XVI – recibir, con ocasión de su salida, los documentos personales indispensables para la vida en sociedad.

Además, en ningún caso habrá incomunicabilidad, pero la autoridad judicial podrá suspender temporalmente la visita, incluso de los padres o del responsable si acaso existan motivos serios y fundados de que pueda perjudicar los intereses del adolescente.

Son previstas tres hipótesis (*numerus clausus*) de internación provisional: a) por decisión fundamentada del juez; b) por aprehensión del adolescente en el flagrante de una infracción y c) por una orden escrita de la autoridad judicial.

Antes de la sentencia puede ser determinada por el plazo máximo de cuarenta y cinco días, debiendo la decisión ser fundamentada y basarse en indicios suficientes de autoría y materialidad, una vez demostrada su necesidad imperiosa (presentes los dos requisitos de las medidas cautelares: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*).

De acuerdo con el artículo 183 el plazo máximo e improrrogable para la conclusión del procedimiento de investigación del acto infractor, estando el adolescente internado provisionalmente, es de cuarenta y cinco días.

4.2. INVESTIGACIÓN DEL ACTOR INFRACTOR

Cuando se trata de un actor infractor cuyo responsable es un niño, la competencia es del Consejo Tutelar y, en defecto de éste, de la autoridad judicial, quien podrá, en los términos del artículo

143, investigar los hechos y ordenar de oficio las providencias necesarias, luego de escuchar al representante del Ministerio Público.

Al prever la forma de investigación de la infracción atribuida al adolescente, el Estatuto define, *inter alia*, algunos puntos de esencial importancia:

- El adolescente, aprehendido por conducto de una orden del juez, será al instante encaminado a la autoridad judicial, y cuando fuere aprehendido en el flagrante de un acto infractor, será encaminado de inmediato a la autoridad policial competente;
- En la hipótesis de que haya oficina policial especializada para la atención del adolescente y, tratándose de un acto infractor practicado en coautoría con un adulto, prevalecerá la atribución de la oficina especializada que, después de las providencias necesarias y conforme al caso, encaminará al adulto a la comisaría que le es asignada;
- Compareciendo cualquiera de los padres o el responsable, el adolescente será en seguida liberado por la autoridad policial, siendo firmado un documento de compromiso y responsabilidad de su presentación al representante del Ministerio Público, en el mismo día o, siendo imposible, en el primer día hábil inmediato, excepto cuando, por la gravedad del acto infractor y su repercusión social, deba el adolescente permanecer internado para garantía de su seguridad personal o manutención del orden público;
- Siendo imposible la presentación inmediata, la autoridad policial encaminará al adolescente a la entidad de atención que hará la presentación al representante del Ministerio Público en el plazo de veinticuatro horas; en las localidades donde no haya dicha entidad, la presentación se hará por la autoridad policial y, en la ausencia de oficina policial especializada, el adolescente aguardará la presentación en dependencia separada de la destinada a adultos, no pudiendo, en cualquier hipótesis, exceder del plazo de veinticuatro horas;
- Siendo liberado el adolescente, la autoridad policial enviará inmediatamente al representante del Ministerio Público una copia del auto de aprehensión o la comunicación del incidente;
- No siendo hipótesis de flagrante, en caso de que haya indicios de participación del adolescente en la comisión de un acto infractor, la autoridad policial enviará al representante del Ministerio Público un informe de las investigaciones y demás documentos;
- Una vez presentado el adolescente, el representante del Ministerio Público, en el

mismo día y a la vista del auto de aprehensión, comunicación del incidente o informe policial y con los datos sobre los antecedentes del adolescente, procederá inmediatamente a la toma de su declaración y, siendo posible, de sus padres o del responsable, de la víctima y de los testigos; en caso de que no haya presentación, el representante del Ministerio Público notificará a los padres o al responsable para la presentación del adolescente, pudiendo requerir a tal efecto el apoyo de las policías civil y militar;

- El representante del Ministerio Público podrá: a) archivar los autos; b) conceder la remisión; o c) representar a la autoridad judicial para la aplicación de una medida socioeducativa. Archivados los autos o concedida la remisión por el representante del Ministerio Público, en decisión fundamentada, que contendrá el resumen de los hechos, los autos serán enviados a la autoridad judicial, quien, después de homologar el archivo o la remisión, determinará, según el caso, el cumplimiento de la medida;
- En caso de que el representante del Ministerio Público, por cualquier razón, no promueva el archivo ni otorgue la remisión, ofrecerá representación procesal a la autoridad judicial, proponiendo la instauración del procedimiento para la aplicación de la medida socioeducativa que juzgue más adecuada;
- Ofrecida la representación, la autoridad judicial designará la audiencia de presentación del adolescente, decidiendo, de inmediato, sobre el decreto de la internación o su manutención (provisional);
- Decretada o mantenida por la autoridad judicial, la internación no podrá ser cumplida en un establecimiento prisional;
- En caso de que la autoridad judicial entienda que es conveniente la remisión, escuchará al representante del Ministerio Público y emitirá su decisión;
- Siendo el hecho grave, pasible de una medida de internación o de la colocación en régimen de semilibertad, la autoridad judicial, en la hipótesis de constatar que el adolescente no posee abogado para representarlo, nombrará a un defensor, designando la correspondiente audiencia y pudiendo determinar la realización de diligencias y de un estudio del caso;
- Como forma de extinción o suspensión del proceso, la remisión podrá ser aplicada en cualquier fase del procedimiento, antes de la sentencia;
- La autoridad judicial no aplicará ninguna medida siempre que reconozca en la sentencia: estar

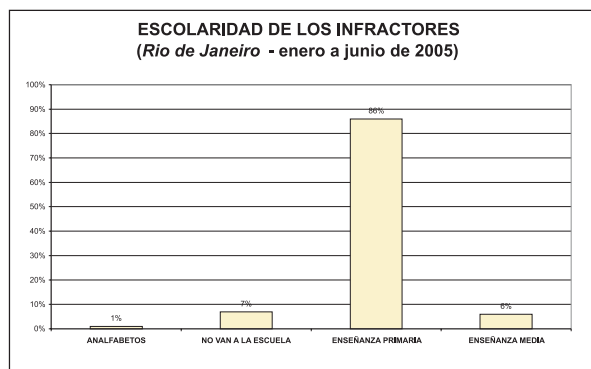
probada la inexistencia del hecho; no haber prueba de la existencia del hecho; no constituir el hecho un acto infractor; no existir prueba de haber el adolescente coadyuvado al acto infractor. En esta hipótesis, estando el adolescente internado, será inmediatamente puesto en libertad.

4.3. LAS VIRTUDES DEL ESTATUTO

Es innegable que el Estatuto del Niño y del Adolescente ha representado un salto cualitativo, un perfeccionamiento en el marco legal, al adoptar la doctrina de la protección integral y crear un sistema garantista en el que los niños y adolescentes son sujetos-personas titulares de (plenos) derechos y objeto de prioridad absoluta.

A despecho de la fragilidad de algunas de sus conquistas, han sido concertadas, después de su vigencia, diversas acciones a las cuales se atribuyen repercusiones positivas en la lucha del gobierno y de la sociedad en contra de la mortalidad infantil (de 1900 a 2002 el índice se redujo a la mitad, conforme al Instituto Brasileño de Geografía y Estadística), el trabajo infantil (hubo una reducción, también, de alrededor del 50%), la falta de escolaridad (el 97% de los niños brasileños están hoy en la escuela, en la enseñanza primaria), la explotación sexual de niños (un problema mayúsculo en algunas capitales) y el flagelo del Sida.¹²

En cuanto al aprendizaje, la situación de los adolescentes infractores de Río de Janeiro es indicativa de las condiciones generales del país:



Fuente: Sala de la Infancia y la Juventud de Río de Janeiro (Capital).

La culpabilidad del autor dio lugar a la culpabilidad por la conducta, por el hecho (en la que sí importa la efectiva comisión o participación en un acto infractor). En eso radica uno de los puntos

básicos del nuevo derecho, que para muchos es un derecho penal juvenil.¹³

Una vez reconocidos los males del encierro – uno de sus principales retos– el legislador lo sujetó a los principios ya aludidos de la brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición de persona en desarrollo; estableció que ningún adolescente será privado de su libertad sin el debido proceso legal (artículo 5º, LIV, de la Constitución Federal); prescribió la reevaluación de su manutención como máximo cada 6 meses; fijó el período no superior a tres años, con liberación compulsiva a los 21 años de edad; y enumeró los derechos del adolescente privado de libertad, reafirmando el deber del Estado de cuidar de su integridad física y mental.

Además, no olvidándose de los principios básicos rectores de la intervención mínima, se hace hincapié en las medidas alternativas a la privación de la libertad.

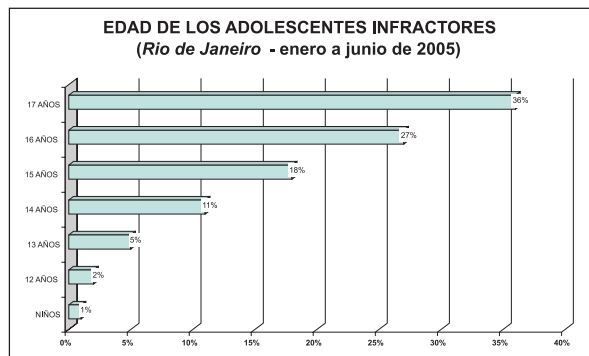
En la investigación de la infracción penal, es inequívoco el cuidado no sólo de impedir que la investigación policial pueda causar traumas, sino también que garantice el pleno y formal conocimiento de la atribución del acto, la igualdad en la relación procesal y la defensa técnica por un abogado.

En este contexto, al Ministerio Público, instrumento indispensable en la función jurisdiccional del Estado, le incumbe promover y seguir los procedimientos relativos a las infracciones atribuidas a los adolescentes. A él le corresponde conceder, antes de empezar el procedimiento judicial para la investigación del acto infractor, la remisión como forma de exclusión del proceso (artículo 126). Señálese que, en conformidad con el párrafo único de este artículo, una vez inaugurado el procedimiento, la concesión de remisión corresponde a la autoridad judicial.

4.4. LAS DIFICULTADES DE APLICACIÓN Y LAS FALLAS DEL ESTATUTO

No obstante sus atributos, sus conquistas, la “destinación privilegiada de recursos públicos en las áreas relacionadas con la protección a la infancia y a la juventud”, en los términos, artículo 4º, párrafo único, letra d del Estatuto, no se han logrado llevar a cabo las mudanzas anunciadas con entusiasmo en el universo de los adolescentes infractores.

Multiforme, la delincuencia sigue siendo un desafío. El cuadro a continuación, de Río de Janeiro, nos da una perspectiva de sus dimensiones:



Fuente: Sala de la Infancia y la Juventud de Río de Janeiro (Capital)

En muchas ciudades no hay comisarías especializadas en la atención a los adolescentes infractores de la ley penal.

Las unidades de internamiento, instituciones totales, exhiben, en su mayoría, profundas deficiencias y se asemejan en diversos aspectos a los penales. En ellas, las medidas de contención y seguridad son frágiles (por eso ocurren tantas evasiones), el personal debería estar más capacitado y especializado y es rematadamente insatisfactoria la vida de los adolescentes, quienes, privados de libertad, sin la separación estipulada en la ley, difícilmente tienen asegurados los derechos previstos en el artículo 124 (entre ellos el de ser tratado con respeto y dignidad; habitar en un alojamiento en condiciones de higiene y salubridad; recibir escolaridad y profesionalización; realizar actividades culturales, deportivas y de recreación).

Emblemática ha sido la denuncia hecha ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de las condiciones a todas luces deplorables en las que viven los internos del Complejo de Tatuapé, la principal unidad de la FEBEM de São Paulo, ubicada en la zona este del área metropolitana de la capital del Estado. Constituido por 18 unidades, saturadas, en pésimo estado de conservación, alberga a jóvenes de 12 a 18 años de edad, con registros de amenazas, malos tratos, torturas y muertes, así como una alimentación inadecuada, falta de higiene y carencia de atención médica y de actividades laborales. No cabe duda que los referidos hechos evidencian una situación de grave riesgo y vulnerabilidad, un peligro constante para los adolescentes privados de libertad allí residentes, por lo que la Corte otorgó medidas provisionales (Resolución del 17 de noviembre de 2005) con el propósito de: "a) proteger eficazmente la vida e integridad personal de todos los niños y adolescentes internos en la FEBEM de Tatuapé; impedir que los internos sean sometidos a tortura

o castigos físicos; evaluar la pertinencia de cesar en sus funciones a los custodios involucrados en actos de violencia; y adecuar la estructura física y las condiciones de higiene y seguridad del Complejo a los estándares mínimos vigentes para la materia; b) garantizar la supervisión periódica de las condiciones de internamiento y del estado físico de los jóvenes, a través de un órgano independiente, y que los informes elaborados por dicho órgano sean enviados a esta Comisión; y c) investigar los hechos que motivaron la adopción de las medidas cautelares, a fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones administrativas y penales correspondientes."

En su voto concurrente a la Resolución, escribió el Presidente de la Corte, Sergio García Ramírez:

"Si es imperiosa la situación especial de garante que incumbe al Estado en relación con quienes se hallan sujetos a su autoridad, observación, conducción y control en un centro de detención, lo es más todavía si los internos o detenidos son menores de edad. En este supuesto aparecen dos circunstancias que extreman los deberes del Estado: por una parte, las obligaciones específicas que éste tiene a propósito de los menores de edad –o niños, conforme a la Convención de las Naciones Unidas–, y por la otra, la evidente vulnerabilidad mayor en la que se hallan los niños, tomando en cuenta su debilidad, insuficiente desarrollo y carencia de medios para proveer a su propio cuidado. En la especie se puede hablar, por lo tanto, de una condición de garante reforzada o calificada.

Recordemos una norma que palidece, hasta volverse absolutamente irreal, en las instituciones de detención de menores de edad cuya situación ha llegado al conocimiento de la Corte Interamericana: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado" (artículo 19 CADH), disposición que debe leerse, para fines de interpretación, a la luz del amplio concepto tutelar que ofrecen diversos instrumentos internacionales. Y mencionemos las apreciaciones formuladas por la Corte, a este mismo respecto, en diversas decisiones: en relación con los niños, el Estado tiene obligaciones complementarias de las que entraña su relación con los adultos (*Caso Instituto de Reeducción del Menor*, cit. párr. 302). La función estatal de garantía 'reviste particular importancia cuando el detenido es un menor de edad. Esta circunstancia obliga al Estado a ejercer su función de garante adoptando todos los cuidados que reclama la debilidad, el desconocimiento

y la indefensión que presentan naturalmente, en tales circunstancias, los menores de edad' (*Caso Bulacio*, cit., párr. 127). El 'hecho de que las presuntas víctimas fueran niños obliga a la aplicación de un estándar más alto para la calificación de acciones que atenten contra su integridad personal' (*Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri*, cit., párr. 170).¹⁴

Téngase en cuenta que el 12 del corriente mes, después de un motín en dos unidades, que las dejó casi enteramente destruidas, 131 adolescentes del Complejo de Tatuapé fueron trasladados, bajo protestas de la sociedad civil y del Ministerio Público, a la antigua Penitenciaría Femenina. El juez, que dictó la orden, dio un plazo de 180 días para su regreso.¹⁵

La prestación de servicios a la comunidad, a su vez, es dejada en el tintero por muchos jueces que apuntan, entre las razones inhibitorias, a la insuficiencia del soporte comunitario y gubernamental que asegure un monitoreo idóneo.

A pesar de sus virtudes, la libertad asistida, enaltecida por todos, ni siquiera se implantó en algunos estados y en otros se halla en decadencia o ha sido desactivada por mengua de recursos.

La investigación de la infracción atribuida al adolescente es perjudicada asimismo por la falta de adiestramiento de un número significativo de profesionales que actúan en este campo y no conocen suficientemente la ley (y eso se explica, en parte, por el hecho de que la materia "Derecho de Menores" o "Derecho de la Infancia y la Juventud" no se imparte en la mayor parte de los cursos jurídicos ni en las academias de policía civil y militar).

A esta carencia de capacitación, actualización y especialización se aúna la falta de equipos interprofesionales (obstaculizando los estudios de caso, vitales para la definición de las medidas socioeducativas), así como la escasez de defensores de oficio para atender la creciente demanda de servicio y prestar el apoyo jurídico imprescindible.

Los Consejos Tutelares, presentes en casi 5.000 municipios –entre cuyas atribuciones está la de atender a los niños y adolescentes, aplicando las medidas del artículo 101, de I a VII, así como providenciar la medida establecida por la autoridad judicial–, funcionan precariamente en su gran mayoría, ya que les falta estructura y personal técnico.

En cierto modo, el desinterés de los gobernantes, que realmente nunca dieron prioridad a la infancia y la juventud, en el marco de una política distorsionada, responsable de la marginación de miles de niños así como del aumento vertiginoso de la delincuencia infanto-juvenil (abro un paréntesis

para afirmar que la película "Ciudad de Dios" es el retrato fiel, en blanco y negro, desde la perspectiva de una *villa miseria* en Río de Janeiro, de un problema nacional, a saber, la existencia de una juventud perdida, involucrada en drogas, inmersa en el delito, sin ninguna expectativa de futuro, que muere demasiado temprano, casi siempre antes de los 16 años¹⁶), la indiferencia de la comunidad (cómplice en su omisión e indolencia) y la postura de muchos fiscales, jueces y abogados refractarios a las mudanzas impuestas por el Estatuto, contribuyen vigorosamente a que perdure, en muchos aspectos, un abismo entre el Estatuto y su puesta en práctica.

Además de todo esto, el Estatuto contiene múltiples equívocos, compilados por Alyrio Cavallieri, ex juez de menores y uno de los más prestigiosos especialistas brasileños en este campo. Son 395 objeciones, tanto genéricas como específicas, hechas con "el deseo de colaborar en el perfeccionamiento de la ley y presentar sugerencias para su más correcta aplicación".¹⁷

En numerosos congresos, diversos grupos de expertos han señalado la necesidad de hacer correcciones puntuales al Estatuto.

Es inaceptable, v.g., que (por la ausencia de una definición clara) no se pueda internar al adolescente que, por primera vez, practique una infracción grave, sin violencia o grave amenaza contra la persona. Tarcísio José Martins Costa, ex Presidente de la Asociación Brasileña de Magistrados de la Infancia y la Juventud, cita el caso, referido a menudo por Alyrio Cavallieri, de un adolescente que es aprehendido por la policía con una ametralladora o un fusil AR 15 y varios kilogramos de cocaína. No correspondiendo a ninguna de las hipótesis del art. 122, no se podrá aplicarle la clausura. El juez menciona también, como hipótesis de no aplicación de la medida segregativa, el caso de un joven que, durante la noche, invade una casa, saca una variedad de sustancias psicotrópicas con vistas al comercio de drogas y destruye el ambulatorio del hospital; o el caso de tres adolescentes que entran en una escuela, se apoderan de muchos de sus objetos y prenden fuego a las aulas.¹⁸

Algunos autores proponen un tratamiento distinto, especial, para los adolescentes de entre 16 y 18 años que sean psicópatas, autores de actos de extrema gravedad. No se trata de rebajar la edad sino de agravar las respuestas por la infracción cometida, eliminando la liberación compulsiva a la edad de 21 años.¹⁹

5. LA EDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Hemos visto que, siguiendo los pasos del Código Penal de 1940 y de la Carta Magna de 1988 (una de sus cláusulas pétreas), el Estatuto estableció el límite de edad para efectos de imputabilidad penal a los 18 años.

Abandonado el criterio del discernimiento, previsto en leyes anteriores, el criterio que se adopta para la definición de la inimputabilidad, en la legislación brasileña, es, según hemos visto, esencialmente biológico.

De ahí que la responsabilidad penal es inadmisibles para los menores de 18 años. Su conducta, aunque tipificada en la legislación penal, no los somete a las penas aplicables a los adultos. A los niños autores de actos infractores corresponden las medidas de protección (artículo 101, de I a VIII); a los adolescentes, las medidas socioeducativas (artículo 112), incluyendo aquellas previstas en el artículo 101, de I a VI.

En verdad, vale para Brasil lo que consta literalmente en el Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras (Decreto 73/1996), con una salvedad: en la ley hondureña "se entiende por niño o niña a toda persona menor de dieciocho años":

Artículo 180. De los niños infractores de la ley. "Los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria o común y sólo podrá deducírseles la responsabilidad prevista en este Código por las acciones u omisiones ilícitas que realicen.

Lo dispuesto en el presente título únicamente se aplicará a los niños menores de doce años de edad que cometan una infracción o falta.

Los niños menores de doce (12) años no delinquen. En caso de que cometan una infracción de carácter penal sólo se les brindará la protección especial que su caso requiera y se procurará su formación integral."

5.1. PROPUESTAS DE REDUCCIÓN DE LA EDAD

El Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria, órgano del Ministerio de Justicia, estableció, en el año de 1999, las Directrices Básicas de Política Criminal y Penitenciaria. Entre ellas sobresalía: "Repudiar propuestas como la pena de muerte, pena perpetua y reducción de la edad de la responsabilidad penal."

El tema es polémico. A continuación consideraré tanto los argumentos favorables como

los contrarios, aunque debo dejar claro que, como miembro del CNPCP, he manifestado en contadas ocasiones mi preocupación con respecto al retroceso que representaría para el Estatuto del Niño y del Adolescente la disminución de la edad penal.

5.1.1. ARGUMENTOS FAVORABLES A LA REDUCCIÓN DE LA EDAD

Las innumerables propuestas de enmienda constitucional, en trámite en la Cámara de Diputados y en el Senado Federal, con el fin de fijar la mayoría de edad penal a los 17, 16, 14 o bien 11 años, resultan del hecho de que:

- Predomina la concepción de que los jóvenes, en la sociedad contemporánea, llegan con celeridad a la plena madurez biológica, psicológica y social y, por ende, poseen discernimiento, siendo capaces de evaluar las consecuencias de sus actos. Éste es el argumento preferido;
- Los actos infractores, en su mayoría, son practicados por adolescentes del sexo masculino, entre 16 y 18 años; el cuadro abajo muestra esta realidad en Río de Janeiro:
- La disminución de la edad penal representaría un freno a las infracciones cometidas por menores, sobre todo de las edades más elevadas, quienes reprimirían sus acciones delictivas frente a la posibilidad de ser encarcelados. Se suele apuntar el ejemplo de los países europeos en donde la responsabilidad penal empieza por lo general a los 14 años y se aplica a los jóvenes de 18 a 21 años el mismo tratamiento ofrecido a los adultos.
- Los jóvenes en Brasil, en la edad de 16 a 18, pueden votar pero no pueden ser condenados por crímenes electorales;
- El Estatuto es indulgente, lo cual estimula la comisión de infracciones; mientras el Código Penal prevé 30 años como pena máxima, el Estatuto establece que la internación, como la medida socioeducativa más rigurosa, no puede ser superior a tres años;
- La internación se emplea, a despecho de la ley, con una frecuencia lastimosa; por lo demás, hemos visto que se vuelve, en lo cotidiano, en una pena de prisión, puesto que los establecimientos de internación de menores infractores son generalmente precarios (siete de cada diez, con arreglo al Grupo Interministerial de la Juventud, tomando como parámetros los requisitos definidos en la ley), no logran proteger

al menor y/o reeducarlo y adolecen de casi todos los males de las cárceles: violencia, promiscuidad, ociosidad, etc.²⁰

5.1.2. ARGUMENTOS CONTRARIOS A LA REDUCCIÓN DE LA EDAD

- Se pretende sustituir el criterio cronológico por el de discernimiento, rechazado actualmente por la mayor parte de los países occidentales.

Alyrio Cavallieri, en el artículo titulado “¿La cárcel es la solución?”, afirma que según Tobias Barreto, en su obra “Menores y Locos en el Derecho Criminal”, es posible encontrar discernimiento hasta en un niño. Y agrega:

“Ocurre que este argumento es el más frágil de todos. Y simplemente porque el sistema no se basa en la capacidad de entendimiento, pero sí, básicamente, en la edad. Tanto es así que el joven vota con 16 años, aun siendo analfabeto. Nunca se pregunta si él sabe votar, así como no se indaga de la señorita de 16 años si ella sabe casarse. Además, el diputado federal más votado del país no puede proponerse como candidato a senador, ni a vice, ni a Presidente de la República si no hubiere cumplido 35 años. Del mismo modo, el más hábil chofer no obtiene su habilitación legal antes de los 18 años. La capacidad viene después de la edad, el criterio es de la edad, sin excepción. Hasta aquí hablamos de adquisición de derechos. Pero también por el impedimento de la edad se pierden derechos. Así es que el más competente y sabio magistrado se quita su toga, deja de lado su martillo virtual y no juzga más, un día después de cumplir 70 años. Es el sistema universal. Este sistema no es justo, ni científico, pero está basado en un criterio de conveniencia; he ahí porque es variable la fijación de una edad. Sin embargo, tiene a su favor ser radical, amplio, *erga omnes*, obligando a todos sin excepción. Además, no se utiliza el criterio justo del discernimiento, por el cual la capacidad, la calidad, la habilitación de la persona queda pendiente de un peritaje, una evaluación falible y, sobre todo absolutamente impracticable por la imposibilidad de someterse todos los individuos a una apreciación técnica considerándose su volumen. En relación con los menores, el sistema del discernimiento fue abandonado en Brasil el 1921.”²¹

- El argumento de la disminución de la edad penal como freno al delito no resiste a un examen

superficial de la realidad; en Brasil, la promulgación de leyes más severas no ha sido capaz de reprimirlo, representando un completo fracaso en términos de política criminal; en tal caso, es profundamente lamentable que enfrentemos el riesgo de perder las conquistas del Estatuto, en razón de un razonamiento enteramente equivocado, demagógico, que atribuye a la ley lo que procede de la apatía de un Estado inoperante y excluyente. A la merma de la delincuencia juvenil –que se persigue con la reducción de la edad– le correspondería, en consecuencia, por la falacia de la intimidación, el aumento de la delincuencia adulta. Esto acae porque, a sabiendas, lo que descorazona la comisión de infracciones es la certeza de la punición y no la severidad de la sanción punitiva; la reducción de la edad penal sólo ayudaría a elevar el índice de reclusos –en aquellas hipótesis en las que se aplica la pena privativa de libertad–, agudizando el problema de la sobrepoblación, el embrutecimiento causado por la convivencia nociva y la diseminación de enfermedades como la tuberculosis y el Sida.

- En Brasil, la capacidad política es limitada: el derecho del voto a los 16 años es facultativo y los adolescentes no son elegibles. Los que se valen de esa tesis (que se convirtió en uno de los argumentos más utilizados a favor de la reducción) se olvidan de que los adolescentes autores de crímenes electorales pueden ser punidos con la internación, en régimen cerrado;
- Es un desacierto decir que el Estatuto del Niño y del Adolescente es muy liberal, benigno; al contrario, puede ser más rígido que el Código Penal, pues prevé para el adolescente infractor la medida de internación (equivalente a la pena privativa de libertad) por el periodo máximo de tres años, agregándose, si fuere necesario, tres años más en régimen de semilibertad y, en última hipótesis, tres años más de libertad asistida, totalizando nueve años. A nivel de los adultos, los condenados a la cárcel en régimen cerrado pueden progresar al régimen semiabierto luego de purgar un sexto de la pena, computándose, aún, el tiempo redimido. Ilustrativo es el ejemplo de un adulto que comete un robo: la pena que podrá serle aplicada será más o menos de 5 años y algunos meses de reclusión, con observancia de los criterios del Código Penal. El condenado cumplirá sólo un tercio, alrededor de 2 años. En cambio, el adolescente que comete el mismo crimen se subordina a una medida de internación de hasta 3 años y, si fuere el caso, 3 años más de semilibertad y 3 años de libertad asistida.

- El argumento de que las instituciones de menores son equiparables a las prisiones (lo cual no deja de ser verdad, visto que muchos centros se han transformado en meros depósitos, lóbregos espacios de ocio, hacinamiento y promiscuidad, nada más que *barriles de pólvora*) puede ser engañoso, por cuanto hace vista gorda a decenas de establecimientos que huyen de ese modelo y en donde se ha logrado la reinserción social de un sinnúmero de jóvenes antes rotulados como irrecuperables.
- en el modelo actual, los niños y adolescentes (y ya no “menores”) son sujetos de derechos, correspondiendo a la familia, a la sociedad y al Estado asegurárselos, con absoluta prioridad; se les reconocen garantías constitucionales, procesales; se esfuman las categorías vagas, ambiguas; el tratamiento brindado al adolescente infractor (una categoría jurídica) se distingue de aquel que se ofrece a los carentes de asistencia; las medidas son por tiempo determinado; los jueces, de actuación eminentemente técnica, tienen poderes limitados, merced de las garantías previstas, por ejemplo, en el artículo 111 del Estatuto.

6. APUNTES FINALES

EN CUANTO A LA JUSTICIA DE MENORES

La ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por casi todos los países latinoamericanos tuvo consecuencias distintas en sus respectivas normas de derecho interno, a saber: a) no se produjo ningún impacto o se observó un impacto político tenue o retórico; b) las adecuaciones resultaron meramente formales o atenuantes; c) unos hicieron o están realizando ajustes relevantes, sustanciales.²²

En varios países hispanoamericanos, bajo el influjo de la CDN, la doctrina de la situación irregular fue sustituida por la doctrina de la protección integral. En este aspecto, es conveniente hacer, *inter alia*, las siguientes observaciones:

- en el modelo anterior, los menores no eran reconocidos como sujetos de derechos sino como objetos de tutela, por sus condiciones especiales, por su incapacidad; sus derechos eran, sin embargo, regularmente conculcados (lo que se acordó nombrar “compasión-represión”), en tanto que carecían de las garantías atribuidas a los adultos; existían tipos abiertos, categorías oscuras, imprecisas (sociológicas) como “en situación de riesgo”, “en peligro moral”, “en circunstancias especialmente difíciles”, “con desvío de conducta”, etc.; el sistema se centraba en proteger a la sociedad de los menores abandonados y delincuentes, considerados peligrosos (se hablaba del menor abandonado-delincente como un “monstruo bicéfalo indiferenciado”²³); el tratamiento dado a los menores, de diferentes categorías, era prácticamente el mismo; las medidas eran generalmente por tiempo indeterminado; los jueces, en carácter de *paterfamilias*, tenían superpoderes, ampliados con decretos que les permitían actuar en el área judicial, familiar y social;
- Una experiencia loable se desarrolla en varios países: la llamada “Justicia Terapéutica”, un modelo de enfrentamiento a la drogadicción (problema agudizado con la participación progresiva de niños y adolescentes involucrados en marihuana, crack, cocaína, etc.) que busca ofrecer a los usuarios y dependientes de drogas una respuesta (tratamiento especial) que pueda ser capaz de superar su conflicto con la ley y, a la vez, cambiar su conducta. Y eso se hace, en Brasil, con base en el propio Estatuto, que prevé, como vimos, entre las medidas protectoras el artículo 101: inclusión en programa comunitario u oficial de auxilio a la familia, al niño y al adolescente; requisición de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen hospitalario o ambulatorio e inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento de alcohólicos y toxicómanos. Los fiscales y jueces se suman en la construcción de este nuevo paradigma, que ostenta índices muy bajos de reincidencia.
- Otra experiencia no menos valiosa es la “Justicia Restaurativa” (nacida en Nueva Zelanda y hoy adoptada en países como Argentina, Canadá y Australia), que implica, en forma libre, consciente y racionalizada, la participación activa de la víctima (tan injustamente olvidada por el sistema penal), del trasgresor y de la comunidad en la búsqueda, en

conjunto, de una solución para el conflicto emergente con la reparación efectiva del daño (material y emocional) causado por la infracción. En las reuniones (debates, mesas redondas), con la presencia de las “partes interesadas principales” y de un mediador habilitado, las víctimas expresan sus miedos y su sufrimiento, revelan sus expectativas e intentan, con los demás, definir un plan de restauración que sea igualmente de conciliación y reintegración del ofensor (a quien incumbe reconocer su error) en la comunidad. La idea es, en un espíritu cooperativo, evitar prácticas punitivas (de la Justicia Retributiva), reduciendo primordialmente el impacto patrimonial y emocional del delito sobre las personas, reparando sentimientos y relaciones, asumiendo el trasgresor su responsabilidad y los respectivos compromisos, sobre todo el de no cometer nuevos actos antijurídicos. Téngase presente que dichas prácticas de restauración pueden y deben ser desplegadas en el momento de la remisión, como mecanismo de exclusión del proceso, de su suspensión o extinción.

Son oportunas las reflexiones de Emilio García Méndez sobre el “sustancialismo”:

“...Si los nostálgicos defensores del viejo orden jurídico –cultores varios del cadáver insepulto de la doctrina de la situación irregular– no necesitan ser ulteriormente explicados, sí me parece que aquellos que aquí denomino ‘sustancialistas’ merecen una más detallada explicación. Denomino aquí con el término ‘sustancialistas’ a aquellos que, desde diversas posiciones político-ideológicas, subestiman las capacidades reales, positivas o negativas, del derecho. Son los mismos que otorgan un carácter automático e ineluctablemente condicionante a lo que ellos, arbitrariamente, definen como condiciones materiales determinantes. En la práctica, son aquellos que nos alertan sobre la inutilidad de cualquier reforma que no sea ‘profundamente estructural’. Son los portadores, conscientes o inconscientes, de la perspectiva que produce el efecto doblemente perverso de la pobreza. Una vez como productora de situaciones concretas de profundo malestar social y pérdida de la dignidad humana (en los pobres), y otra vez (en los no pobres) en su uso instrumental como burdo comodín que explica (y sugiere) las varias formas de la resignación.”²⁵

EN CUANTO A LA EDAD

Partidarios, en su mayor parte, de los movimientos de ley y orden, adeptos del derecho

penal máximo, los medios de comunicación masiva y los políticos inescrupulosos (éstos a cambio de votos, particularmente en los periodos electorales) explotan exhaustivamente algunos de los delitos cometidos por jóvenes que violan la ley penal (como el robo y el tráfico de drogas ilícitas, no mencionando que los delitos son, mayoritariamente, de poco potencial ofensivo), así como la histeria y el miedo colectivos (alarma social) generados por la violencia callejera y los frecuentes motines en instituciones de adolescentes infractores, insinuando que un número elevado de ellos delinquen encubiertos por el manto protector de la impunidad (el mito sobrevive) y que las garantías procesales definidas por el Estatuto los vuelven prácticamente inalcanzables, inmunes a las sanciones en él previstas, lo que coadyuva al incremento de la delincuencia juvenil.

Haciendo vista gorda a la Convención, proclaman como solución del problema la reducción de la edad penal, poniendo de manifiesto que todo adolescente infractor es en potencia un criminal adulto y, por lo tanto, resulta indiferente que sean huéspedes de un centro de internación de menores o de una prisión de mediana o máxima seguridad; de cualquier modo, habitarían ambientes de hacinamiento y contaminación.

Más que nunca, se vuelve imperativo concientizar a la gente que la proposición de bajar la edad es un engaño y no puede ser esgrimida como respuesta a las dificultades de implantación del Estatuto, Además de eso, no supondría ningún beneficio, a corto, medio o largo plazo, ni para la sociedad ni para la víctima, ni para el autor de la acción delictiva. Al contrario, si triunfara esa concepción, constituiría una victoria del anacronismo, un retroceso descomunal, en la medida que el adolescente infractor pasaría de la condición de victimario a la de víctima, supeditándose a un sistema sin condiciones para el cambio que se pretende (alrededor de 4 mil personas ingresan cada mes a la prisión y centenares de reclusos pueblan las comisarías, las cárceles locales, los centros de detención provisional y las penitenciarias promiscuas, superpobladas) y que se mostró incapaz de lograr uno de los fines de la pena, que es el de la reintegración social.

De nuevo alecciona Alyrio Cavallieri:

“Tenemos que sustentar la gloriosa bandera de la responsabilidad a los 18 años. La sociedad la aceptará si ofrecemos algunas correcciones de la ley, tales como la adopción del verdadero sentido de las medidas socioeducativas que, en este momento, con sus plazos de vigencia

determinados, se asemejan a penas criminales, lo que es incompatible con la intención educacional (ENA, artículos 122 [internación], 118 [libertad asistida]); la corrección de los casos de internación que, ahora, impiden la privación de libertad en el caso de traficante armado, artículo 122; la eliminación de la inconstitucionalidad consistente en sustraer del Poder Judicial la apreciación del delito en que exista lesión o amenaza de derecho practicada por menor de 12 años (artículo 105 y otros). Esta excrecencia ha llevado a los traficantes a atraer a los niños, conforme a la denuncia del Fiscal Márcio Mothé de Río de Janeiro. En otro sector, sería loable que, al lado de las 54 veces en que la palabra derecho/derechos aparece en el Estatuto, mientras la palabra deber/deberes sólo surge 9 veces y ésta nunca es dirigida a menores – hubiera una compensación: el artículo 124 se refiere a los 18 derechos de los adolescentes internados y ninguna obligación, ningún deber.”²⁶

Las Reglas de Beijing, adoptadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, del 28 de noviembre de 1985, en su numeral 4.1., estatuye: “En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.”

En sus comentarios sobre el tema, nos dice Pedro R. David, consejero interregional de Prevención del Delito y Justicia Penal de las Naciones Unidas, en Viena, Austria:

“La edad mínima a efectos de responsabilidad penal varía considerablemente en función de factores históricos y culturales. El enfoque moderno consiste en examinar si los niños pueden hacer honor a los elementos morales y psicológicos de responsabilidad penal: es decir, si puede considerarse al niño, en virtud de su discernimiento y comprensión individuales, responsable de un comportamiento esencialmente antisocial. Si el comienzo de la mayoría de edad penal se fija a una edad demasiado temprana o si no se establece edad mínima alguna, el concepto de responsabilidad perdería todo sentido. En general, existe una estrecha relación entre el concepto de responsabilidad que dimana del comportamiento delictivo o criminal y otros derechos y responsabilidades sociales (como el estado civil, la mayoría de edad a efectos civiles, etc.).”²⁷

7. CONCLUSIONES

En el plano del adolescente infractor, el Estatuto ha innovado con la doctrina de la protección integral y la incorporación de un modelo de responsabilidad penal juvenil fundado en los principios del garantismo, que tiene en Ferrajoli su principal teórico.

No obstante sus avances, prevalece el entendido de que debe ser revisto puntualmente y que una legislación específica enfoque el proceso de ejecución de las medidas socioeducativas, de nítido carácter sancionatorio.

En lugar de la reducción de la edad penal²⁸ (violatoria de nuestra *Lex Fundamental* y de la Convención), algunos proponen un plazo mayor de internación cuando se trate de adolescentes infractores responsables de actos de intensa gravedad. Es una cuestión pendiente.

De hecho, lo que nos cabe, fundamentalmente, en este nuevo milenio, es asumir nuestras responsabilidades sociales, romper el ciclo de negligencia, de promesas vanas e hipocresías, y buscar una luz al final del túnel, fomentando una política criminal congruente con los lineamientos de la CDN, dando prioridad a prácticas calificadas de prevención de conductas antisociales –con acento en la familia, la educación, el deporte, etc.– (crucial en las estrategias y acciones de seguridad pública, como puntualiza Ruth Villanueva Castilleja en sus escritos²⁹) así como a la procuración, administración y ejecución de la justicia juvenil, mejorando el sistema, ampliando los programas de capacitación y asegurando las garantías constitucionales, sin olvidarse del aspecto proteccionista,³⁰ pero no incurriendo en interpretaciones propias de la doctrina de la situación irregular.

Un documental, exhibido en un canal de la televisión brasileña, el 19 de marzo de este año, titulado “Falcón: Niños del Tráfico”, con entrevistas a niños (predominantemente negros, del norte al sur del país, quienes, en la periferia de las ciudades, trabajan y sostienen a sus familias protegiendo las villas miserias donde impera el comercio de drogas), ha causado una profunda conmoción nacional. El testimonio de sus personajes quedará eternamente fijado en los archivos de mi memoria, especialmente las palabras de un adolescente de 17 años, a quien se le pidió su opinión sobre la muerte: “Si me muero, nace otro como yo, un poco peor o un poco mejor. Si me muero, voy a descansar.” Contundente, el productor de la película, Celso Ataíde, dijo en una entrevista reciente: “Si es necesario el caos para comenzar el nuevo mundo, la hora es ahora. El caos

ha llegado. Sólo no están viendo el caos quienes viven en el asfalto.”³¹

En esta ciudad de Guadalajara, Antonio Sánchez Galindo, indignado con las condiciones de la niñez, en su conmovedor poema “Los Niños de Acapulco”, al llamar la atención sobre los niños “de nuestro pueblo, de nuestro corazón y nuestras culpas”, exclamó: “¡No puede ser que esto siga!”³²

Voy a concluir esta ponencia con las palabras de Antonio Carlos Gómez Acosta, citadas por Elías Carranza, en su conferencia “Menores Infractores

en el Marco de las Políticas de Naciones Unidas”, presentada en el “Seminario Internacional sobre Política de Justicia en Menores Infractores”, en México, en año de 1998:

“Solamente una sociedad capaz de tener respeto por la dignidad y la integridad de los niños, niñas y adolescentes infractores, de los presos y presas comunes será capaz de respetar a todos los ciudadanos.”³³

NOTAS

1. Poder Ejecutivo. Secretaría de Gobernación. DECRETO: "El Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, en uso de la facultad que le confiere el artículo 135 de la Constitución General de la República y previa la aprobación de la mayoría de las honorables legislaturas de los Estados, declara reformado el párrafo cuarto y adicionados los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo único. Se reforma el párrafo cuarto y se adicionan los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del Artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue: Artículo 18... .. La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo

como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves. TRANSITORIOS. PRIMERO. El presente Decreto entrará en vigor a los tres meses siguientes de su publicación en el Diario Oficial de la Federación. SEGUNDO. Los Estados de la Federación y el Distrito Federal contarán con seis meses a partir de la entrada en vigor del Decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente Decreto. México, D.F., a 8 de noviembre de 2005. Dip. Heliodoro Díaz Escárrega, Presidente. Sen. Enrique Jackson Ramírez, Presidente. Dip. Ma. Sara Rocha Medina, Secretaria. Sen. Yolanda E. González Hernández, Secretaria. Rúbrica." Diario Oficial del 12 de diciembre de 2005.

2. Quinientos mil, en promedio, suelen cumplir, en Brasil, un año de edad sin el certificado de nacimiento, según el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia – UNICEF. In Periódico *Diário do Nordeste*. Fortaleza, Ceará, Brasil, 26.03.2006, p. 4.
3. In *Justicia de Menores Infractores*: México, Ediciones Delma p. 65.
4. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto . Caso de los Niños de la Calle (Reparaciones). Voto razonado del juez. Apud OLIVEIRA DE BARROS LEAL, César (Coordinador). *Violencia, Política Criminal y Seguridad Pública*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 486.
5. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. São Paulo: Saraiva, 1991, XIII.
6. "Los niños y adolescentes han sido pobladores de las prisiones ordinarias. Estos lazarillos, héroes de la más bizarra picaresca, menudearon en los reclusorios, disputando con los adultos el pan, la luz y los vicios. En una época se les sometió a castigos más benévolos porque tenían, se dijo, la malicia disminuida. Andando el tiempo se proclamó que los menores de edad habían salido del Derecho Penal. Entonces se les construyó un orden jurídico específico, denominado 'tutelar': el Estado se convirtió en tutor de los pequeños infractores, en relevo de los malos padres o de los malos tutores que descuidaron a sus hijos y pupilos." (GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. In *Los Personajes del*

Cautiverio: Prisiones, Prisioneros y Custodios. México: Editorial Porrúa, 2002, p. 207)

7. “La doctrina de la situación irregular o modelo de protección promueve una idea de justicia de menores –que se inicia a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX–, en virtud de la cual ésta es concebida para desempeñar una función tutelar y protectora de los ‘menores abandonados-delinquentes’ a través de medidas de ‘reeducción’ o ‘readaptación’, en un proceso también conocido como de *judicialización* de la problemática social de los niños.

Un elemento fundamental en este modelo es el tratamiento indiferenciado que se hace, por un lado, respecto de los menores infractores de la ley penal y, por otro, de aquellos que sólo se encuentran en una situación de abandono o riesgo social, de modo que resulta irrelevante el motivo por el cual el menor llega ante la Justicia, ya que las medidas que ésta adoptará son las mismas en uno u otro caso. Esta confusión deriva de una concepción sobre los niños como seres dependientes, incapaces, no autónomos y se relaciona con una estrategia de control social que busca ampliar su campo de acción con esta confusión: si son capaces de comprender el alcance de sus actos, son peligrosos para la sociedad; como son peligrosos y no se controlan, hay que controlarlos. Esta inspiración de carácter peligrosista y de defensa social no es ajena, por cierto, a la idea de que los menores son objeto de tutela y represión, pero no sujetos de derechos.” (GALLARDO FRÍAS, Eduardo y BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo. *Imputabilidad Penal, Sanciones y Justicia en Jóvenes y Adolescentes*) (<http://www.oij.org/oij19.htm>).

8. “Estas características de las leyes de situación irregular explican y justifican la abolición del principio de legalidad, principio fundamental del derecho penal de un Estado de Derecho. El desconocimiento de este principio permite que las leyes contemplen el mismo tratamiento tanto para niños y jóvenes que cometen delitos cuanto para aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales (a la familia, a la alimentación, a la salud, a la educación, a la recreación, a la vestimenta, a la capacitación profesional, entre otros). Además, posibilita que las reacciones estatales sean siempre por tiempo indeterminado y sólo limitadas, en todo caso, por la mayoría de edad, oportunidad en la que cesa la disposición judicial sobre el menor en ‘situación irregular’.” (BELOFF, Mary. Modelo de la Protección Integral de los Derechos del

Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo Para Armar y Otro para Desarmar. In *Justicia y Derechos del Niño*. Número 1. (Publicación disponible en www.unicef.cl, pp. 13-14)

9. Léase el artículo 4º del Estatuto del Niño y del Adolescente:

“Es deber de la familia, de la comunidad, de la sociedad en general y del poder público asegurar, con absoluta prioridad, la realización de los derechos referente a la vida, la salud, la alimentación, la educación, el deporte, la recreación, la profesionalización, la cultura, la dignidad, el respeto, la libertad y la convivencia familiar y comunitaria.

Párrafo único. La garantía de prioridad comprende:

- a) primacía de recibir protección y socorro en cualesquiera circunstancias;
- b) precedencia de atención en los servicios públicos o de relevancia pública;
- c) preferencia en la formulación y la ejecución de las políticas sociales públicas;
- d) asignación privilegiada de recursos a las áreas relacionadas con la protección a la infancia y la juventud.”

10. Acerca de la definición de niño y adolescente: *Paraguay* (Código de la Niñez y la Adolescencia. Artículo 2º. A los efectos de este Código, es considerado niño toda persona humana desde su nacimiento hasta que cumpla los catorce años y adolescente la persona desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad). *Perú* (Código de los Niños y los Adolescentes. Artículo 1º. Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad). *Venezuela* (Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Artículo 2º. Se entiende por niño toda persona con menos de doce años de edad. Se entiende por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad.) *Bolivia* (Código del Niño, Niña y Adolescente. Artículo 2º. Se considera niño o niña a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años y adolescentes desde los doce a los dieciocho años de edad cumplidos). *Costa Rica* (Código de la Niñez y la Adolescencia. Artículo 2º. Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de

dieciocho) *Guatemala* (Código de la Niñez y la Juventud. Artículo 2º. Se considera niño o niña, para los efectos de esta ley, a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y joven a toda persona desde los doce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad). *Nicaragua* (Código de la Niñez y la Adolescencia. Artículo 2º. El presente Código considera como niña y niño a los que no hayan cumplido los 13 años de edad y adolescente a los que se encuentren entre los 13 y 18 años de edad, no cumplidos),

Obs. Para la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20.11.1989, niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de las leyes internas del Estado, haya alcanzado antes la mayoría de la edad.

11. "Si el adolescente considerado autor de infracción es inimputable por determinación constitucional, tenemos que: a) él no comete crimen o contravención, no puede ser interrogado, no puede recibir pena, en fin, no puede someterse a un proceso criminal para la investigación de su acto." (In DONIZETI LIBERATI, Wilson. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 3ª edición. São Paulo: Editorial Malheiros, p. 94). Léase también: "En definitiva, por tanto, el juicio de inimputabilidad del joven respecto del hecho injusto por él cometido, no significa 'irresponsabilidad', ya que siempre se le aplica una sanción, aunque sea mediante un fraude de etiquetas (señalándose que es una medida tutelar o benéfica y no una pena). Se produce en razón del hecho injusto (delito) una intervención coactiva del Estado respecto del joven. Es por eso que no se puede hablar de irresponsabilidad del menor; al menor se le hace evidentemente responsable por sus hechos, de ahí la medida coactiva, y ello porque ciertamente es responsable, porque es persona y, por tanto, sus actos son plenos de significación dentro del sistema social. De ahí entonces que resulte un burdo fraude de etiquetas plantear que al menor no se le aplica un derecho penal, sino otro cosa." Más adelante, con un tono menos radical: "Desde un punto de vista general, la aplicación del derecho penal criminal tiene un carácter *estigmatizador*, es decir, segrega o tiende a segregar al sujeto de su participación sociopolítica. Por tanto, su aplicación al menor de 18, que ya está limitado en su participación sociopolítica, resulta altamente perjudicial, pues va a destruir todos sus procesos de formación participativa. Va a

impedir, en definitiva, que el joven llegue a participar efectivamente. Lo cual evidentemente es perjudicial desde el punto de vista social y se opone a los objetivos constitucionales y sociopolíticos del sistema. Ahora bien, desde el punto de vista concreto, en relación a las penas aplicables, se ha ratificado lo anteriormente señalado, pues la pena por excelencia del derecho penal criminal es la pena privativa de libertad. Respecto de ésta hay abundantes investigaciones que demuestran sus efectos perniciosos sobre el sujeto (en general procesos de despersonalización) y, por tanto, con mayor razón sobre el menor de 18 años." (BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Imputabilidad y Edad Penal*. Publicación disponible en Internet)

12. Periódico *Diário do Nordeste*. Fortaleza, Ceará, Brasil, 26.03.2006, p. 4. Luis Rodríguez Manzanera, después de afirmar que "Otro grupo físicamente victimizable es de los menores económicamente débiles; éstos son víctimas de varios delitos (lenocinio) y principalmente de explotación laboral", señala: "Simplemente en México han sido detectados por el DIF tres millones quinientos mil niños que trabajan, a veces en condiciones infrahumanas, con flagrante violación constitucional y de la Declaración Universal de Derechos Humanos..." (In *Victimología*. México: Editorial Porrúa, 2003, p. 185)
13. "Es por ello que se habla de un derecho penal juvenil, donde se atenuarían de modo sustancial, procesal y en la ejecución de la sanción, las normas del derecho penal de adultos, desde luego garantizando un derecho penal de conducta y no de autor (*nulla pena sine lege*).

Para ese derecho penal juvenil en lo sustantivo hay que buscar un equilibrio entre lo judicial y lo educativo en un modelo de responsabilidad frente a la ley penal y centrar la sanción en respuestas educativas y flexibles. Ello implica al joven como sujeto de derechos, pero también que la privación de libertad es la respuesta de último recurso como dicen las normas internacionales." (DAVID, Pedro R. *Sociología Criminal Juvenil*. 6a. edición. Buenos Aires, Depalma, 2003, p. 230) Léase también: "Legislaciones juveniles, antiguas y nuevas, generalmente relacionan las siguientes medidas como respuestas a la delincuencia juvenil: advertencia (la más blanda de todas); prestación de servicios a la comunidad; libertad asistida; semilibertad; internación en establecimiento educacional. Si la simple advertencia, materializada a través de la reprobación, de la amenaza de sanciones más

graves, no tuviere carácter penal, no correspondiere a una punición, ¿a qué corresponderá? La prestación de servicios a la comunidad es una pena restrictiva de derechos en la mayoría de las legislaciones penales de adultos. La libertad asistida no pasa del *probation* de la legislación penal común. La internación, eufemismo, corresponde a la privación de la libertad. Es sabido que la expresión *pena* pertenece al género de las respuestas sancionatorias y que las penas se dividen en disciplinarias, administrativas, tributarias, civiles, incluso socioeducativas. Son clasificadas como criminales cuando corresponden a un delito cometido por persona de 18 años o más, imputable frente al Derecho Penal Común. Aunque de carácter predominantemente pedagógico, las medidas socioeducativas, perteneciendo al género de las penas, no pasan de sanciones impuestas a los jóvenes. La política criminal los aparta de la sanción penal común, pero los somete al régimen del Estatuto propio." (AMARAL, Antônio Fernando. O Mito da Imputabilidade Penal y o Estatuto da Criança e do Adolescente. In *Âmbito Jurídico* set/98. <http://ambito-juridico.com.br/aj/eca0003.htm>).

14. Texto obtenido en el sitio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
15. Periódico *O POVO (El Pueblo)*, Fortaleza, Ceará, Brasil, p. 12.
16. Jacobo Waiselfisz nos pone al corriente de que "en el plano nacional, el 35,1% de las muertes de jóvenes se debe a homicidios y otras violencias. En las capitales del país, esa proporción se eleva al 41%. Y en las regiones metropolitanas, al 47,7%." (In *Mapa da Violência II: Os Jovens do Brasil – Juventude, Violência e Cidadania*. Brasília: Unesco, 2000, p. 131)
17. CAVALLIERI, Alyrio (Org.). *Falhas do Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. XVIII.
18. MARTINS COSTA, Tarcísio José. *A Reforma do Estatuto e a Redução da Idade Penal*. Disponible en Internet.
19. De nuevo Tarcísio José Martins: "En el Juzgado de Belo Horizonte, en obediencia al comando del § 5º del artículo 121, que prevé la liberación compulsiva a los 21 años, tuvimos diversas veces que determinar la salida de adolescentes con grave desvío de personalidad. Recientemente, la de un joven autor de cuatro homicidios. Aplicada la medida socioeducativa de la internación, pocos días después el adolescente huyó del Centro de reintegración del Adolescente – CIA, ubicado en Siete Lagos – MG, a 60 Km. de Belo Horizonte. Aprehendido tres años después de la fuga, fue trasladado para la misma unidad, donde permaneció menos de un mes, puesto que vino a cumplir los 21 años de edad. Hace pocos días, una viuda, inconformada, vociferaba en los corredores del Juzgado contra la liberación de un adolescente que, por motivo fútil, asesinó a su marido. El autor del acto infractor, en su primera reevaluación, que resultó favorable, conforme determina el § 2º del artículo 212 del Estatuto, obtuvo en menos de seis meses la liberación. De acuerdo con la pobre mujer, él es traficante de drogas y días después de ser libertado de la institución, estaba armado, amenazándola de muerte. En lugar ninguno del mundo, aun donde predominan los principios de despenalización, de la descriminalización, del Derecho Penal Mínimo y del Derecho Socioeducativo Juvenil, quien mata por motivo fútil o torpe, a traición o con maldad y alevosía, mayor o menor de edad, no permanece recluido por sólo seis meses. No es creíble que una personalidad gravemente deformada pueda estructurarse en tan corto espacio de tiempo. Bajo el ángulo de los derechos humanos de las víctimas y de sus familiares, tal respuesta, además de injusta e inadecuada, configura una verdadera impunidad." (Ídem)
20. "Inmundos, violentos y superpoblados. Bautizado de "Verdaderos Calabozos: Detención Juvenil en el Estado de Río de Janeiro", el informe de la ONG *Human Rights Watch* hizo un retrato sombrío y caótico sobre las condiciones higiénicas, sanitarias y humanitarias en los cinco centros de detención de adolescentes en Río de Janeiro. Por lo menos un tercio de los más de 1.700 jóvenes entre 12 y 21 años detenidos actualmente en los centros del Departamento General de Acciones Socioeducativas de Río (Degase) cometió algún tipo de infracción relacionada directa o indirectamente con el tráfico de drogas. Dentro de las unidades ellos son divididos conforme a la facción que domina su región de origen; el sistema vale también para los que no tienen ningún involucramiento con el tráfico. El informe de la *Human Rights Watch* confirma datos obtenidos en 2003 por el Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), que analizó la situación de diez mil jóvenes detenidos en 190 instituciones en Brasil. De acuerdo con el Ipea, la situación en los centros de detención juvenil es caótica no sólo en Río sino en todo el país. El estudio concluyó que el 71% de los establecimientos no cumplen los requisitos mínimos de higiene, instalaciones físicas,

- atención médica, jurídica y educacional exigidos por las Naciones Unidas." (MONTEIRO, Marcelo. El Sombrío Panorama de los Centros de Detención Juvenil. Internet. Diciembre de 2004. In *Derechos Humanos. La Insignia*. Fuentes: *Human Rights Watch, O Globo, Andi*)
21. CAVALLIERI, Alyrio. *Cadeia é Solução?* In Revista *Consulex*. 15.12.2003.
 22. BELOFF, Mary. Op. cit., p. 11.
 23. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Brasil, Adolescentes Infractores Graves: Sistema de Justicia y Política de Atención*. Publicación disponible en Internet.
 24. _____. Infancia, Ley y Democracia: Una Cuestión de Justicia. In *Justicia y Derechos del Niño*. Número 1. Publicación disponible en www.unicef.cl, p. 24.
 25. Ídem, p. 27. El autor agrega: "El enfoque 'sustancialista' se caracteriza por sostener, objetivamente, una tosca versión materialista del derecho, heredera del marxismo más vulgar. Así, al derecho, dimensión abstracta e ideológica, se le opone la acción concreta sobre la realidad social. El derecho, en este caso, debe ser 'reflejo de la realidad'. Como Funes el memorioso, del maravilloso relato de Borges, cuyos recuerdos de un día eran tan minuciosos que duraban exactamente un día, el enfoque 'sustancialista' exige que el derecho sea (para no ser abstracto e ideológico) un fiel reflejo de la realidad. Desde esta perspectiva, no es de extrañar que se perciba al derecho como algo en realidad superfluo. Para seguir con Borges, es la historia de aquel emperador chino que quería un mapa perfectamente fiel de su imperio. Miles de cartógrafos trabajaron durante años en la confección del mapa que acabó teniendo el mismo tamaño que el imperio y en consecuencia se transformó en completamente inútil" (Ídem, p. 28)
 26. CAVALLIERI, ALYRIO. In *O Menor e a Responsabilidade Penal*, apud BARROS LEAL, César (Org.) *Prevenção Criminal, Segurança Pública e Administração da Justiça*. Fortaleza: Banco do Nordeste, 2006, pp. 33-34. Nota: traducción del autor.
 27. DAVID, Pedro R. Op. cit, p. 356.
 28. Es deprimente registrar que el 73% de los jueces de Brasil defienden la reducción de la edad, según investigación ampliamente divulgada. Ésta no es la postura de Antonio Sánchez Galindo: "Dentro de las 'arbitrariedades gubernamentales justificadas' se encuentran de manera sobresaliente, los cateos *extrajure*, las redadas imprevistas, la disminución de la edad penal, la impiedad para los ancianos envueltos en el delito y aún, en ciertos casos, la tortura soslayada y el exceso de violencia en las detenciones. Quizá lo más grave –que todo entraña gravedad– sea la recriminalización de las conductas de los menores y adolescentes. No hay justificación alguna para disminuir la edad y endurecer el sistema de justicia penal de este vulnerable sector social." (Op. cit. {11}, Prólogo)
 29. VILLANUEVA CASTILLEJA, Ruth. Menores Infractores y Seguridad Pública. In PEÑALOZA, Pedro José. *Seguridad Pública: Voces Diversas en un Enfoque Multidisciplinario*. México: Editorial Porrúa, 2005, pp. 805-817.
 30. En ocasión del ingreso de la Dra. Ruth Villanueva Castilleja en la Academia Mexicana de Ciencias Penales, el doctor Sergio García Ramírez, en su discurso-respuesta, señaló: "En el debate de nuestro tiempo se han enfrentado los combatientes a partir de un desacierto monumental. Es como si se hiciera la guerra donde no hay guerra que hacer. La formulación de un falso dilema, que arrastra todo género de consecuencias erróneas, es el origen de la controversia. Con fervor casi teológico, hemos insistido en oponer el sistema tutelar al sistema garantista. Por ende, pondremos frente a frente gladiadores irreductibles: tutela, en un extremo; garantías, en el otro. Lo que sigue es el dogma, y con el dogma, en ristre, el combate.
- Esta falacia no resiste el menor análisis: vuelvo a decir que las verdaderas oposiciones se formulan de otra manera, si se procede con sensatez. Lo garantista se opone a lo no garantista, y lo tutelar a lo penal. La tutela no es, ni en el caso de los menores infractores ni en el de los incapaces en general, un sistema desprovisto de garantías por su propia naturaleza. Por lo contrario, es –él mismo– una expresión de garantía social a la que se suman otras, para fortalecerla, asegurarla, supervisarla, perfeccionarla. Oponer lo garantista a lo penal es un extravío de la razón que puede llevarnos a otros extravíos, como en efecto ha sucedido." (In *Cuadernos del Boletín n. 13*. México: Secretaría de Gobernación, Consejo de Menores, pp. 24-25). En su artículo "Menores Infractores y Seguridad Pública", arriba citado, agregó Ruth Villanueva Castilleja: "Atendiendo a estos aspectos en diferentes congresos y foros se ha llegado a diversas conclusiones, entre las que destaca: Concertar acciones para legislar en materia de justicia de menores, armonizando

un sistema que equilibre y considere tanto los aspectos tutelares como los garantizadores de los derechos de los menores." (In PEÑALOZA, Pedro José. Op. cit., p. 808).

31. Falcón: Niños del Tráfico. In <http://www.ojornalista.com.br/news1>.
32. SÁNCHEZ GALINDO, Antonio. *Los Niños de Acapulco*. Guadalajara, Jalisco, 1979.
33. In *Memoria del Seminario Internacional "Política de Justicia en Menores Infractores"*. México, Secretaría de Gobernación, 1998, p. 27.

En las conclusiones de los Congresos Nacionales de Menores Infractores, realizados en México, en las dos últimas décadas, se ha destacado la relevancia de los programas de prevención, en el marco de una política criminal respetuosa de los derechos humanos de los menores infractores.

- * Conferencia impartida en el V Congreso Internacional y el XI Congreso Nacional sobre Menores Infractores "Dr. Luis Rodríguez Manzanera": El Nuevo Sistema Integral de Justicia para Menores Infractores. Guadalajara, Jalisco, México, 26-28 de abril de 2006.

THE EXPANDING SCOPE AND IMPACT OF REPARATIONS AWARDED BY THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

DOUGLASS CASSEL

Lilly Endowment Professor of Law and Director, Center for Civil and Human Rights, Notre Dame Law School.

The Inter-American Court of Human Rights has pioneered an expanding range of international judicial remedies for human rights violations. In the 15 years since its first remedial order in a Honduran disappearance case,¹ the Court has awarded reparations in 47 cases through 2004.² The pace of its jurisprudential development has recently accelerated; it has issued more than two thirds of its judgments on reparations since 2001.³ Especially in the last four years, through escalating awards of compensatory damages, and broader and deeper measures of restitution, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition, the Court endeavors to approach the elusive ideal of justice for victims of violations of fundamental rights.⁴

The Court is enabled to do so by its broad remedial mandate under the American Convention on Human Rights.⁵ Article 63.1 of the Convention provides that in contentious cases:

If the Court finds that there has been a violation of a right or freedom protected by this Convention, the Court shall rule that the injured party be ensured the enjoyment of his right or freedom that was violated. It shall also rule, if appropriate, that the consequences of the measure or situation that constituted the breach of such right or freedom be remedied and that fair compensation be paid to the injured party.

The Court is thus expressly authorized to order three kinds of reparations: (1) to ensure enjoyment of rights or freedoms, (2) to remedy consequences of violations, and (3) to award fair compensation. The Court understands this mandate to embody 'one of the fundamental principles of international law,'⁶ and to encompass the full range of reparations under international law, including restitution, compensation (including costs of litigation), rehabilitation, and satisfaction and guarantees of non-repetition.⁷

1. INTERNATIONAL VS. NATIONAL LAW

The Court has long held that its mandate requires it to award reparation as determined 'in all its aspects' by international law, without being restricted by national law.⁸ For example, formalities required under domestic laws for valid powers of attorney,⁹ or for witness declarations, do not apply before the Court, since under international law 'no particular formalities are required to make an act valid; even oral statements are valid ...'¹⁰

The Court's reparations judgments, however, do not rely exclusively on international law. Where they entail restitution of salaries, pensions, dividends or corporate earnings due under national law, the Court orders restitution in principle, but leaves the amounts to be determined by national agencies under national procedures.¹¹ As the Court explained in a case where wrongful imprisonment kept a victim from managing his company:

The internal courts or the specialized national institutions have specific knowledge of the branch of activity to which the victim was dedicated. Taking into consideration the specificity of the reparations requested and also the characteristics of commercial and company law and the commercial operations involved, the Court considers that this determination corresponds to the said national institutions rather than to an international human rights tribunal.¹²

The Court has likewise left the question of the identity of an unknown victim for resolution under domestic law.¹³ And it defers to indigenous custom with regard to family relationships, for purposes of distribution of damage awards, so long as the custom does not contradict the Convention, for example, by discriminating on the basis of gender.¹⁴ As in all other cases, however, when the Court leaves aspects of reparation to domestic courts

or agencies, it retains jurisdiction until it deems its judgment complied with in full.¹⁵

2. SUMMARY OF REPARATIONS AND REMEDIES ORDERED BY THE COURT

According to the *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law*, prepared by the United Nations Special Rapporteur, victims are entitled to three kinds of remedies: access to justice, reparation for harm suffered, and access to factual information concerning the violations.¹⁶ The *Basic Principles* further identify four basic forms of reparation: restitution, compensation, rehabilitation, and satisfaction and guarantees of non-repetition.¹⁷ Although it does not always label them as such, the Inter-American Court awards all three kinds of remedies and all four basic forms of reparation, as well as most of the particular forms of reparation suggested in the *Basic Principles*.¹⁸

The remedies ordered by the Court in all 47 cases to date are summarized in Appendix 2. The following summary attempts to classify them according to the Special Rapporteur's scheme (although there is some overlap among categories). Under the heading of access to justice are the Court's orders requiring access to national courts, publication of its judgments, and monitoring and supervision of compliance with its judgments. Under the heading of reparations, the summary discusses orders on restitution, compensation (including litigation costs and attorneys' fees), rehabilitative services, and measures of satisfaction and guarantees of non-repetition, including orders that States investigate and prosecute perpetrators and accessories, symbolic measures including memorials and public apologies, identification and transfer of remains for proper burial at State expense, and legislative, administrative and policy reforms. The summary concludes with a discussion of the Court's orders on victims' right of access to information about violations.

Until 1998 the Court rarely awarded significant relief other than monetary compensation. (One exception was a 1993 order requiring Suriname to reopen a school and open a medical clinic in a small village where the families of seven execution victims still lived.¹⁹) In recent years, however, as the summary shows, the Court has become far more disposed to order measures of access to justice, restitution, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition, and access to information.

2.1 ACCESS TO JUSTICE

2.1.1 NATIONAL JUDICIAL PROCEEDINGS

In 1997 the Court opined that, while it could rule on procedural violations of international rights in domestic judicial proceedings, 'it lacks jurisdiction to remedy those violations in the domestic arena.'²⁰ In ten cases since 1998, however, while not directly remedying the domestic legal effects of such violations, the Court has ordered States to do so. It has required States to take steps ranging from annulment or denial of legal effect to judgments in criminal cases,²¹ or of resulting fines and penalties,²² to expediting pending prosecutions,²³ and guaranteeing the security of witnesses and other trial participants,²⁴ to granting or conditioning new trials with due process safeguards.²⁵

Where the criminal judgments or other prior domestic proceedings were brought against alleged perpetrators,²⁶ the Inter-American Court orders may be viewed as means of promoting access to justice by victims. Where the past criminal judgments or penalties were brought against the victims, whose rights to due process of law were violated by those proceedings,²⁷ the Inter-American Court orders may be viewed as measures of restitution and rehabilitation.

2.1.2 INTER-AMERICAN JUDGMENTS AND PUBLICATION

The *Basic Principles* recognize the right of victims to access not only to national but also to international justice.²⁸ The Inter-American Court generally considers its judgments *per se* to constitute measures of moral reparation (albeit generally insufficient, by themselves, in view of the gravity of the crimes and their impact on the victims).²⁹ In addition, its judgments and their publication may be viewed as aspects of access to justice.

To enhance the reparatory impact of its judgments, the Court has ordered States in 19 cases since 2001 to publish portions of its judgment in official gazettes and widely circulated newspapers.³⁰ It ordered Ecuador in one case to publish the judgment not only in Ecuador, but also in France, where the victim had relocated.³¹ In the case of the massacre of the inhabitants of an indigenous village, the Court ordered Guatemala to translate the judgment into the local Mayan language and to deliver copies to each victimized survivor and family member.³² With two exceptions (including one

where the President had already acknowledged State responsibility, so that further publication was arguably unnecessary),³³ the Court in recent years has ordered publication in all cases involving the most egregious violations.³⁴

In support of an order to publish portions of a judgment against Guatemala, Judge Sergio Garcia Ramirez explained that publishing in the official gazette 'relates to the formal character of the jurisdictional decision,' while publishing 'in another newspaper with nationwide circulation' relates 'to the advisability that public opinion should learn' about the Court's judgment. He added:

The purpose of publication and compensation is three-fold: a) ... the moral satisfaction of the victims or their successors, the recovery of honor and reputation that may have been sullied by erroneous or incorrect versions and comments; b) ... the establishment and strengthening of a culture of legality in favor, above all, of the coming generations; and c) ... serving truth, to the advantage of those who were wronged and of society as a whole. ...

In brief, the reparation of the harm in this case has compensatory and preventive effects; ...³⁵

2.1.3 COMPLIANCE MONITORING, REPORTS AND SUPERVISION

From the outset the Court has retained jurisdiction to monitor State compliance with its judgments on reparations.³⁶ Not until 1999, however, did the Court first require a State to report on compliance with an element of the Court's judgment.³⁷ Beginning in 2001, judgments on reparations routinely order States to submit reports, within six months or a year, on their compliance with all elements of the Court's judgment.³⁸ Since the Court sometimes designates these merely as 'first' reports,³⁹ the expectation is that States are to submit reports periodically until compliance is complete.⁴⁰

In 2003 Panama challenged the Court's jurisdiction to monitor compliance and to order States to submit reports.⁴¹ The Court's jurisdiction and powers are conferred by the Convention,⁴² and further defined by its Statute, adopted by the Organization of American States ('OAS').⁴³ Under these instruments, Panama argued, monitoring compliance is a post-judgment phase which falls 'strictly within the political sphere' of the OAS General Assembly. It 'has never been included in the norms that regulate ... international courts' and is not a function conferred on the Court by the Convention or the Statute.⁴⁴

Rejecting Panama's challenge, the Court ruled that it has inherent authority to monitor compliance with its judgments, both as an element of jurisdiction and as 'an integral part of the right of access to justice.'⁴⁵ Among other grounds, the Court reasoned that it must monitor compliance, in order to carry out its mandate under the Convention to report non-compliance to the General Assembly.⁴⁶ Unlike the European Convention on Human Rights, it noted, the American Convention does not specify a body to monitor compliance, and the OAS General Assembly not only refrains from monitoring compliance, but appears to approve of the Court's doing so.⁴⁷ The Court concluded that it has competence to monitor compliance, to request States to submit reports, to assess their reports and to issue instructions and orders on compliance.⁴⁸

2.2 RESTITUTION

Since the victims in most cases to date were killed or forcibly disappeared, the Court has had relatively few occasions to consider restitution. It has awarded reinstatement to positions of employment or ownership in four cases.⁴⁹ In another case it ordered Colombia to assist a victim to return home from exile abroad.⁵⁰ In seven cases it required restoration of the *status quo ante* by ordering that victims be relieved of judicially imposed convictions, punishments or penalties.⁵¹

2.3 COMPENSATION

2.2.1 COMPENSATORY DAMAGES

The mainstay of the Court's remedial work from the beginning has been to award monetary damages to survivors, heirs and family members, both for economic loss and for pain and suffering, but not for punitive damages.⁵² (The Court's judgments refer to economic loss as 'material' or 'pecuniary' damage in the English translation, but consistently call it '*material*' damage in the original Spanish; likewise they refer to pain and suffering as 'moral' or 'non-pecuniary' damage in English, but consistently '*moral*' in Spanish.)⁵³ In only two cases, both involving denials of judicial due process, has the Court declined to award monetary damages. In both, however, it ordered the State to forgive judicial fees, fines or penalties imposed by national courts,⁵⁴ saving the victims significant sums, in one case some \$140 million.⁵⁵

As shown in Appendix 2, during its first decade of reparations judgments, the Court usually awarded monetary damages in amounts less than \$200,000. However, it exceeded that amount in several cases. For example, in 1993 it awarded

\$453,000 for the extrajudicial execution of seven Maroons in Suriname;⁵⁶ in 1996 it granted \$722,000 in the case of an army massacre that killed 14 Venezuelan peasants and wounded two more;⁵⁷ and in 1998 it approved a settlement agreement by which Ecuador agreed to pay \$1 million to the parents of a woman who was arbitrarily detained, tortured and murdered.⁵⁸

Since 2001, in cases of massacres and multiple victims, the Court has increasingly granted multi-million dollar judgments. Its largest to date is \$7.925 million for an army massacre of 268 peasants in an indigenous Guatemalan village,⁵⁹ followed by \$6.895 million for the torture and assassination of 16 merchants by paramilitaries in Colombia,⁶⁰ \$5.482 million for the killings and disappearances of 37 demonstrators in Venezuela,⁶¹ \$3.659 million for a fire and abuse in a Paraguayan juvenile detention center that left 12 dead and 23 injured,⁶² and \$3.4 million for a supposed anti-terrorist operation in Peru that killed 15 innocent victims and wounded four more.⁶³

By North American standards, even these amounts may seem small in view of the numbers of victims and the gravity of the crimes. But the modesty of the awards mainly reflects widespread poverty in Latin America. The principal element of economic damages awarded by the Court is based on the present value of the victim's expected lifetime earnings, minus projected expenses, had he or she lived.⁶⁴ Latin American incomes are low, especially for peasants but even for most professionals. Where victims were unemployed or employed in the informal sector, the Court presumes that their annual income would have been equivalent to the minimum legal wage.⁶⁵ As a result of these factors, it is common for the Court to award no more than \$30,000 to \$35,000 for the total present value of the victim's lifetime lost earnings.⁶⁶

The recent increases in damage awards, then, are chiefly for pain and suffering. For example, of the largest judgment, the award of \$7.925 million for the massacre of the inhabitants of an indigenous village in Guatemala, \$6.34 million was for the pain and suffering endured by those who were killed and by their traumatized family members.⁶⁷

Where victims have died, their next of kin may recover damages in two capacities: first, as heirs, for damages owing to the deceased victims, and second, as family members, for their own economic losses and pain and suffering caused by the death of their loved ones.⁶⁸ For surviving children, the Court initially required that damage awards be placed in trust accounts.⁶⁹ Aware of the cumbersome formalities and expense of trust

accounts,⁷⁰ the Court now allows awards for surviving children to be deposited in savings accounts, certificates of deposit or in similar investments in "solvent and safe" banks.⁷¹

The Court is flexible in regard to the proof required to support awards of damages. Based on 'human nature,' it presumes that victims subjected to brutal violence before dying suffer pain and moral damages.⁷² Without requiring evidence and subject to rebuttal by the State, it also presumes that close family members endure anguish and psychological suffering when their loved ones are killed, forcibly disappeared or tortured.⁷³ Even where the amounts of their economic damage have not been proved, it is willing to award, in fairness, some level of compensation.⁷⁴ Where evidence of family ties has not been presented, the Court has allowed family members a period of two years after judgment to document their relationship, in order to qualify for damage awards.⁷⁵

However, the Court's flexibility is not unlimited. Where there was 'no evidence' that victims of forced disappearances lived with or provided economic support to brothers and sisters, the Court declined to award the siblings damages for economic loss.⁷⁶ Similarly, in the case of the wrongful imprisonment and torture of a Peruvian university professor, the Court recognized that the violations altered her 'life plan' for her career, but was unwilling to speculate as to the economic value of what she might have achieved absent the violations.⁷⁷ In a later case the Court attempted to remedy the interruption of the 'life plan' of a young university student, not by specifying an amount of compensation, but by ordering the State to provide him a full university scholarship, so that he could pursue his potential.⁷⁸

Where it is clear that past violations will cause continuing expenses in the future, the Court also awards 'future' damages. It has awarded as much as \$10,000, for example, for future costs of continuing psychological treatment.⁷⁹

2.2.2 LITIGATION COSTS AND ATTORNEYS' FEES

Until 1997 the only parties allowed to appear before the Court were States and the Inter-American Commission on Human Rights ('the Commission'), an organ of the OAS.⁸⁰ The Commission's functions include, among others, referring cases to the Court and appearing before the Court.⁸¹ In cases during those early years, the overburdened Commission regularly enlisted the assistance of lawyers representing the victims as its 'consultants' before the Court. With equal regularity the Court declined

to award the litigation costs or fees of these consultants or their clients, reasoning that they resulted from Commission decisions on how to organize its work, and would not have been incurred at all by the private parties, if the Commission had chosen to present the case using only its own staff attorneys, funded by its OAS budget.⁸² In such cases the Court awarded litigation costs only to victims, and only for their expenses before national tribunals, as an element of 'material' reparation.⁸³

Effective in 1997, however, the Court revised its regulations to allow victims direct standing before the Court on matters of reparations.⁸⁴ In 2001 a further revision broadened the independent standing of victims before the Court to include the entire case,⁸⁵ except for the initial referral to the Court, which under the Convention remains exclusively with the Commission or the State.⁸⁶ These changes opened the door to awards of litigation costs and attorneys' fees of the victims, not only for their activities before national courts, but also for their participation in proceedings before the Inter-American Commission and Court.⁸⁷ The Court has awarded such costs in nearly all cases since 1998. However, the amounts of cost awards remain modest; only five have exceeded \$50,000,⁸⁸ and only one has topped \$100,000.⁸⁹

The Court explains that it orders reimbursement of costs and expenses, including attorneys' fees, only where 'strictly necessary' to protect human rights, and that it 'must decide these cases with restraint. ... [O]therwise, international human rights litigation would be denatured.'⁹⁰ No doubt the Court remains sensitive to potential adverse reactions by States, and is aware that generous payments to lawyers and legal organizations would be more difficult to defend than payments to victims of heinous crimes.

The Court's largest award to date is illustrative. In the case of the assassination of Guatemalan anthropologist Myrna Mack, the Myrna Mack Foundation requested \$164,000 for legal expenses in domestic and international fora, plus \$104,000 for expenses in the most recent two years, including administrative and operational costs, plus \$36,000 in costs of domestic litigation, for a total of \$304,000.⁹¹ The Court, however, considered it 'equitable' to award only \$145,000,⁹² less than half the amount requested. Since the Court did not detail its reasons, one is left to wonder to what extent it disallowed specific expenses as not 'strictly necessary,' and to what extent it simply considered the total amount requested (\$304,000) to be excessive, perhaps in relation to the compensatory damages awarded to the victims (\$616,000).

The Court's disposition of requests by law firms and legal organizations based in the United States was even more cautious. Two US-based non-governmental human rights organizations each requested in excess of \$60,000 for expenses, but were awarded only \$5,000 and \$3,000, respectively.⁹³ Two large US law firms each requested \$50,000 as a 'symbolic' payment for what would have been far larger fees even at discounted rates, but were each awarded a still more symbolic \$5,000.⁹⁴

In view of the tradition of *pro bono publico* legal work (services without fee in matters of public interest) by major US law firms, these \$5,000 awards may be viewed simply as a way of saying, thank you. If the Court had attempted seriously to compensate these firms for their time, even at reduced rates, it might have been criticized by Latin American States for ordering a poor country to pay hefty sums to wealthy US law firms – and for work they doubtless undertook without any real expectation of getting paid. On the other hand, the US-based NGO's are not wealthy. Fairly reimbursing their expenses would enable them to offer more services in more cases. One may hope that the Court will move toward more serious reimbursements of their expenses.

2.3 REHABILITATIVE SERVICES

The Court has become attentive to measures of rehabilitation. Since 2001 it has ordered States to provide educational, medical or similar services or scholarships to survivors and affected family members in nine cases⁹⁵ (compared to only once in earlier years).⁹⁶ Its most expansive order came in 2004 in the case of the massacre of the inhabitants of an indigenous village in Guatemala. In addition to monetary damages, the Court ordered the State to provide not only medical treatment, including free medicines and a health clinic, but also education in Mayan culture, bilingual teachers, housing assistance, and infrastructure investment in roads, sewers and drinking water.⁹⁷

2.4 SATISFACTION AND GUARANTEES OF NON-REPETITION

2.4.1 INVESTIGATION AND PROSECUTION

In most cases since 1998 (and in one as early as 1996)⁹⁸ the Court has ordered the State to investigate, prosecute and punish the persons responsible for the violation. It issues such orders

both as moral reparation and as deterrence. In the Mack case, for example, its judgment recited moving testimony by family members about how the persistent impunity in the case caused them emotional anguish and psychological suffering.⁹⁹ In ordering 'effective' investigation and prosecution, not only of the perpetrators of the brutal assassination, but also of those responsible for the subsequent cover-up, the Court expressly recognized that impunity encourages chronic repetition of such human rights violations.¹⁰⁰

Beginning in 2002, the Court now also specifies that victims must be granted rights to participate in these proceedings, 'in accordance with domestic laws' and Convention rights.¹⁰¹ In at least two cases, it has even awarded costs for their future expenses of doing so.¹⁰² In addition, the Court now routinely requires that the results of the investigation be made public.¹⁰³ In one case it has ordered that the prosecution be conducted before civil, not military courts,¹⁰⁴ and in others it has required not only criminal but also administrative proceedings.¹⁰⁵

2.4.2 SYMBOLIC MEASURES

The Court understands that symbolic measures may be important forms of moral reparations, and may also serve to deter further violations.¹⁰⁶ It has ordered the State in eight cases since 2001 (and in one settlement agreement it approved in 1998¹⁰⁷) to name a street, school, plaza, memorial (or commemorative scholarship) for a victim, usually with a commemorative plaque as well.¹⁰⁸ It has ordered the State in 11 cases to conduct a public ceremony, where victims officially receive awards of compensation and the State accepts responsibility for the wrongs and 'makes amends' to the victims.¹⁰⁹ Beginning in late 2003, the Court in seven cases has even ordered that high officials of the State participate in these public ceremonies.¹¹⁰ In four cases the Court expressly ordered the State to make a public apology to the victims.¹¹¹

2.4.3 REMAINS AND BURIAL

The Court appreciates that locating the remains of victims and ensuring their proper burial are important to the dignity of the dead and to the mental well-being of loved ones.¹¹² Since 1996 it has ordered States in 12 cases of deaths and disappearances to take such measures as making serious efforts to locate remains, turning them over to families for burial, and transferring and burying them at State expense.¹¹³ In 2002 it went so far as to order Guatemala, the scene of hundreds of

massacres, to institute a national exhumations program.¹¹⁴

2.4.4 LEGISLATIVE REFORM

In 16 cases beginning in 1998 the Court has ordered the State to enact legislative reforms either to remove *de jure* violations or to facilitate prevention, prosecution or remedies for violations. The affected national legislation has involved terrorism,¹¹⁵ treason,¹¹⁶ extrajudicial executions,¹¹⁷ forced disappearances,¹¹⁸ registers of prisoners,¹¹⁹ presumptions of death,¹²⁰ genetic data systems,¹²¹ amnesties and statutes of limitations for gross violations of human rights,¹²² censorship,¹²³ libel laws,¹²⁴ children's rights,¹²⁵ juvenile detention,¹²⁶ indigenous land and property titles,¹²⁷ right of judicial appeal,¹²⁸ and international human rights and humanitarian law.¹²⁹

The Court's authority to order legislative reform is supported by article 2 of the Convention, which requires States to take such legislative or other measures as may be necessary to implement the Convention.¹³⁰ But the Court in some cases has ordered legislative reform as a measure of reparation even where, on the merits, it found no violation of article 2.¹³¹ In such cases it nonetheless relies in part on the substantive obligations of States under article 2,¹³² as well as on their general obligations under article 1.1 to ensure enjoyment of rights,¹³³ and under customary international law to modify their domestic laws to meet treaty commitments.¹³⁴ However, the Court orders legislative reform only where the legislation at issue was in fact applied in the victim's case. Despite a vigorous dissent by Judge Cancado-Trindade, the majority of the Court thus far has declined to order reform of legislation which has not actually been applied in the victim's case.¹³⁵

2.4.5 ADMINISTRATIVE AND POLICY REFORM

Administrative measures ordered by the Court sometimes involve only direct relief to victims, such as its order in 2001 that Nicaragua determine the boundaries of the land of an indigenous community and, until that task was completed, to refrain from taking any steps that affect its use and enjoyment.¹³⁶ In other cases since 2002 the Court has ordered administrative or policy measures whose impact is broader, even societal. These include orders that States train military, police and judicial personnel in matters of human rights and humanitarian law,¹³⁷ develop a national exhumations program,¹³⁸ prepare plans for lawful control of disturbances,¹³⁹

ensure only proportionate use of force by security forces,¹⁴⁰ develop records of detainees,¹⁴¹ develop policies on juvenile detention,¹⁴² improve conditions at a prison and transfer prisoners who do not belong there,¹⁴³ and devote sufficient resources and expertise to ensure prosecution of cases of extrajudicial executions in accordance with international norms.¹⁴⁴

As in the case of legislative reform, the Court's orders to pursue administrative and policy reform are supported by the State's obligation under article 2 to adopt such 'other measures' as may be needed to implement the Convention. But again, the Court does not limit its orders of administrative reform only to cases where it finds a violation of article 2 on the merits.¹⁴⁵

2.4.6 CIVIL SOCIETY PARTICIPATION

The Court has recently begun to direct States to include non-governmental organizations and civil society in the implementation of reparations. In ordering Guatemala to establish a committee to evaluate and recommend physical and psychological treatment of the victims of the massacre of an indigenous community, the Court directed that the committee should include active participation by a non-governmental organization with relevant experience.¹⁴⁶ When it ordered Ecuador to develop a training program for prison, judicial and law enforcement personnel on the human rights of prisoners, it ordered that civil society should participate in the design and implementation of the program.¹⁴⁷

2.5 ACCESS TO INFORMATION

The Court now routinely requires that victims (and the public) be provided access to information about the violations. It does so by ordering States to make public the results of their criminal and administrative investigations of a case.¹⁴⁸ The Court explained in *Bamaca*, for example:

[D]ue to the characteristics of this case, the right to the truth [is] ... subsumed in the right of the victim or his next of kin to obtain clarification of the facts relating to the violations and the corresponding responsibilities from the competent State organs, through the investigation and prosecution established in Articles 8 and 25 of the Convention. ... [O]nly if all circumstances of the violations involved are clarified can it be considered that the State

has provided the victim and his next of kin effective remedy and that it has complied with its general obligation to investigate.

The right that every person has to the truth has been developed in international human rights law and, ..., the possibility of the victim's next of kin knowing what happened to the victim and, ..., the whereabouts of the victim's mortal remains, is a means of reparation, and therefore an expectation regarding which the State must satisfy the next of kin of the victims and society as a whole.¹⁴⁹

3. TWO ILLUSTRATIVE CASES: REPARATIONS THEN AND NOW

The dramatic expansion in the scope of remedies and reparations granted by the Court over time can be illustrated by comparing its first judgment on reparations, issued in 1989 in *Velasquez*,¹⁵⁰ with one of its more recent – and now typically comprehensive – remedial judgments, issued in 2003 in the *Mack* case.¹⁵¹ Both cases involved the violent death or forced disappearance of a single victim. In the earlier case, the remedies were limited to monetary compensation. In the later case, they also included extensive measures of access to justice, rehabilitation, satisfaction and guarantees of non-repetition (including symbolic measures, public acts and legislative reform), and access to information.

In *Velasquez*, the Court awarded a single form of reparations: payment of 750,000 Honduran *lempiras* to the widow and children of the victim.¹⁵² This initial award proved inadequate, however, because Honduras delayed making payment until after its currency was devalued. The Court had failed to benchmark the payment to a hard currency such as US dollars. Nor did it order payment of interest in case of delays. The Court later remedied these deficiencies in an interpretive judgment.¹⁵³ The Court learned from this experience. It now routinely orders payment of compensation in US dollars or their local currency equivalent, and imposes standard bank interest on any delays in payment.¹⁵⁴

If the Court's jurisprudence in 1989 were what it is today, the Court would have considered a wide range of other remedial measures. Indeed, the widow of Mr. Velasquez asked for a series of remedial measures which may have seemed outlandish at the time, but most of which are now commonplace in the Court's judgments. She asked the Court to order the Government to ensure the following:¹⁵⁵

1. An end to forced disappearances.
2. An investigation of each of the 150 cases of reported disappearances.
3. A complete and truthful public report on what happened to all the disappeared.
4. Trial and punishment of those responsible.
5. A public undertaking to respect human rights.
6. A public act to honor and dignify the memory of the disappeared.
7. Demobilization and disbanding of repressive bodies created to carry out disappearances.
8. Guarantees to respect the work of humanitarian organizations and public recognition of their social function.
9. An end to aggression and pressure against the families of the disappeared and public recognition of their honor.
10. Establishment of a fund for education of the children of the disappeared.
11. Guaranteed employment for children of the disappeared who are of working age.
12. Establishment of a retirement fund for parents of the disappeared.

The Inter-American Commission on Human Rights requested similarly broad remedial measures.¹⁵⁶ But the Court ordered only monetary compensation, and only to the widow and children. It eschewed other remedial measures, and declined relief to anyone outside the immediate family. Even though on the merits the Court ruled that Honduras had a legal obligation to investigate, prosecute and punish any persons responsible for the disappearance,¹⁵⁷ its judgment on reparations declined the Commission's request to order Honduras to do so. The Court explained in effect that its judgment on the merits spoke for itself and was a form of reparation.¹⁵⁸

The Court's remedial reticence was understandable at the time. As a new institution adjudicating its first case in an uncertain diplomatic environment,¹⁵⁹ the Court was concerned not to overreach, lest States already tempted to defy it might be given an excuse. In addition, its jurisprudence on reparations was new and undeveloped, not yet the beneficiary of normal, incremental, doctrinal evolution.

The Court's more expansive approach to reparations today is illustrated by its 2003 judgment in the Mack case. In addition to awarding \$266,000

in material damages (for lost income, medical expenses and consequential expenses)¹⁶⁰ and \$350,000 in moral damages to members of the family,¹⁶¹ the Court ordered Guatemala:¹⁶²

1. To 'effectively' investigate the case in order to identify, put on trial and punish all material and intellectual authors of the crime, as well as of the subsequent cover-up.
2. To make public the results of this investigation. The Court emphasized the rights of both the families and society as a whole to know the truth of what happened and who was responsible, and that in a concrete case the guarantee of this right to be informed is an important means of reparation.¹⁶³
3. To remove all obstacles and mechanisms, whether legal or *de facto*, that perpetuate impunity for the perpetrators. The State must accordingly refrain from granting any amnesty, prescription by reason of passage of time, or other provision that would exempt the perpetrators from being investigated, held responsible, and punished.¹⁶⁴
4. To provide adequate guarantees for the security of judicial authorities, prosecutors, witnesses, justice officials and family members of the victim; and to utilize all means to expedite the judicial process in the case.
5. To publish portions of the Court's judgment, which it recognizes as *per se* a form of reparation, in the State's official gazette and in another newspaper of national circulation.
6. To carry out a public act recognizing the State's responsibility for the facts and to make amends to the memory of the victim and her family, in the presence of the highest authorities of the State.
7. To honor publicly the memory of a police investigator who was assassinated while investigating the case.
8. To include instruction on human rights and international humanitarian law in training programs for armed forces and police.
9. To establish an annual one-year university scholarship in anthropology in the name of the victim.
10. To give the name of the victim to a recognized street or plaza in the capital and to place a visible plaque in the place where

she was killed, commemorating her and her research and advocacy in support of Guatemala's indigenous populations.

11. To pay \$163,000 (US) in costs and expenses to the organizations and law offices for their pursuit of the case in both domestic courts and the Inter-American system.
12. To make all payments free of tax or other charge.
13. To comply with all measures of reparations within one year, and to pay standard bank interest for any delay.
14. To report to the Court on compliance with all measures of reparations within one year. The case is to remain open, with compliance under supervision by the Court, until all measures have been completed.

In addition, the Court was apparently prepared, if necessary, to order institutional reform. The Commission and victims asked it to order dissolution of the Presidential Military Staff, whose high command was found by the Court to be responsible for the murder of Myrna Mack. Although the Court did not grant the request, it noted that recent Guatemalan legislation established a civilian security organ to replace the Presidential Military Staff, and that the President recently presided over a ceremony initiating the transfer of functions to the new civilian body.¹⁶⁵ If Guatemala had not already taken these steps, the Court might well have ordered dissolution.

4. REASONS FOR EVOLUTION IN THE COURT'S JURISPRUDENCE ON REPARATIONS

At least six factors have likely contributed to the Court's evolution during the last 15 years toward a more expansive remedial approach. First, as illustrated by the requests noted above in the *Velasquez* case, the Court has been pushed continually by the Commission and by victims to grant more extensive reparations.¹⁶⁶ This push has come not only through their advocacy before the Court, but also through the examples provided by their settlement agreements with States in cases before the Court, which go into effect only if approved by the Court. For example, the Court's judgment approving the 1998 settlement agreement with Ecuador in the *Benavides* case was the first to order, as provided by the agreement, that the State erect a memorial to the victim.¹⁶⁷ Even more

striking was the 2001 settlement agreement with Peru in the *Barrios Altos* case. In addition to granting the largest monetary compensation awarded by the Court up to that time (\$3.4 million), it was also among the first to require a memorial and provision of medical and educational services to survivors and next of kin, and was the first to require a public apology and domestic publication of the judgment.¹⁶⁸ Only after *Barrios Altos*, as shown in Appendix 2, did such remedies become commonplace in the Court's reparations judgments.

Second, beginning with the compliance by Honduras in 1995 and 1996 with the Court's first reparations judgment in *Velasquez*,¹⁶⁹ (after Carlos Roberto Reina, a former President of the Court, became President of Honduras), the Court has been encouraged by the relatively consistent degree of substantial compliance by States with its reparations orders.¹⁷⁰ This is especially true of its orders requiring payment of monetary compensation. Where difficulties have arisen, they have been mostly in matters where States, even those acting in good faith, encounter inherent difficulties, such as orders to investigate and prosecute perpetrators or to revise legislation.¹⁷¹

Third, the Court has steadily gained acceptance among Latin American States, thereby enhancing its institutional self-confidence. Under the Convention, States Parties are not bound to accept the Court's jurisdiction in contested cases, but may do so by means of an optional declaration.¹⁷² Over time more and more States have accepted the Court's contentious jurisdiction. With the acceptance in 1998 by the two largest States, Brazil and Mexico, the Court now enjoys essentially universal Latin American participation.¹⁷³

Fourth, the Court's accumulated experience in cases of political violence and impunity has persuaded it of the need to order more sweeping remedies, both to make victims whole and to deter violations.¹⁷⁴

Fifth, doctrinal evolution has predictably taken place, facilitated by the Court's flexible view of its own precedents on reparations: '... [W]hile case law may establish precedents, it cannot be invoked as a criterion to be universally applied; instead, each case needs to be examined individually.'¹⁷⁵

Finally, the evolution of jurisprudence on reparations has been spurred by particularly creative jurists on the Court. Noteworthy, for example, are several concurring opinions on reparations by Judges Cancado Trindade and Garcia Ramirez.¹⁷⁶

8. *Godínez-Cruz vs. Honduras*. *Compensatory damages* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of July 21, 1989.
15. *Aloeboetoe et al. vs. Suriname*. *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of September 10, 1993.
16. *Gangaram-Panday vs. Suriname*. Judgment of January 21, 1994.
28. *El Amparo vs. Venezuela*. *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of September 14, 1996.
29. *Neira-Alegría et al. vs. Peru*. *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of September 19, 1996.
30. *Genie-Lacayo vs. Nicaragua*. Judgment of January 29, 1997.
31. *Caballero-Delgado and Santana vs. Colombia*. *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of January 29, 1997.
38. *Benavides-Cevallos vs. Ecuador*. Judgment of June 19, 1998.
39. *Garrido and Baigorria vs. Argentina*. *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of August 27, 1998.
42. *Loayza-Tamayo vs. Peru*. *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of November 27, 1998.
43. *Castillo-Páez vs. Peru*. *Reparations* (art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of November 27, 1998.
44. *Case of Suárez-Rosero vs. Ecuador*. *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of January 20, 1999.
48. *Blake vs. Guatemala*. *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of January 22, 1999.
52. *Castillo-Petruzzi et al. vs. Peru*. Judgment of May 30, 1999.
71. *The Constitutional Court vs. Peru*. Judgment of January 31, 2001.
72. *Baena-Ricardo et al. vs. Panama*. Judgment of February 2, 2001.
73. *“The Last Temptation of Christ” vs. Chile* (*Olmedo-Bustos et al.*). Judgment of February 5, 2001.
74. *Ivcher-Bronstein vs. Peru*. Judgment of February 6, 2001.
76. *The “Panel Blanca” vs. Guatemala*. (*Paniagua-Morales et al.*). *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of May 25, 2001.
77. *The “Street Children” vs. Guatemala*. (*Villagrán-Morales et al.*). *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of May 26, 2001.
78. *Cesti-Hurtado vs. Peru*. *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of May 31, 2001.
79. *The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua*. Judgment of August 31, 2001.
87. *Barrios Altos vs. Peru*. *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of November 30, 2001.
88. *Cantoral-Benavides vs. Peru*. *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of December 3, 2001.
89. *Durand and Ugarte vs. Peru*. *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of December 3, 2001.
91. *Bámaca-Velásquez vs. Guatemala*. *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of February 22, 2002.
92. *Trujillo-Oroza vs. Bolivia*. *Reparations* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of February 27, 2002.
95. *El Caracazo vs. Venezuela*. *Reparation* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of August 29, 2002.
96. *Las Palmeras vs. Colombia*. *Reparation* (Art. 63(1) American Convention on Human Rights). Judgment of November 26, 2002.
97. *Cantos vs. Argentina*. Judgment of November 28, 2002.
98. *“Five Pensioners” vs. Peru*. Judgment of February 28, 2003.
99. *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Judgment of June 7, 2003.
100. *Bulacio vs. Argentina*. Judgment of September 18, 2003.
101. *Myrna Mack-Chang vs. Guatemala*. Judgment of November 25, 2003.
103. *Maritza Urrutia vs. Guatemala*. Judgment of November 27, 2003.
107. *Herrera-Ulloa vs. Costa Rica*. Judgment of July 2, 2004.
108. *Molina-Theissen vs. Guatemala*. *Reparations* (Art. 63.1 American Convention on Human Rights). Judgment of July 3, 2004.

109. *19 Merchants vs. Colombia*. Judgment of July 5, 2004.
110. *The “Gómez-Paquiyaury Brothers” vs. Peru*. Judgment of July 8, 2004.
111. *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Judgment of August 31, 2004.
112. *Children’s Rehabilitation vs. Paraguay*. Judgment of September 2, 2004.
114. *Tibi vs. Ecuador*. Judgment of September 7, 2004.
115. *De la Cruz Flores Vs. Perú*. Judgment of November 18, 2004.
116. *Plan de Sánchez Massacre Vs. Guatemala. Reparations* (Art. 63.1 American Convention on Human Rights). Judgment of November 19, 2004.
117. *Carpio Nicolle Vs. Guatemala*. Judgment of November 22, 2004.
119. *Lori Berenson Mejía vs. Perú*. Judgment of November 25, 2004.

NOTAS

1. *Velasquez-Rodriguez v. Honduras*, Compensatory Damages, Judgment of 21 July 1989, Series C, n. 7 (hereafter '*Velasquez, n. 7 (1989)*').
2. The 47 judgments are listed in Appendix 1. References in text and notes list only the principal surname of the lead victim, or the popular name of the case, followed by the Judgment number in series C and the year of the judgment, eg, *Velasquez, n. 7 (1989)* or *Street Children, n. 77 (2001)*. Full texts of all judgments cited in this chapter are available in English (except for the most recent, available only in Spanish), accessible at http://www.corteidh.or.cr/seriec_ing/index.html.
3. Appendix 1 shows 15 judgments on reparations entered through 1999, with the remaining 32 entered during 2001-04.
4. See, eg, Cantoral, n. 88 (2001), par 53; Gomez, n. 110 (2004), par 223.
5. Organization of American States, *Official Records*, OEA/Ser.K/XVI/1.1, doc. 65, Rev. 1, Corr. 2 (1970), opened for signature, 22 Nov 1969, entered into force, 18 July 1978, reprinted in 9 ILM 673 (1970) (hereafter '*Convention*').
6. Amparo, n. 28 (1996), par 14, citing, inter alia, *Factory at Chorzow, Jurisdiction*, Judgment n. 8, 1927, Series A, n. 9, at 21, and *Factory at Chorzow, Merits*, Judgment n. 13, 1928, PCIJ, Series A, n. 17, at 29.
7. See, eg, Garrido, n. 39 (1998), par 41; Loayza, n. 42 (1998), par 85.
8. Amparo, n. 28 (1996), par 15; see also *Velasquez, n. 7 (1989)*, pars 30-31; Mack, n. 101 (2003), pars 234-36.
9. Loayza, n. 42 (1998), pars 94-100.
10. Garrido, n. 39 (1998), par 55.
11. Constitutional Court, n. 71 (2001), par 130.5; Baena, n. 72 (2001), par 214.6; Ivcher, n. 74 (2001), par 191.8; Cesti, n. 78 (2001), par 80.1; and 5 Pensioners, n. 98 (2003), par 187.5.
12. Cesti, n. 78 (2001), par 46.
13. Caballero, n. 31 (1997), par 45.
14. Aloeboetoe, n. 15 (1993), par 62.
15. Constitutional Court, n. 71 (2001), par 130.7; Baena, n. 72 (2001), par 214.10; Ivcher, n. 74 (2001), par 191.11; Cesti, n. 78 (2001), par 80.8; and 5 Pensioners, n. 98 (2003), par 187.12.
16. Final Report of the Special Rapporteur, M. Cherif Bassiouni, *The right to restitution, compensation and rehabilitation for victims of gross violations of human rights and fundamental freedoms*, UN Doc E/CN.4/2000/62, 18 Jan 2000, Annex, *Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Violations of International Human Rights and Humanitarian Law* (hereafter '*Basic Principles*'), par 11.
17. *Basic Principles*, par 21.
18. Ibid pars 22 (restitution), 23 (compensation), 24 (rehabilitation) and 25 (satisfaction and guarantees of non-repetition).
19. Aloeboetoe, n. 15 (1993), par 116.5.
20. Genie, n. 30 (1997), par 94.
21. Loayza, n. 42 (1998), par 192.3; Castillo Petruzzi, n. 52 (1999), par 226.13; Cantoral, n. 88 (2001), pars 99.4, 99.5; Herrera, n. 107 (2004), par 207.4.
22. Suarez, n. 44 (1999), par 113.1; Cantos, n. 97 (2002), par 77.1; Berenson, n. 119 (2004), par 248.5.
23. Mack, n. 101 (2003), par 301.6; Carpio, n. 117 (2004), par 155.2.
24. Mack, n. 101 (2003), par 301.6; Carpio, n. 117 (2004), par 155.2.
25. Castillo Petruzzi, n. 52 (1999), par 226.13; Cruz Flores, n. 115 (2004), par 188.1.
26. Mack, n. 101 (2003), pars 276-77, 301.6; Carpio, n. 117 (2004), par 155.2.
27. Loayza, n. 42 (1998), par 192.3; Suarez, n. 44 (1999), par 113.1; Castillo Petruzzi, n. 52 (1999), par 226.13; Cantoral, n. 88 (2001), pars 99.4, 99.5; Cantos, n. 97 (2002), par 77.1; Herrera, n. 107 (2004), par 207.4; Berenson, n. 119 (2004), par 248.5; see also Cruz Flores, n. 115 (2004), par 188.1.
28. *Basic Principles*, par 14.
29. Eg, Amparo, n. 28 (1996), par 35.
30. The Court first ordered publication of the operative part of its judgment in Cantoral, n. 88 (2001), par 99.7.
31. Tibi, n. 114 (2004), par 280.11.
32. Plan de Sanchez Massacre, n. 116 (2004), par 125.4.
33. Urrutia, n. 103 (2003), par 178 (President acknowledged State responsibility); 19 Merchants, n. 109 (2004).

34. No publication was ordered in *Cantos*, n. 97 (2002) (access to courts); *5 Pensioners*, n. 98 (2003) (property and judicial protection); and *Herrera*, n. 107 (2004) (libel conviction in violation of free press).
35. *Bamaca*, n. 91 (2002), Concurring Opinion of Judge Sergio Garcia Ramirez, at 3.
36. *Velasquez*, n. 7 (1989), par 60.5.
37. *Blake*, n. 48 (1999), par 75.1. The Court did the same in *Last Temptation of Christ*, n. 73 (2001), par 103.4.
38. *Eg, Tibi*, n. 114 (2004), par 280.20; *Cruz Flores*, n. 115 (2004), par 188.17.
39. *Eg, Tibi*, n. 114 (2004), par 280.20; *Cruz Flores*, n. 115 (2004), par 188.17.
40. See, eg, *Baena Ricardo et al v. Panama*, Competence, Judgment of Nov 28, 2003, pars 12, 21 and 37.
41. *Ibid*, pars 53 and 54.
42. Convention, arts 52-73.
43. Statute of the Inter-American Court of Human Rights, adopted by the General Assembly of the OAS at its Ninth Regular Session, La Paz, Bolivia, Oct 1979, Resolution n. 448.
44. *Baena Ricardo*, Judgment of Nov 28, 2003, pars 54 (a) and (p).
45. *Ibid* pars 129-31.
46. *Ibid* par 133, citing Convention art 65, which requires that the Court's annual report to the OAS General Assembly 'shall specify, in particular, the cases in which a state has not complied with its judgments, making any pertinent recommendations.'
47. *Baena Ricardo*, Judgment of Nov 28, 2003, pars 87-88, 110-16 and 135.
48. *Ibid* pars 139 (1) and (2).
49. *Loayza*, n. 42 (1998), pars 192.1 and 192.2; *Baena*, n. 72 (2001), par 214.7; *Ivcher*, n. 74 (2001), par 191.8; *Cruz Flores*, n. 115 (2004), pars 188.6, 188.8.
50. *19 Merchants*, n. 109 (2004), par 295.10.
51. *Loayza*, n. 42 (1998), par 192.3; *Suarez*, n. 44 (1999), par 113.1; *Castillo Petruzzi*, n. 52 (1999), par 226.13; *Cantoral*, n. 88 (2001), pars 99.4, 99.5; *Cantos*, n. 97 (2002), par 77.1; *Herrera*, n. 107 (2004), par 207.4; *Berenson*, n. 119 (2004), par 248.5.
52. *Velasquez*, n. 7 (1989), par 38; *Garrido*, n. 39 (1998), par 43.
53. *Eg, Aloeboetoe*, n. 15 (1993), par 97 ('material' and 'moral' damages); *Street Children*, n. 77 (2001), pars 123.1 and 123.2 ('pecuniary' and 'non-pecuniary' damages).
54. *Cantos*, n. 97 (2002), par 77.1; *Berenson*, n. 119 (2004), par 248.5.
55. *Cantos*, n. 97 (2002), pars 70, 77.1.
56. *Aloeboetoe*, n. 15 (1993), par 116.1.
57. *Amparo*, n. 28 (1996), par 64.1.
58. *Benavides*, n. 38 (1998), par 48 and op par 3.
59. *Plan de Sanchez Massacre*, n. 116 (2004), pars 72-76, 80-89, 117, 125.10, 125.11.
60. *19 Merchants*, n. 109 (2004). Although the case involved 19 victims, damages were awarded only for 16; further proceedings are pending for the remaining three. See pars 233-34.
61. *Caracazo*, n. 95 (2002), pars 143.6, 143.8.
62. *Children's Rehabilitation Institute*, n. 112 (2004), pars 340.16 and 340.17.
63. *Barrios Altos*, n. 87 (2001), par 50.2.
64. *Eg, Amparo*, n. 28 (1996), par 28.
65. *Caracazo*, n. 95 (2002), par 50(d).
66. *Eg, Aloeboetoe*, n. 15 (1993), par 93; *Amparo*, n. 28 (1996), par 29; *Loayza*, n. 42 (1998), par 129 (A).
67. *Plan de Sanchez Massacre*, n. 116 (2004), pars 80-89, 117, 125.11.
68. *Eg, Garrido*, n. 39 (1998), pars 50, 65.
69. *Eg, Velasquez*, n. 7 (1989), par 58; *Amparo*, n. 28 (1996), par 46.
70. *Loayza*, n. 42 (1998), par 184.
71. *Ibid*; *Garrido*, n. 39 (1998), par 86; *Sanchez*, n. 99 (2003), par 201.18.
72. *Aloeboetoe*, n. 15 (1993), pars 51-52.
73. *Aloeboetoe*, n. 15 (1993), pars 52, 54; *Caracazo*, n. 95 (2000), par 50(e).
74. *Eg, Amparo*, n. 28 (1996), par 21; *Neira*, n. 29 (1996), par 42; *Castillo Paez*, n. 43 (1998), pars 76-77.
75. *Caracazo*, n. 95 (2002), par 73.
76. *Garrido*, n. 39 (1998), pars 59-61.
77. *Loayza*, n. 42 (1998), pars 144-54.
78. *Cantoral*, n. 88 (2001), pars 60, 80, 99.6.
79. *Ibid*, pars 51(b) and (f); *Mack*, n. 101 (2003), par 266.
80. Charter of the Organization of American States, OAS Treaty A-41, *opened for signature* Apr. 30,

- 1948, 2 UST 2394, entered into force, Dec. 13, 1951, art 106. For full text of the Charter, as amended, see 33 ILM 989 (1994).
81. Convention, arts 41(f), 51.1, 57 and 61.
82. Eg, Aloeboetoe, n. 15 (1993), pars 79, 114; Caballero, n. 31 (1997), par 59.
83. Eg, Aloeboetoe, n. 15 (1993), pars 94, 111.
84. Rules of Procedure of the Int.-Am.Ct.H.Rts, effective Jan 1, 1997, art. 23 (accessible at <http://www1.umn.edu/humanrts/iachr/rule1-97.htm>, visited Jan. 13, 2005).
85. Rules of Procedure, as revised effective June 1, 2001. See S.J. Anaya and C. Grossman, 'The Case of Awas Tingni v. Nicaragua: A New Step in the International Law of Indigenous Peoples,' (2002) 19 *Ariz. J. Int'l & Comp. Law* 1, at 8 n 14. See current Rules of Procedure (as amended 2003), art 23.1, accessible at <http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/OASpage/humanrights.htm> (visited Jan 13, 2005).
86. Convention art 61.1.
87. Garrido, n. 39 (1998), par 81; Loayza, n. 42 (1998), par 178.
88. Caracazo, n. 95 (2002), par 143.10 (\$86,000); Palmeras, n. 96 (2002), par 96.9 (\$51,000); Mack, n. 101 (1993), par 301.15 (\$168,000); Plan de Sanchez Massacre, n. 116 (2004), pars 116, 125.12 (\$55,000); Carpio, n. 117 (2004), pars 145, 155.8 (\$62,000).
89. Mack, n. 101 (1993), par 301.15 (\$168,000).
90. Cesti, n. 78 (2001), par 72.
91. Mack, n. 101 (1993), par 288(a).
92. Par 291(a).
93. Pars 288 (b) and (d), 301.15(b) and (e).
94. Pars 288 © and (e), 301.15© and (d).
95. Barrios, n. 87 (2001), pars 50.3, 50.4; Cantoral, n. 88 (2001), pars 99.6, 99.8; Durand, n. 89 (2001), par 45.3; 19 Merchants, n. 109 (2004), par 295.9; Gomez, n. 110 (2004), par 253.13; Children's Rehabilitation Institute, n. 112 (2004), pars 340.12, 340.13; Cruz Flores, n. 115 (2004), pars 188.5, 188.7; Plan de Sanchez Massacre, n. 116 (2004), par 125.7; Berenson, n. 119 (2004), par 248.5.
96. Aloeboetoe, n. 15 (1993), par 116.5.
97. Plan de Sanchez Massacre, n. 116 (2004), pars 125.7, 125.8, 125.9.
98. Amparo, n. 28 (1996), par 64.4.
99. Mack, n. 101 (2003), par 264.
100. Pars 272, 301.5.
101. Bamaca, n. 91 (2002), par 106.2; Sanchez, n. 99 (2003), par 201.10; Caracazo, n. 95 (2002), par 143.1.
102. Caracazo, n. 95 (2002), par 143.10 (\$10,000); Mack, n. 101 (2003), par 301.15(a) (\$5,000).
103. Eg, Bamaca, n. 91 (2002), par 106.2.
104. 19 Merchants, n. 109 (2004), par 263; but see Caballero, n. 31 (1997), par 57 (question of competence of military courts raised too late at reparations stage).
105. Caracazo, n. 95 (2002), par 143.1; Sanchez, n. 99 (2003), par 201.10.
106. Eg, Cantoral, n. 88 (2001), par 81; Mack, n. 101 (2003), pars 285-86.
107. Benavides, n. 38 (1998), par 48.5, op par 3.
108. Street Children, n. 77 (2001), par 123.7; Barrios, n. 87 (2001), par 50.5 (f); Trujillo, n. 92 (2002), par 141.6; Mack, n. 101 (2003), pars 301.11, 301.12; Molina, n. 108 (2004), par 106.6; 19 Merchants, n. 109 (2004), par 295.7; Gomez, n. 111 (2004), par 253.12; Plan de Sanchez Massacre, n. 116 (2004), par 125.6.
109. Barrios, n. 87 (2001), par 50.5 (e)(written public resolution only); Bamaca, n. 91 (2002), par 106.3; Trujillo, n. 92 (2002), pars 122, 141.6; Mack, n. 101 (2003), par 301.8; Molina, n. 108 (2004), par 106.5; 19 Merchants, n. 109 (2004), pars 295.7, 295.8; Gomez, n. 111 (2004), par 253.10; Children's Rehabilitation Institute, n. 112 (2004), par 340.11; Tibi, n. 114 (2004), par 280.12 (formal written declaration only); Plan de Sanchez Massacre, n. 116 (2004), pars 100, 101, 125.2, 125.3; Carpio, n. 117 (2004), par 155.4.
110. Mack, n. 101 (2003), par 301.8; Molina, n. 108 (2004), par 106.5; 19 Merchants, n. 109 (2004), par 295.8; Children's Rehabilitation Institute, n. 112 (2004), par 340.11(a); Tibi, n. 114 (2004), par 280.12 (written declaration only); Plan de Sanchez Massacre, n. 116 (2004), par 125.2; Carpio, n. 117 (2004), par 155.4.
111. Barrios, n. 87 (2001), par 50.5 (e); Cantoral, n. 88 (2001), par 99.7; Durand, n. 89 (2001), par 45.4(b); Tibi, n. 114 (2004), par 280.12.
112. Eg, Neira, n. 29 (1996), par 69; Bamaca, n. 91 (2002), par 76.
113. Neira, n. 29 (1996), op par 4; Caballero, n. 31 (1997), par 66.4; Panel, n. 76 (2001), par 229.3; Street Children, n. 77 (2001), par 123.6; Durand, n. 89 (2001), par 45.4(d); Bamaca, n. 91 (2002), par 106.1; Trujillo, n. 92 (2002), par 141.1; Caracazo, n. 95 (2002), pars 142.3,

- 143.3; Palmeras, n. 96 (2002), pars 96.2, 96.4; Sanchez, n. 99 (2003), par 201.11; Molina, n. 108 (2004), par 106.2; 19 Merchants, n. 109 (2004), par 295.6.
114. Bamaca, n. 91 (2002), pars 83, 106.4.
115. Loayza, n. 42 (1998), par 192.5; Castillo Petruzzi, n. 52 (1999), par 226.14; Berenson, n. 119 (2004), par 248.1.
116. Loayza, n. 42 (1998), par 192.5.
117. Barrios, n. 87 (2001), par 50.5(b).
118. Trujillo, n. 92 (2002), pars 98, 141.2.
119. Panel, n. 76 (2001), par 229.4.
120. Molina, n. 108 (2004), par 106.7
121. Ibid, par 106.8.
122. Loayza, n. 42 (1998), pars 166-71, 192.6; Castillo Paez, n. 43 (1998), pars 103-07, 118.2; Mack, n. 101 (2003), pars 276-77, 301.6; Carpio, n. 117 (2004), par 155.2.
123. Last Temptation of Christ, n. 73 (2001), par 103.4.
124. Herrera, n. 107 (2004), pars 198, 207.10.
125. Street Children, n. 77 (2001), par 123.5.
126. Bulacio, n. 100 (2003), par 162.5.
127. Mayagna, n. 79 (2001), par 173.3.
128. Herrera, n. 107 (2004), pars 157-68, 207.5.
129. Bamaca, n. 91 (2002), pars 85, 106.4.
130. Art 2 provides in full: 'Domestic Legal Effects. Where the exercise of any of the rights or freedoms referred to in Article 1 is not already ensured by legislative or other provisions, the States Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional processes and the provisions of this Convention, such legislative or other measures as may be necessary to give effect to those rights or freedoms.'
131. Loayza, n. 42 (1998), par 87; Castillo Paez, n. 43 (1998), par 51; Panel, n. 76 (2001), par 203; Street Children, n. 77 (2001), par 98; Trujillo, n. 92 (2002), par 62; Mack, n. 101 (2003), par 301.1, 301.2, 301.3.
132. Eg, Trujillo, n. 92 (2002), par 96.
133. Caballero, n. 31 (1997), Dissenting Opinion of Judge A.A. Cancado Trindade, par 19.
134. Eg, Trujillo, n. 92 (2002), par 96.
135. Amparo, n. 28 (1996), pars 56-60, 64.5, and Dissenting Op of Judge A.A. Cancado Trindade.
136. Mayagna, n. 79 (2001), par 173.4.
137. Bamaca, n. 91 (2002), pars 86, 106.4; Trujillo, n. 92 (2002), pars 121, 141.5; Caracazo, n. 95 (2002), par 143.4 (a); Mack, n. 101 (2003), par 301.10; Tibi, n. 114 (2004), par 280.13; Carpio, n. 117 (2004), pars 135, 155.3.
138. Bamaca, n. 91 (2002), pars 83, 106.4.
139. Caracazo, n. 95 (2002), par 143.4 (b).
140. Ibid, par 143.4©.
141. Sanchez, n. 99, (2003), par 201.12.
142. Children's Rehabilitation Institute, n. 112 (2004), par 340.11.
143. Berenson, n. 119 (2004), par 248.6.
144. Carpio, n. 117 (2004), pars 135, 155.3.
145. Eg, Trujillo, n. 92 (2002), pars 6.2, 120-21, 141.5.
146. Plan de Sanchez, n. 116 (2004), par 108.
147. Tibi, n. 114 (2004), par 280.13.
148. Eg, Bamaca, n. 91 (2002), par 106.2.
149. Ibid, pars 75-76 (footnotes, paragraph numbers and internal quotations omitted).
150. Velasquez, n. 7 (1989).
151. Mack, n. 101 (2003).
152. Velasquez, n. 7 (1989), par 60.1.
153. *Velasquez-Rodriguez v. Honduras*, Interpretation of the Compensatory Damages Judgment, Judgment of 17 August 1990, Series C, n. 9.
154. Eg, Mack, n. 101 (2003), pars 301.13 and 301.18.
155. Velasquez, n. 7 (1989), par 7.
156. Ibid, pars 8 and 9.
157. *Velasquez-Rodriguez*, Judgment of 29 July 1988, Series C, n. 4, par 174.
158. Velasquez, n. 7 (1989), pars 9, 32-36 and 60.
159. See generally D. CASSEL, 'Peru Withdraws from the Court: Will the Inter-American Human Rights System Meet the Challenge?', (1999) 20 *HRLJ* (Human Rights Law Journal) 167.
160. Mack, n. 101 (2003), pars 250-54.
161. Pars 301.13 and 301.14.
162. Pars 301.4 – 301.12 and 301.15 – 301.19.
163. Pars 273-74, 301.5.
164. Pars 276, 301.6.
165. Par 283.
166. See also, eg, Caballero, n. 31 (1997), par 58 (Commission requests for public apology,

- support for a college named for victim, human rights dissemination program).
167. Benavides, n. 38 (1998), par 48.5, op par 3.
168. Barrios, n. 87 (2001), pars 50.1, 50.3, 50.4, and 50.5 (d), (e) and (f).
169. Annual Report of the Inter-American Court of Human Rights 1996 (1997), Appendix XXVII.
170. See, eg, Orders of the Court in the section on 'Compliance with Judgment' on the Court's web site. <http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/OASpage/humanrights.htm> (last visited Jan 4, 2005); see also *Baena Ricardo et al. v. Panama*, Competence, Judgment of Nov 28, 2003, par 102 and n 43 and cases cited therein. A notable exception is Trinidad and Tobago, which declined to comply with judgments in death penalty cases. See *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago*, Compliance with Judgment, Order of the Inter-American Court of 27 November 2003, accessible at the foregoing web address.
171. Eg, *Villagran Morales et al. v. Guatemala* (the 'Street Children' case), Compliance with Judgment, Order of 27 November 2003.
172. Convention art 62.
173. The 21 States accepting the Court's contentious jurisdiction now include Argentina, Barbados, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Suriname, Uruguay and Venezuela. See table and notes at <http://www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.saj.oas.org> (visited Nov 9, 2004).
174. See generally, D.CASSEL, 'La lucha contra la impunidad ante el sistema interamericano de derechos humanos,' in J.Mendez, M. Abregu and J. Mariezcurrena (eds), *Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone*, Inter-American Institute of Human Rights, San Jose, 2001, p 357.
175. Amparo, n. 28 (1996), par 34.
176. See, eg, concurring opinions of Judge Cancado Trindade in Amparo, n. 28 (1996); Loayza, n. 42 (1998) (jointly with Judge Abreu Burelli); Cantoral Benavides, n. 88 (2001); and Bulacio, n. 100 (2003); and of Judge Garcia Ramirez in Bamaca, n. 91 (2002) and Plan de Sanchez Massacre, n. 116 (2004), pars 15-30.
177. Bamaca, n. 91 (2002), Concurring Opinion of Judge Sergio Garcia Ramirez, at 1.
178. Bulacio, n. 100 (2003), Reasoned Opinion of Judge A.A. Cancado Trindade, par 25.
179. Ibid par 40.
180. Bamaca, n. 91 (2002), Concurring Opinion of Judge Sergio Garcia Ramirez, at 1.
181. Street Children, n. 77 (2001), Separate Opinion of Judge A.A. Cancado Trindade, par 37.
182. C. M. VILLASENOR, 'Pide Perdon por crimen,' *Prensa Libre*, Guatemala, 23 April 2004 (accessible at www.prensalibre.com, visited Nov 10, 2004).

A REFORMA DO JUDICIÁRIO E OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS

FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

Presidente do Tribunal de Justiça do Ceará; Mestre em Direito Público e Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal do Ceará.

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

Cumpre-nos, inicialmente, fazer uma breve incursão em torno das expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, as quais, não obstante sejam usadas comumente como sinônimas, reportam-se a significados distintos, sendo o termo “direitos fundamentais” empregado para aqueles direitos do homem reconhecidos e positivados no Estatuto Político de um determinado Estado, enquanto que a expressão “direitos humanos” diz respeito àqueles direitos constantes de documentos internacionais, por referir-se, como bem esclarece Ingo Wolfgang Sarlet, *“àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)”*¹. Admitir essa diferença não significa desconhecer a íntima relação existente entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, até mesmo porque as Constituições promulgadas no segundo pós-guerra buscaram inspiração na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e em outros instrumentos de Direito Internacional para elaborarem seus catálogos de direitos fundamentais. Aliás, o que se tem observado, modernamente, é uma aproximação e harmonização cada vez maior entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, gerando o fenômeno da internacionalização do Direito Constitucional ou da constitucionalização do Direito Internacional, rumo ao que já está sendo denominado (notadamente no campo dos direitos humanos e fundamentais) de Direito Constitucional Internacional.²

Efetivamente, quer-nos parecer que a melhor terminologia é a expressão “direitos humanos fundamentais”, que vem sendo utilizada por alguns autores³, porquanto, embora não tenha esta o condão de eliminar a distinção que se faz entre direitos humanos e direitos fundamentais, ressalta a fundamentalidade material dos direitos humanos, de matriz internacional, direitos estes que, graças ao mencionado fenômeno da internacionalização do Direito Constitucional ou vice-versa, estão com muita frequência sendo formalmente acolhidos pelas Constituições contemporâneas, que os vêm incorporando em seus textos, no reconhecimento da necessidade de proteger certos valores e reivindicações essenciais a todos os seres humanos⁴, razão pela qual achamos por bem adotar tal nomenclatura neste nosso estudo.

Feitas essas breves considerações, impende recordar que as idéias que deram origem à noção de direitos fundamentais são bem mais antigas do que o surgimento do constitucionalismo, que veio consagrar nos textos das Cartas Políticas um rol mínimo desses direitos, objetivando limitar os abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas. Entretanto, a proclamação dos direitos fundamentais do homem, de maneira explícita nas declarações de direitos e sua inserção nas Constituições, é algo recente, tendo assentado-se após a Segunda Grande Guerra Mundial, com o despertar da comunidade internacional para o sentimento de que a proteção dos direitos da pessoa humana há de ser objeto de preocupação internacional. É que as atrocidades perpetradas pelos regimes fascista, stalinista e nazista foram reconhecidas não só como uma violência moral a escandalizar a consciência humana, mas, acima de tudo, representaram uma ameaça à paz mundial, comprometendo a estabilidade das relações internacionais. Todavia, dita proclamação está longe de esgotar as possibilidades de surgimento de novos direitos. Isto porque, à proporção em que a sociedade evolui, ante os avanços tecnológicos, surgem novos

interesses para a humanidade. Infere-se, pois, não serem estáticos os direitos do homem diante das contingências históricas de uma determinada civilização.

A esse respeito, assevera Norberto Bobbio que *“o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para realização dos mesmos, das transformações técnicas etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações”*.⁵

Conclui, por fim, o ilustre filósofo, não ser difícil que, no futuro, possam emergir novas pretensões impossíveis de ser, no momento, cogitadas.

Em verdade, os direitos fundamentais foram, inicialmente, concebidos como direitos da liberdade, diziam respeito aos direitos civis e políticos do indivíduo, oponíveis ao Estado. A preocupação era resguardar a liberdade do cidadão perante o poder estatal absoluto, ao mesmo tempo em que o fazia partícipe do poder político.

Em seguida, com a chamada revolução industrial, o homem passa a se desenraizar de sua terra e a enfrentar a agitação das cidades afetadas pelo progresso tecnológico, onde lhe é assegurada participação em outros espaços do espectro social, que vão desde as fábricas aos partidos políticos. Nesse novo ritmo de vida, o homem começa a visualizar o horizonte de bem-estar material desenhado pela sociedade moderna. É nessa quadra que nascem os denominados direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os chamados direitos coletivos, introduzidos nas distintas formas de Estado social.

Esses direitos, ao contrário dos direitos da liberdade, que se contrapõem ao super-poder do Estado, requerem, para sua efetivação, uma maior amplitude do poder estatal. Os direitos individuais passam a ser encarados não mais como valores absolutos, no momento em que se lhes reconhece, de forma geral, uma função social.

Já no crepúsculo do século XX surgem os chamados direitos fundamentais de terceira e até mesmo de quarta geração, não mais com o escopo de proteger interesses individuais ou sociais, porém com intuito de preservar o próprio gênero humano, como valor supremo de sua existência terrena,

garantindo-lhe, dentre outros, o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente sadio, à comunicação, à autodeterminação dos povos. Esses direitos, como ensina Celso Lafer, *“têm como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade”*.⁶

Os direitos fundamentais tornam-se, com o transcorrer dos tempos, cada vez mais uma universalidade presente em inúmeros tratados internacionais, que, aos poucos, vão-se incorporando ao direito interno dos Estados, que se obrigam perante a comunidade internacional a melhorar as condições de vida de seu povo, respeitando aqueles direitos essenciais ao homem, não importando sua nacionalidade, raça, sexo, cor ou idade, pois o que o faz titular de tais direitos é única e exclusivamente a sua condição de pertinência ao gênero humano. Daí afirmar Fábio Konder Comparato, com muita propriedade, que *“todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”*.⁷

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

No Brasil, o processo de redemocratização iniciado em 1985, após 21 anos de regime de exceção, instaurado com o golpe militar de 1964, culminou com refazimento do pacto político-social, resultando na promulgação da Constituição de 1988, que serve de marco jurídico do reencontro da nação com a democracia. A partir daí, verifica-se o desabrochar de um processo cada vez mais intenso de ratificação, pelo Brasil, de inúmeros tratados internacionais globais e regionais visando à proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Dessa forma, a atual Carta da República não só instituiu um regime político democrático, como promoveu um inegável avanço no campo dos direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que os direitos humanos assumem extraordinário relevo na nova ordem constitucional, sem precedentes na história do constitucionalismo brasileiro.

A começar de seu preâmbulo, a Constituição deixa de logo estampado o compromisso ideológico e doutrinário com os direitos humanos

fundamentais como alicerce básico do Estado democrático de direito, ao anunciar que este se destina “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos...”.

No seu art. 1º, a Carta de 1988 anuncia como princípios fundamentais do Estado democrático de direito da República Federativa do Brasil, entre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (incisos II e III). Esses dois princípios irmanados revelam que não há Estado democrático de direito sem direitos fundamentais, assim como não existem direitos fundamentais sem democracia; em que sejam assegurados não só os direitos civis e políticos guiados pelo princípio básico da liberdade, mas também os chamados direitos sociais, fundados no postulado da igualdade, sem os quais a dignidade da pessoa humana não passaria de mera retórica.

A cidadania, como princípio básico do Estado brasileiro, deve ser compreendida, segundo José Afonso da Silva, “num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento dos indivíduos como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º, LXXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular. E aí o termo conexas-se com o conceito de soberania popular (parágrafo único do art. 1º), com os direitos políticos (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta essencial do regime democrático”.⁸

Por outro lado, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de direito deve ser tomada, consoante observa Flávia Piovesan, “como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”.⁹

De igual modo, leciona Jorge Miranda “que a Constituição, a despeito de seu carácter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”. E diz mais o ilustre constitucionalista lusitano: “Pelo menos, de modo directo e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos, sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas. Mas quase todos os outros direitos, ainda quando projectados em instituições, remontam

também à ideia de protecção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve perder de vista esse referencial”.¹⁰

De fato, os valores constitucionais que compõem o arcabouço axiológico destinado a embasar a interpretação de todo o ordenamento jurídico, inclusive servindo de orientação para as demais normas legislativas, hão de repousar no princípio do respeito à dignidade humana, porquanto o homem é, em última análise, o verdadeiro titular e destinatário de todas as manifestações do poder.

A Constituição de 1988, igualmente, em seu art. 3º, pela vez primeira, consigna os objetivos do Estado brasileiro, consistentes na construção de uma sociedade livre, justa e solidária; na garantia do desenvolvimento nacional; na erradicação da pobreza e da marginalização e na redução das desigualdades sociais e regionais; e na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como ressalta José Afonso da Silva, “é a primeira vez que uma Constituição assinala, especificamente, objetivos do Estado brasileiro, não todos, que seria despropositado, mas os fundamentais, e entre eles, uns que valem como base das prestações positivas que venham a concretizar a democracia econômica, social e cultural, a fim de efetivar na prática a dignidade da pessoa humana”.¹¹

Examinando os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil, consignados nos arts. 1º e 3º de nossa Carta Política, fácil é concluir que o constituinte de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como um valor essencial, o qual confere unidade e sentido ao texto constitucional vigente, de modo a imprimir-lhe feição particular e inconfundível, que há de perpassar todo o sistema constitucional vigente, servindo de norte para a interpretação das demais normas que o compõem.

No afã de resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana, o texto constitucional estabelece o primado dos direitos fundamentais, ao consagrar, em seus primeiros capítulos, um avançado elenco de direitos e garantias individuais, antecipando-os à estruturação do Estado, numa intenção clara de demonstrar a preeminência de tais direitos, ao mesmo tempo em que os alça ao patamar de cláusula pétrea, nos termos de seu art. 60, § 4º, inciso IV. Fica, pois, evidente a vontade constituinte de priorizar os direitos humanos fundamentais como traço peculiar da Lei Suprema em vigor, o que não pode ser menosprezado pelo intérprete, sob pena de este jamais alcançar o autêntico espírito da Constituição.

De outra parte, a Carta de 1988 inova ainda, quando amplia o rol dos direitos e garantias fundamentais, para incluir no catálogo de seu Título II não só os tradicionais direitos civis e políticos do cidadão, como também os direitos sociais, os quais, nas Constituições anteriores, se espalhavam de maneira dispersa no campo das chamadas normas programáticas, compreendidas na órbita da ordem econômica e social. Nessa nova dimensão, há de reconhecer o hermeneuta que a nossa Lei Maior acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, que concilia a liberdade com a igualdade, não havendo por que divorciar os direitos individuais dos direitos sociais,¹² consoante orientação da Organização das Nações Unidas, que considera os direitos civis e políticos indissociáveis dos direitos econômicos e sociais, possuindo todos o mesmo nível de obrigatoriedade.

Nessa ótica, leciona, com justificada razão, Paulo Bonavides que, *“em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título II da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60”*. Em seguida, aduz o ilustre lente da Universidade Federal do Ceará: *“tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, jacente na índole, espírito e natureza de nosso ordenamento maior, padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade, e como inconstitucionais devem ser declaradas por juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes incumbe, a guarda bem sucedida e eficaz da Constituição”*. Demais, continua Bonavides, *“uma linha de eticidade vincula os direitos sociais ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual lhes serve de regra hermenêutica. Urge, por conseguinte, interpretar tais direitos de um modo que se lhes reconheça o mesmo quadro de proteção e garantia aberto pelo constituinte em favor do conteúdo material do § 4º do art. 60, ao qual eles pertencem pela universalidade mesma da expressão direitos e garantias individuais”*.¹³

Outro ponto que merece destaque, como inovação da Constituição de 1988, é o § 1º do art. 5º, que dispõe que as regras definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. A aplicabilidade direta de tais preceitos significa que eles são imediatamente eficazes por via da própria Constituição e não meras normas de produção de outras normas.¹⁴

O princípio da aplicabilidade direta, como acentua Vieira de Andrade, *“vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua ‘perfeição’, isto é, a sua auto-suficiência baseada no carácter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa”*.¹⁵

3. A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO (§ 2º DO ART. 5º DA C.F.)

Passemos, a seguir, ao exame da importante novidade insculpida no § 2º do art. 5º da vigente Constituição brasileira. O citado dispositivo estabelece que os direitos e garantias expressos na 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. Desse preceito depreende-se, em primeiro lugar, ser possível a existência de outros direitos e garantias fundamentais não constantes do capítulo próprio, porém previstos em outras partes da Constituição. De segundo, os direitos garantidos nos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte se inserem no elenco dos direitos constitucionais fundamentais, tendo aplicação imediata no âmbito interno, a teor do disposto nos §§ 1º e 2º do mencionado art. 5º da Carta Magna. De outro modo, podemos afirmar que são três as vertentes dos direitos fundamentais, no nosso texto constitucional: (a) os expressos na Constituição; (b) os implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados por ela; (c) e os expressos nos tratados de direitos humanos firmados pelo Brasil.

Nesse sentido, leciona Flávia Piovesan: *“A Constituição assume expressamente o conteúdo dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que estes direitos não sejam enunciados sob forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Constituição lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo texto constitucional”*.¹⁶

Outro não é o pensamento de Antônio Augusto Cançado Trindade, ao asseverar: *“É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no*

direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista". E continua: "O disposto no artigo 5º (2) da Constituição Brasileira de 1988 vem dar testemunho disso, além de inserir-se na nova tendência de recentes Constituições latino-americanas de conceder um tratamento especial e diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é Parte os direitos neles garantidos passam, consoante os artigos 5º(2) e 5º(1) da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno".¹⁷

Todavia, esse entendimento não tem sido pacífico nem na doutrina nem na jurisprudência. Alexandre de Moraes, apoiado em reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal – que, num primeiro momento, chegou a conceber a primazia dos tratados internacionais sobre o direito interno ordinário, para assentar depois, por ocasião de outros julgamentos, tendo como *leading case* o Recurso Extraordinário n. 80.004, que eles são paritários à legislação comum, prevalecendo o entendimento de que a norma posterior revoga a anterior, seja esta interna ou internacional – entende que os tratados internacionais de direitos humanos ingressam na ordem jurídica interna brasileira como atos normativos infraconstitucionais, de hierarquia idêntica às leis ordinárias, sendo os eventuais conflitos entre essas normas resolvidos pelo critério cronológico ou pelo princípio da especialidade.¹⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, igualmente, adota esse posicionamento, argumentando que o dispositivo constitucional em questão significa simplesmente que a Constituição brasileira, ao enumerar os direitos fundamentais, não pretende ser exaustiva, porém a norma proveniente de tratados continua a ter hierarquia de lei ordinária e não de regra constitucional.¹⁹

José Afonso da Silva, seguindo os passos de Flávia Piovesan, Antônio Augusto Cançado Trindade e outros doutrinadores, ao analisar a matéria, conclui que a incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos na Constituição brasileira tem amplas conseqüências, dentre as quais, destaca o alargamento do campo constitucional desses direitos, a concepção monista no que tange aos direitos humanos e o fato do desrespeito a uma norma internacional de direito humano corresponder a uma violação de Direito Constitucional, podendo ser objeto direto de conhecimento judicial. Diz mais que, *"no caso dos tratados de direitos humanos, têm estes vigência interna imediata, sem intermediação legislativa; ingressam na ordem jurídica nacional no nível das normas constitucionais e, diretamente, criam situações jurídicas subjetivas em favor de brasileiros e estrangeiros residentes no país".²⁰*

Celso Ribeiro Bastos, palmilhando a mesma trilha, assevera não ser mais possível, à luz do preceptivo em apreço, sustentar a tese dualista de que *"os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos para os particulares, que ficariam na dependência da referida intermediação legislativa. Doravante será, pois, possível a invocação de tratados e convenções, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade da edição pelo Legislativo de ato com força de lei voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais".²¹*

É importante salientar que a matéria, mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não se encontra pacificada, uma vez que, não obstante a corrente majoritária defenda a paridade hierárquica entre o tratado e a lei ordinária²², existem posições favoráveis ao *status* constitucional dos tratados de direitos humanos²³, bem como em favor da hierarquia supralegal, embora infraconstitucional destes tratados²⁴.

A respeito deste debate, de há muito temo-nos filiado àqueles que consagram a tese da hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos²⁵, por entender que ela é mais consentânea com o princípio basilar da prevalência dos direitos humanos que rege a República Federativa do Brasil em suas relações internacionais, nos termos do art. 4º, inciso II, de nossa Carta Política, ao mesmo tempo em que consagra a interpretação que mais se ajusta ao princípio da máxima efetividade, segundo o qual a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que lhe dê maior eficácia. Dito princípio, como adverte Gomes Canotilho, *"é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que*

reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)".²⁶

Deveras, não se pode perder de vista que, ao se interpretar a Constituição, deve-se dar o máximo de eficiência às suas normas, porquanto isto significa realizá-la concretamente. Conforme observa Konrad Hesse, "*a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação*".²⁷

Ademais, essa posição é a que mais se coaduna com um dos fundamentos do Estado brasileiro, que é a dignidade humana (art. 1º, III), e com o fenômeno da globalização surgido no final do século XX, que traz reflexos imediatos no conceito tradicional de soberania, o qual não pode mais ser concebido de forma absoluta, necessitando sofrer um processo de relativização, não para fazer prosperar o neoliberalismo, mas para combatê-lo com a afirmação da ideologia dos direitos humanos no seu sentido global, impedindo que a globalização econômica continue a se expandir sem obedecer a qualquer parâmetro ético ou jurídico, contribuindo para agravar as desigualdades sociais, mantendo privilégios, fruto da riqueza mal distribuída.

Na realidade, a globalização que se almeja prevalecer é a da solidariedade entre os povos, é a do respeito à pessoa humana, é a que coloca o homem como centro da modernidade e razão última da sociedade e do Estado. Essa é a única globalização que verdadeiramente interessa aos povos da periferia, sobre a qual, no dizer de Paulo Bonavides, "*não tem jurisdição a ideologia neoliberal*".²⁸

É preciso, portanto, que o Direito Internacional e o Direito Constitucional se adaptem a essa nova realidade, pois se deixarmos o neoliberalismo sem controle, estaremos fadados a assistir, como proclama Celso de Albuquerque Mello, os direitos humanos econômicos e sociais serem maciçamente violados, com milhões de indivíduos vivendo abaixo da linha de pobreza, enquanto alguns milhares viverão de forma nababesca.²⁹

4. A REFORMA DO JUDICIÁRIO E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Com esse sentimento de conferir maior realce à proteção dos direitos humanos e de por fim às discussões travadas na doutrina e na jurisprudência relativas ao *status* dos tratados e convenções

internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro, a Emenda Constitucional n. 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004 e publicada no dia 31 daquele mesmo mês e ano, por meio da qual se promoveu a denominada "Reforma do Poder Judiciário", cuidou de acrescentar um § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte:

"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."

A alteração procedida, a pretexto de pôr cabo às contendas reportadas acerca da hierarquia normativa dos tratados e convenções de direitos humanos, parece-nos longe de alcançar seu desiderato, visto que já começam a surgir, no âmbito da doutrina, vários questionamentos interpretativos concernentes ao novo tratamento constitucional dispensado aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos incorporados ao nosso direito interno.

A grande questão que emerge diz respeito à posição dos tratados e convenções sobre direitos humanos já ratificados pelo Governo brasileiro. Seriam estes recepcionados como lei federal, já que não foram aprovados pelo *quorum* qualificado? Poderiam tais tratados ser submetidos a novo *referendum* congressional, objetivando obter o *quorum* especial?

Em verdade, a redação do dispositivo em apreço poderá induzir à conclusão de que somente os tratados aprovados com *quorum* especial teriam valor hierárquico de norma constitucional, o que significaria que os ratificados antes da promulgação da Emenda n. 45/2004 seriam recepcionados como lei ordinária. Essa parece ser a compreensão de Carmem Tibúrcio, ao proclamar que o texto introduzido pela reforma não deixa dúvidas de que unicamente os atos normativos internacionais submetidos ao *quorum* privilegiado teriam a hierarquia das emendas constitucionais, enquanto os aprovados por maioria simples adquiririam apenas o *status* de lei ordinária, assim como aqueles chancelados anteriormente, os quais permaneceriam tendo paridade com a lei comum.³⁰

Analisando a matéria, Pedro Bohomoletz de Abreu Dallari destaca a fórmula argentina adotada por ocasião da reforma de 1994, a qual não só estabeleceu mecanismo para a constitucionalização dos tratados vindouros, como equacionou a situação dos anteriores, conferindo-lhes a condição de norma

constitucional, o que não ocorre com a Emenda n. 45/2004, que é omissa quanto a atribuir dimensão constitucional aos tratados de direitos humanos que lhe são anteriores. Dita omissão e a exigência de *quorum* maior acabam por aparentar, na visão do citado autor, um endosso à “*interpretação de que as disposições do § 2º do art. 5º, vigentes desde a promulgação da Constituição, 1988, não teriam o condão, por si sós, de gerar para os tratados nessa matéria os efeitos de norma da Constituição.*” Assim, conclui que a decisão do Congresso Nacional voltada, em princípio, para conferir maior relevância às normas internacionais de direitos humanos, findou por comprometer seriamente a tese mais favorável à promoção dos direitos da pessoa humana.³¹

Ainda sobre o assunto, José Carlos Francisco, embora admita ser sustentável a alteração daqueles que negam a recepção dos tratados anteriores à Emenda n. 45/2004 como normas constitucionais, receia que essa não seja a melhor conclusão diante do princípio da máxima efetividade, pelo qual o operador do direito deve primar por dar maior aplicabilidade concreta aos comandos constitucionais, principalmente, aqueles atinentes aos direitos humanos. Neste contexto, entende que negar hierarquia constitucional aos atos internacionais incorporados ao direito interno brasileiro (atribuindo-lhes força normativa de lei ordinária) significa violentar a própria lógica que impulsionou o constituinte reformador a introduzir o § 3º no art. 5º da Lei Fundamental, vale dizer, os imperativos que exigem a concreção dos direitos humanos, afastando suas previsões normativas do alcance do legislador ordinário, conferindo nível constitucional aos diplomas internacionais já ratificados pela ordem jurídica brasileira, como imperativo de um dos princípios que orientam as nossas relações internacionais, conforme dispõe o art. 4º, inciso II, da Carta da República, ou seja, a prevalência dos direitos humanos.³²

A polêmica, porém, não para por aí. Há autores que proclamam, inclusive, a inconstitucionalidade do § 3º acrescentado ao art. 5º, como é o caso de Luiz Alexandre Cruz Ferreira e Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega, os quais, alinhados à corrente doutrinária que entende possuírem os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, ratificados antes da edição da Emenda n. 45, *status* de normas constitucionais, por força do § 2º do art. 5º, sustentam que a reforma trouxe um verdadeiro revés para essa tese, uma vez que vozes retrógradas certamente se levantarão para defender que esses diplomas não podem ter força constitucional pelo fato de não haverem sido submetidos ao *quorum* exigido pela emenda, o que

corresponderia a uma violência contra o constituinte originário, que manifestou explicitamente sua opção pela preservação dos direitos humanos, independentemente de sua fonte, mormente, levando-se em conta a inexistência de previsão legal para que um tratado em vigor seja novamente colocado em votação no Congresso Nacional, única e exclusivamente para aumento do *quorum*. Relembrem que os direitos humanos pertencem ao núcleo fundamental da Constituição, portanto, são cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos por emendas constitucionais, consoante dispõe o art. 60, § 4º, inciso IV, da Carta Federal, o que torna a reforma procedida flagrantemente inconstitucional, por haver imposto gravames ao sistema de proteção dos direitos humanos.³³

No que se refere à possibilidade de os tratados em vigor antes da reforma virem a ser submetidos a novo *referendum* do Parlamento, visando à obtenção do *quorum* qualificado, Valério de Oliveira Mazzuoli admite que, em tese, o mencionado § 3º seja aplicado aos tratados ratificados anteriormente à edição da Emenda 45, haja vista que a disposição em causa não faz nenhuma ressalva quantos aos compromissos antecedentemente assumidos pelo Brasil em sede de direitos humanos, bem como não induz em oportunidade alguma o entendimento de que estará regendo situações pretéritas, o que o preceptivo aparentemente faz, segundo citado autor, “*é tão-somente permitir que o Congresso Nacional, a qualquer momento (antes de sua ratificação ou mesmo depois desta), atribua aos tratados de direitos humanos o caráter de emenda constitucional.*”³⁴

Creemos ser pouco provável e até mesmo despropositado que esses tratados sejam novamente submetidos ao crivo do Congresso Nacional tão-somente para efeito de alcançar o *quorum* especial e se equipararem às emendas constitucionais. O que se observa, de fato, é que o constituinte reformador não foi bem sucedido em seu intuito de resolver de uma vez por todas a querela jurisprudencial e doutrinária pertinente à incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro. Teria agido melhor se tivesse seguido o exemplo de outras Constituições latino-americanas e do mundo, determinando expressamente, como sugere Valério de Oliveira Mazzuoli, “*que todos os tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, aplicação imediata, e ainda prevalência sobre as normas constitucionais no caso de serem suas disposições mais benéficas ao ser humano.*”³⁵

Realmente, não havendo o legislador constitucional derivado sido explícito no reconhecimento do *status* constitucional dos

documentos internacionais de direitos humanos já ratificados pelo Estado brasileiro, é muito provável que persista a interpretação equivocada no que toca ao grau hierárquico conferido pela Constituição a esses instrumentos de proteção dos direitos da pessoa humana, feita pelo Poder Judiciário, notadamente por seu órgão de cúpula, bem como por boa parte dos nossos constitucionalistas, que não têm percebido a tendência dominante de atribuir-se maior relevo às normas internacionais de direitos humanos pelo que elas, de certa forma, representam em termos de uma consciência ética universal.³⁶ Fato que não mais nos permite perder-nos no antagonismo da primazia entre a regra internacional e a norma interna, uma vez que os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos não se enquadram na moldura dos tratados clássicos, compreendendo restrições e compromissos. Os mecanismos adotados por tais diplomas transcendem aos interesses dos Estados pactuantes, na medida em que dão ênfase a interesses gerais e estabelecem obrigações a serem implementadas de forma coletiva. Daí lecionar Cançado Trindade: *“No domínio da proteção dos direitos humanos, interação o direito internacional e o direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano. A primazia é da pessoa humana”*.³⁷

Por tais razões é que as Constituições modernas têm outorgado nível constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos. Esse tratamento diferenciado se justifica, como assevera Flávia Piovesan, *“na medida em que apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados”*.³⁸

Assim, diante da novidade trazida pela disposição em foco, e levando em consideração o princípio da prevalência da regra de direito mais favorável à pessoa humana, cuja proteção à sua dignidade é a finalidade última e a razão de ser de todo o ordenamento jurídico, bem como em atenção ao espírito que animou o constituinte reformador, o qual tinha por escopo atribuir tratamento especial aos tratados de direitos humanos, enfatizando sua gradação constitucional, entendemos que a única interpretação razoável que se pode emprestar ao preceptivo em tela é aquela que afasta, de plano, a concepção de que, em face do § 3º acrescido ao art.

5º, os tratados ratificados anteriormente pelo Estado brasileiro seriam recepcionados como lei ordinária, haja vista que esses diplomas internacionais, por força do disposto no art. 5º, § 2º, já são materialmente constitucionais, pois é a própria Carta Magna que os inclui em seu catálogo de direitos fundamentais, concedendo-lhes hierarquia de norma constitucional, independente do *quorum* de sua aprovação. Esse *quorum* qualificado serve tão-somente para atribuir-lhes eficácia formal. Em outras palavras: o novo dispositivo reconhece a natureza materialmente constitucional de todos os tratados de direitos humanos. Todavia, para que eles tenham assento formal na Constituição é necessário que obtenham o *quorum* privilegiado de três quintos de cada Casa do Congresso Nacional, o mesmo exigido para a aprovação das emendas constitucionais, nos moldes do art. 60, § 2º, da Lei Suprema, equiparando-se a elas, razão pela qual passam a integrar formalmente a Carta de 1988.³⁹

Destarte, com o advento do § 3º do art. 5º, surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: (a) os materialmente constitucionais; e (b) os material e formalmente constitucionais. Os primeiros são os que integram o bloco de constitucionalidade material da Constituição, ao passo que os segundos são aqueles que, além de materialmente, ingressam formalmente no texto constitucional, uma vez que foram aprovados pelo *quorum* especial reportado, equivalendo-se às emendas constitucionais.

Nessas condições, embora todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados na gradação de norma constitucional, essa divisão em duas categorias implica diversidade de regime jurídico atinente ao instituto da denúncia, que é o ato unilateral pelo qual o Estado se retira do tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais são suscetíveis de ser denunciados, os material e formalmente constitucionais, ainda que prevejam expressamente a hipótese de denúncia, essa não poderá ser realizada, uma vez que tais documentos equivalem a emendas constitucionais, e, por tratarem de matéria de direitos humanos, são cláusulas pétreas, não podendo ser suas normas abolidas.

Efetivamente, os direitos da pessoa humana enunciados nos tratados internacionais, tal como os demais direitos e garantias fundamentais enumerados no texto constitucional, constituem cláusula pétrea, não podendo ser suprimidas por meio de emenda constitucional, em consonância com o preceituado no art. 60, § 4º, inciso IV, da Lei Maior. No entanto, não obstante os direitos humanos consubstanciados nos tratados internacionais de que o Brasil é parte sejam

alcançados pelas cláusulas pétreas, que resguardam o núcleo material da Constituição, no qual se enfeixam seus valores básicos, tais tratados podem ser denunciados pelo Estado signatário. Assim sendo, os direitos internacionais são passíveis de ser subtraídos pelo mesmo Estado que os incorporou. Eis que os direitos humanos internacionais, neste aspecto, apresentam natureza diferenciada dos demais direitos fundamentais catalogados na Lei Máxima.⁴⁰

No caso, porém, dos tratados material e formalmente constitucionais, não se admite sejam eles denunciados, uma vez que os direitos neles consagrados não só tomam assento constitucional pela matéria que veiculam, mas, igualmente, por sua equiparação às emendas à Constituição, fato que os fazem ingressar na ordem constitucional, não só no campo material, como também no formal, não podendo, desse modo, ser subtraídos, ainda que a possibilidade de denúncia esteja prevista neles próprios, pois é como se o Estado houvesse renunciado a esta prerrogativa, em virtude do constitucionalismo formal de que se reveste esse tipo tratado na esfera do direito interno.⁴¹

5. CONCLUSÃO

Para concluir, reiteramos que a Constituição de 1988, marco jurídico do reencontro da nação com a democracia, após longo período de arbítrio, inaugurado com o golpe militar de 1964, promoveu indiscutível avanço na órbita dos direitos e garantias fundamentais, sem precedente no constitucionalismo brasileiro, deixando evidenciado em seu texto o inarredável compromisso com a promoção dos direitos da pessoa humana. A par disso, após sua promulgação deparamo-nos com um saudável e intenso processo de ratificação de tratados e convenções internacionais de proteção dos direitos humanos.

Esse caráter compromissório da Carta Política em vigor com a efetivação dos direitos humanos fundamentais revela-se nitidamente, quando ela, seguindo o exemplo de outras Constituições posteriores ao segundo pós-guerra, concede, nos termos de seu art. 5º, § 2º, nível constitucional às normas de direitos humanos contidas nos tratados em que o Brasil figura como parte, além de acolher o princípio da prevalência, nessa matéria, da regra que for mais favorável ao ser humano (art. 4º, II), num reconhecimento de que a dignidade humana está acima de qualquer valor ou direito estabelecido pelo homem, e cuja proteção é a finalidade e razão última de todo ordenamento jurídico.

Apesar da clareza dos citados dispositivos, mentes conservadoras, tanto nos pretórios como na doutrina, teimam em asseverar que esses documentos supranacionais ingressam em nossa ordem jurídica na gradação de lei ordinária, ignorando a tendência dominante de atribuir-se maior destaque às normas internacionais de direitos humanos pelo que elas, de certa forma, representam em termos de uma consciência ética universal. Continuam não percebendo que os tratados de direitos têm um caráter especial, que os diferencia dos tratados comuns, posto que estes objetivam o equilíbrio e a reciprocidade das relações entre os Estados-partes, ao passo que aqueles transcendem aos simples compromissos mútuos entre os Estados contratantes, haja vista buscarem proteger os direitos do homem e não as prerrogativas do Estado. Enfim, não conseguem vencer os obstáculos do passado, para reconhecer que o homem é também sujeito de direito na esfera internacional, pois o direito existe para regular a vida entre os homens, eis porque, como ensina Celso D. de Albuquerque Mello, não poderia o Direito das Gentes negar ao indivíduo subjetividade internacional, sob pena de desumanizar o Direito Internacional e transformá-lo em um conjunto de normas ocas sem qualquer aspecto social.⁴²

Com efeito, a reforma procedida na Carta de 1988 pela Emenda n. 45/2004, com a introdução do § 3º ao art. 5º, em que pese a inegável intenção do constituinte derivado de priorizar e fortalecer a proteção dos direitos da pessoa humana, não foi bem sucedida, ao que nos parece, no que tange a pôr termo ao debate acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, pois a ambigüidade do texto inovador, conforme demonstrado, não nos garante que os equívocos hermenêuticos sejam de uma vez por todas debelados, à mingua de uma redação que pudesse conferir interpretação autêntica ao § 2º do art. 5º, vigente desde a promulgação da Constituição, consoante propõe Valério de Oliveira Mazzuoli, na qual ficasse consignado que os tratados internacionais de que trata o mencionado preceptivo, uma vez ratificados, incorporam-se automaticamente à ordem interna em grau de regra constitucional, prevalecendo suas disposições mais benéficas ao ser humano, às normas estabelecidas por esta Constituição.⁴³

Destarte, não será surpresa se, por ocasião de sua aplicação por nossos juízes e tribunais, os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos que não tenham sido aprovados pelo *quorum* qualificado de que trata o § 3º do art. 5º, continuem a ser equiparados à legislação ordinária, permitindo-se a preterição do tratado em

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à constituição do Brasil*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2º vol., 2001.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 5ª ed. Coimbra: Almedina, 1992.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. "Tratados internacionais na emenda constitucional 45". In TAVARES, André Ramos, et alii. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 83-98.
- FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Comentários à constituição brasileira de 1988*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, vol. 1, 1997.
- FERREIRA, Luiz Alexandre Cruz & TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. "Reforma do Poder Judiciário e direitos humanos". In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et alii. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 447-466.
- FRANCISCO, José Carlos. "Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais". In TAVARES, André Ramos, et alii. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 99-105.
- HESSE, Konrad. *A Força normativa da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- MARINHO, Josaphat. "Constituição, desenvolvimento e modernidade". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 135, jul./set. 1997, pp. 83-89.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. "O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia". In SILVA, Bruno Freire & MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006, pp. 37-63.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal". In TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 1-33.
- _____. *Curso de direito internacional público*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, vol. 1, 1976.
- _____. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, tomo IV, 1993.
- MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
- PINHEIRO, Carla. *Direito internacional e direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001.
- PIOVESAN, Flávia. "Reforma do Judiciário e direitos humanos". In TAVARES, André Ramos, et alii. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Editora Método, 2005, pp. 67-81.
- _____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1997.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. "A Incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro". *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 33, n. 130, abr./jun. 1996, pp. 77-81.
- _____. "Os Direitos Fundamentais na Constituição de 88". In MORAES, Alexandre de. *Os 10 Anos da Constituição Federal*. São Paulo, Ed. Atlas, 1999, pp. 267-280.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 24ª ed., São Paulo: RT, 2005.
- _____. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

NOTAS

1. In *A Eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 31.
2. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1997; MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
3. Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005; MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.
4. A esse respeito, vede SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 33.
5. In *A Era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Ed. Campus, 1992, p.18.
6. Cf. *A Reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 131.
7. In *A Afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 1.
8. DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, 24ª ed., São Paulo: RT, 2005, pp. 104-105.
9. Cf. Op. cit., p. 59.
10. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1993, Tomo IV, pp. 166-167.
11. Op. cit., pp. 105-106.
12. Sobre o assunto, cf. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., pp. 61-62.
13. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 594-595.
14. Sobre a matéria, cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, pp. 590 e segs.
15. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987, pp. 256-257.
16. Op. cit., p.85.
17. Cf. *A Proteção internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 631-632. Vede, também, PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 52-56.
18. Op. cit., pp. 304-309.
19. Cf. *Comentários à constituição brasileira de 1988*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, vol. 1, pp. 84-85.
20. Cf. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 195-196.
21. Cf. *Comentários à constituição do Brasil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, 2º vol., pp. 423-424.
22. Cf. HC n. 72.131- RJ, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence.
23. Vede posição do Ministro Carlos Velloso, no julgamento do HC n. 82.424-RS; confira, igualmente, seu entendimento doutrinário: "Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". In *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, ano 41, n. 162, p. 39, abr./jun. 2004.
24. Vede posição do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RHC n. 79.785-RJ.
25. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. "Os Direitos Fundamentais na Constituição de 88". In MORAES, Alexandre de. *Os 10 Anos da Constituição Federal*. São Paulo: Ed. Atlas, 1999, pp. 267-269. ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. "A Incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro". In *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, ano 33, n. 130, pp. 77-81, abr./jun. 1996.
26. Op. cit., p. 233.
27. Cf. *A Força normativa da constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, pp. 22-23.
28. Op. cit., p. 524.
29. MELLO, Celso de Albuquerque. "O § 2º do art. 5º da Constituição Federal". In TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 3.
30. Cf. "A EC n. 45 e temas de direito internacional". In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et alii. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: RT, 2005, p. 126.
31. Vede "Tratados internacionais na emenda constitucional 45". In TAVARES, André Ramos, et alii. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Editora Método, 2005, p. 91.

32. Cf. "Bloco de constitucionalidade e recepção dos tratados internacionais". In TAVARES, André Ramos, et alii, Op. cit., p. 103.
33. Cf. "Reforma do Poder Judiciário e direitos humanos". In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, et alii. Op. cit., pp. 456-457.
34. "O novo § 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia". In SILVA, Bruno Freire & MAZZEI, Rodrigo. *Reforma do Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 54.
35. Op. cit., p. 48.
36. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., pp. 48-49.
37. "A Evolução da Proteção dos Direitos Humanos e o Papel do Brasil". In "A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras", IIBH, 1992, p. 34.
38. Cf. Op. cit., p. 94.
39. A esse respeito, vede PIOVESAN, Flávia. "Reforma do Judiciário e direitos humanos". In TAVARES, André Ramos, et alii., Op. cit., p. 72.
40. Cf. PIOVESAN, Flávia. Op. cit., pp. 98-99.
41. A esse respeito, vede PIOVESAN, Flávia. Op. cit., pp. 73-75; e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 57.
42. Cf. *Curso de direito internacional público*, 4ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, vol. 1, p. 416.
43. Cf. Op. cit., p. 46.
44. Cf. "Constituição, desenvolvimento e modernidade". *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 34, n. 135, jul./set., 1997, p. 88.
45. Apud LAFER, Celso. Op. cit., pp. 117-118.

LEYES DE AMNISTÍA: COMISIÓN Y CORTE INTERAMERICANAS DE DERECHOS HUMANOS

MARÍA GABRIELA SANCHO GUEVARA

Bachiller en Relaciones Internacionales, Universidad de Brasilia, Brasil; ex Pasante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, USA; Asistente de la Biblioteca Conjunta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

INTRODUCCIÓN

Según la definición de la Enciclopedia Libre Wikipedia, *“amnistía es el olvido legal de delitos, que extingue la responsabilidad de sus autores”*. Y es junto al indulto una causa de extinción de la responsabilidad penal¹. De igual manera, el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual indica que la aplicación jurídica de amnistía implica siempre la supresión de las penas aplicadas o aplicables a ciertos delitos, especialmente de los cometidos contra el Estado o de aquellos que se califican de políticos, por considerarlos circunstanciales y no producto de la maldad humana ni de las lesiones antisociales permanentes, como ocurre con delitos comunes². También suele entenderse por amnistía un acto del Poder soberano que cubre con el velo del olvido las infracciones penales de cierta clase, dando por conclusos los procesos comenzados, declarando que no deben iniciarse los pendientes o bien declarando automáticamente cumplidas las condenas pronunciadas o en vías de cumplimiento.

Por otro lado, el Conde de Peyronnet, ministro del Rey de Francia Carlos X, estableció un notable paralelo, muchas veces aún hoy en día citado con frecuencia, entre amnistía y perdón, cuyos pensamientos principales son éstos: la amnistía es olvido; perdón es indulgencia, piedad. Aquella no repone, sino borra; éste nada borra, sino que abandona y repone. La amnistía vuelve hacia lo pasado y destruye hasta el primer vestigio del mal. El perdón no va sino hacia lo futuro, y conserva el pasado cuanto lo ha producido. El perdón supone crimen; la amnistía no supone nada, a no ser la acusación. El perdón no rehabilita; antes, por el contrario añade a la sentencia del juez la confesión, al menos implícita, del sentenciado que lo acepta. La amnistía no solamente purifica la acción, sino que la destruye; no para en esto: destruye hasta la memoria y aun la misma sombra de la acción. El perdón es más judicial que político; la amnistía,

más política que judicial. El perdón es un favor aislado que conviene más a los actos individuales; la amnistía es una absolucón general que conviene más a los hechos colectivos. Y es precisamente de acuerdo al paralelo anteriormente mencionado, que podemos afirmar que la amnistía es a veces un acto de justicia y sólo alguna vez un acto de prudencia y habilidad.

POSICIÓN DE LA CIDH

Según el Informe de la CIDH sobre el Proceso de Desmovilización de las AUC de Colombia³, el derecho a la verdad no debe ser coartado a través de medidas legislativas o de otro carácter. Sobre esta misma línea de pensamiento, la CIDH ha establecido que la existencia de impedimentos fácticos o legales –tales como la expedición de leyes de amnistía– al acceso de información sobre los hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental, y que impidan poner en marcha los recursos judiciales de la jurisdicción interna, resultan incompatibles con el derecho a la protección judicial previsto en el artículo 25 de la Convención Americana. Ya que el proceso destinado a establecer la verdad requiere del libre ejercicio del derecho a buscar y recibir información, así como de la formación de comisiones investigadoras y la adopción de las medidas necesarias para habilitar al poder judicial a emprender y completar las investigaciones correspondientes. Por otro lado, algunos Estados afectados por conflictos armados internos y sus consecuencias han recurrido al dictado de leyes de amnistía al momento de implementar mecanismos de pacificación y reconciliación nacional. No en tanto, la concesión de amnistías e indultos debe circunscribirse a conductas punibles que tengan el carácter de delitos políticos o de delitos comunes conexos con aquéllos en la medida en que teniendo relación directa y estrecha con la delincuencia política, no constituyan delitos graves conforme al derecho internacional. Ciertamente, los responsables de la comisión de este tipo de crímenes no deben

beneficiarse indebidamente de causales de exclusión de la punibilidad, como la prescripción del delito y la prescripción de la pena; con el otorgamiento de asilo territorial o diplomático; con la negativa a entrega en extradición por la comisión de crímenes sancionados por el derecho internacional; o con la concesión de amnistías o indultos. En este sentido, la CIDH ha establecido de manera consistente que si bien la adopción de normas destinadas a amnistiar a los responsables del delito de alzarse en armas contra el Estado puede ser una herramienta útil en el marco de los esfuerzos por alcanzar la paz, tanto las leyes de amnistía como las medidas legislativas similares que impiden o dan por terminada la investigación y juzgamiento de crímenes de derecho internacional impiden el acceso a la justicia y hacen ineficaz la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y de garantizar su libre y pleno ejercicio.

Asimismo en el informe n. 61/01 de la CIDH, sobre el Caso 11.771 contra Chile, la CIDH resalta que algunos Estados, en busca de mecanismos de pacificación y reconciliación nacional, han dictado leyes de amnistía que dejan desamparadas a las víctimas de serias violaciones a los derechos humanos, y las privan del derecho a acceder a la justicia. La adopción y aplicación de este tipo de normas son incompatibles con las obligaciones asumidas en virtud de los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana. La compatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana ha sido examinada por la CIDH en varias oportunidades en el contexto de la decisión de casos individuales. En todos ellos, la CIDH halló que la normativa examinada amparó con la impunidad serias violaciones de derechos humanos cometidas contra personas sujetas a la jurisdicción del Estado parte en cuestión. La Comisión Interamericana ha señalado reiteradamente que la aplicación de leyes de amnistía que impiden el acceso a la justicia en casos de serias violaciones a los derechos humanos hace ineficaz la obligación de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción sin discriminación de ninguna clase, según establece el artículo 1(1) de la Convención. En consecuencia, eliminan la medida más efectiva para la vigencia de los derechos humanos, vale decir, el enjuiciamiento y castigo a los responsables⁴.

La doctrina y la práctica de la CIDH en materia de amnistías coinciden con las conclusiones del estudio sobre impunidad elaborado por el experto Louis Joinet, Relator Especial de las Naciones Unidas. En su estudio, presentado a la Comisión de Derechos

Humanos de las Naciones Unidas el 2 de octubre de 1997, el señor Joinet recomendó la adopción de cuarenta y dos principios destinados a la protección y promoción de los derechos humanos por medio de acciones tendientes a combatir la impunidad. Precisamente, el Principio 20 se refiere al deber de los Estados con relación con la administración de justicia. Joinet expresa en tal sentido que la impunidad surge del hecho que los Estados no cumplen con su obligación de investigar estas violaciones y adoptar, particularmente en el área de la administración de justicia, medidas que garanticen que los responsables de haberlas cometido sean acusados, juzgados y castigados. Surge, además, del hecho que los Estados no adoptan medidas apropiadas para proveer a las víctimas de recursos efectivos, para reparar los daños sufridos por ellas, y para prevenir la repetición de dichas violaciones⁵.

De igual manera, la CIDH con el fin de que se respete la Convención Americana sobre Derechos Humanos y evitar la impunidad en serias violaciones de derechos humanos, ha referido específicamente, por ejemplo en su "Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador", a la Ley de Amnistía General aplicada a los presuntos responsables del asesinato de Monseñor Romero. El 26 de marzo de 1993, dentro del término del que disponía el Presidente Cristiani para vetar la recién aprobada ley de amnistía, la CIDH manifestó al Jefe de Estado salvadoreño su preocupación de que dicha norma obstaculizara el cumplimiento de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y además recordó que debe tomarse en cuenta que el Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prohíbe que un Estado invoque unilateralmente la ley nacional como justificación para no cumplir con las obligaciones legales impuestas por un tratado internacional⁶. Además, la Comisión, en sus Informes Anuales de 1996 y 1997, ha presentado el aspecto relativo a las mencionadas leyes de amnistía, dentro del análisis general de la situación de los derechos humanos en Perú. Ya que la Comisión considera que dichas leyes intentan legalizar inválidamente la impunidad que existió en la práctica respecto a las desapariciones forzadas y otros graves delitos cometidos por agentes estatales. Por ejemplo, la Comisión ha tenido conocimiento de que los jueces del Tribunal Constitucional que fueron destituidos por el Congreso se fundamentaron en el mencionado artículo 138 de la Constitución peruana para declarar, en sentencia de fecha 27 de diciembre de 1996, que la Ley n. 26.657 no era aplicable al Presidente Alberto Fujimori⁷.

También en el informe de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos sobre Ley de Amnistía y otros aspectos de la situación de los Derechos Humanos en Perú, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluye que las leyes de amnistía en Argentina y Uruguay son “incompatible(s) con el artículo XVIII (Derecho de justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. De igual manera, el Presidente del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias y los Relatores Especiales de la Comisión de Derechos Humanos sobre la Independencia de jueces y abogados, sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, y sobre la Tortura, en comunicación dirigida al gobierno peruano el 1 de agosto de 1995, han expresado “que las leyes expedidas (Ley 26479 que concede amnistía, y Ley 26492 de interpretación de la ley de amnistía) por el Parlamento Peruano y promulgadas por... (el) Gobierno favorecen la impunidad al negar recursos eficaces a quienes hayan sido víctimas de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, son contrarias al espíritu de los instrumentos de derechos humanos, incluida la Declaración de Viena aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993”. Los mencionados expertos de la Comisión de Derechos Humanos relatan claramente que la Ley de amnistía peruana afectan normas de la Declaración sobre la Protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, de los Principios relativos a una eficaz prevención e investigación de las ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, de las Convención contra la Tortura, entre otros instrumentos internacionales⁸

En el Caso Carmelo Soria Espinoza de Chile, la CIDH mencionó que el decreto Ley n. 2.191 es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Chile en 1990 y que, en consecuencia, la sentencia de la Corte Suprema que declara constitucional y de aplicación obligatoria el decreto ley sobre amnistía, viola los artículos 1(1) y 2 de la Convención. Además, la CIDH consideró que el Estado ha dejado de cumplir con el Convenio sobre Prevención y Castigo de Delitos contra Personas Internacionalmente Reconocidas por haber adoptado el decreto ley sobre amnistía y porque sus órganos administrativos de justicia no han sancionado a los autores de los delitos cometidos en contra de don Carmelo Soria Espinoza⁹. Con relación a Chile es interesante mencionar algunos puntos del especialista en Derechos Humanos, Dr. Jose Zalaquett, el cual menciona que la transición chilena ha estado sujeta

a diversas restricciones ya que muchas veces los procesos de investigaciones sobre violaciones de derechos humanos han quedado drásticamente impedidos debido a una Ley de Amnistía que el régimen militar aprobó en 1978, cuyo efecto es la impunidad por las violaciones de los derechos humanos cometidas entre 1973, el año del golpe de estado, y 1978. Y que por lo tanto, algunas de las atrocidades que se perpetraron antes de este año y que quedaron amparadas por la ley de amnistía ciertamente se pueden caracterizar como crímenes contra la humanidad o, al menos, como análogas a dicho concepto y se podría sostener que el Estado de Chile tiene el deber de someterlas a juicio.¹⁰

Ciertamente, la CIDH considera que el Decreto-Ley de autoamnistía establece un impedimento legal para acceder a información relevante con relación a hechos y circunstancias que rodearon la violación de un derecho fundamental, y que impiden contar con recursos de la jurisdicción interna que permitan la protección judicial de los derechos fundamentales establecidos en la Convención Americana, la Constitución y las leyes. Asimismo en casos relativos a la vigencia de leyes de amnistía, la CIDH ha considerado necesario que los Estados adopten “las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante el período de facto”.¹¹

POSICIÓN DE LA CORTE IDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que los Estados parte de la Convención Americana no pueden invocar disposiciones de su derecho interno, tales como leyes de amnistía, para incumplir su obligación de garantizar el funcionamiento completo y debido de la justicia. En su sentencia en el *Caso Barrios Altos contra Perú* estableció que resultan inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte concluyó que al ser incompatibles con la Convención Americana, estas leyes de amnistía carecían de efectos jurídicos y no podían constituir un obstáculo para la investigación, identificación y castigo de los responsables de violaciones de derechos consagrados en la Convención Americana.

Asimismo, es importante mencionar que en el artículo escrito por Luis Peraza Parga, Guatemala, sobre la Corte Interamericana y la muerte de Myrna Mack Chang, éste resalta que aunque la Corte no es una supra instancia cazadora de leyes internas o un órgano supra legislativo, ésta sí tiene la capacidad de declarar normas nacionales inaplicables y sin efectos jurídicos cuando contravienen el sistema americano de derechos humanos¹².

De igual manera, la Corte Interamericana ha sentado una doctrina clara en el sentido de que una ley de amnistía no puede servir de justificación para no cumplir el deber de investigar y de conceder acceso a la justicia. Y así mismo, la Corte ha expresado que los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistía...que a juicio de esta Corte, obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia. Y es por estas razones que el argumento...en el sentido de que le es imposible cumplir con ese deber de investigar los hechos que dieron origen al presente caso debe ser rechazado¹³. En consecuencia, un Estado no puede ampararse en la existencia de disposiciones de derecho interno para eludir el cumplimiento de su obligación de investigar las violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad. Aún más, la Corte ha definido la impunidad como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana" y ha señalado que "el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles, ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares¹⁴."

De acuerdo a la ponencia del actual Juez de la Corte Interamericana, Manuel E. Ventura Robles, las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente. Además, en relación con las leyes de autoamnistía, hay que tomar en consideración que su legalidad en el plano del derecho interno, al implicar a la impunidad y la injusticia, son incompatibles con la normativa del Derecho

Internacional de los Derechos Humanos, acarreado, por lo tanto, violaciones a los derechos de la persona humana. Como es sabido, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos establece que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego la justicia y la verdad¹⁵.

De igual manera, en su voto razonado en el Caso Barrios Altos, el entonces Presidente de la Corte, Juez Antonio A. Cançado Trindade, señaló que las llamadas autoamnistías son, en suma, una afrenta inadmisibles al derecho a la verdad y al derecho a la justicia (empezando por el propio acceso a la justicia). Son ellas manifiestamente incompatibles con las obligaciones generales -indisolubles- de los Estados Partes en la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos por ella protegidos, asegurando el libre y pleno ejercicio de los mismos (en los términos del artículo 1(1) de la Convención), así como de adecuar su derecho interno a la normativa internacional de protección (en los términos del artículo 2 de la Convención). Además, afectan los derechos protegidos por la Convención, en particular los derechos a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25)¹⁶.

De esta manera y según la opinión de José E. Méndez en su artículo "Derecho a la Verdad frente a graves violaciones de Derechos Humanos" queda claro que en el ámbito interamericano, la doctrina de incompatibilidad de leyes de impunidad con las obligaciones del Estado se ha visto reforzada con las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus primeros casos contenciosos, contra Honduras y sobre desapariciones forzadas de personas. Porque aunque no hubo ocasión de pronunciarse sobre los obstáculos legales que pudieran presentar leyes internas de amnistía, la Corte ha desarrollado una teoría sobre las obligaciones afirmativas de los Estados cuando están en presencia de violaciones a la Convención de la gravedad intrínseca de las desapariciones, obligaciones que naturalmente se hacen extensivas a gobiernos sucesivos aunque estos últimos no hayan sido responsables de ellas. Justamente por tratarse de crímenes de lesa humanidad, dijo la Corte, las desapariciones hacen surgir en el Estado la obligación de investigarlas, procesar y castigar a los responsables entre los agentes del Estado, y revelar a las familias y a la sociedad todo cuanto pueda establecerse sobre la suerte y paradero de las víctimas. Además, esta obligación subsiste mientras dure cualquier incertidumbre sobre el destino de ellas. Se trata de un deber afirmativo porque se lo encuadra no sólo

en la obligación genérica de respetar los derechos sino en la de garantizar su ejercicio, conforme al art. 1.1 de la Convención Americana¹⁷.

CONCLUSIÓN

En suma, toda vez que las leyes de amnistía o las medidas legislativas de similar naturaleza tornan ineficaces y sin valor la obligación de los Estados partes de asegurar el esclarecimiento judicial de crímenes de derecho internacional, éstas resultan incompatibles con la Convención Americana, más allá de que las violaciones en cuestión puedan ser

atribuidas a agentes estatales o particulares. Además, las Leyes de Amnistía también constituyen una violación de los artículos 17 y 18 de la Declaración sobre Desaparición Forzada, que “crea una atmósfera de impunidad que puede ser conducente a nuevos actos de desaparición y a otras violaciones semejantes de los derechos humanos¹⁸”. Con esto podemos concluir que ciertamente las leyes de amnistía son incompatibles con las obligaciones internacionales del Estado si su efecto es el de crear un ambiente general de impunidad para las violaciones más serias de este tratado.

NOTAS

1. <http://es.wikipedia.org/wiki/Amnistía>
2. Cabanellas Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo I, 16ª edición, Buenos Aires, Argentina (1983).
3. <http://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia04sp/informe2.htm>
4. <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Chile11.771.htm>
5. Naciones Unidas, La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: "Cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)" preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la Resolución 1996/119 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997.
6. <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/espanol/Selsalvador37-00.html>
7. <http://www1.umn.edu/humanrts/cases/espanol/Speru44-00.html>
8. <http://www.nadir.org/nadir/initiativ/mrta/impul-e.htm>
9. <http://www.cidh.org/annualrep/2003sp/Chile.11725.htm>
10. http://www.publicacionescdh.uchile.cl/Libros/18ensayos/Zalaquett_EquilibrarImperativos.pdf
11. <http://www.cidh.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Chile11.771a.htm>
12. http://www.lainsignia.org/2003/diciembre/der_029.htm
13. Corte IDH, Caso Loayza Tamayo, Reparaciones, Sentencia del 27 de noviembre de 1998, párr. 168.
14. Corte IDH Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia del 8 de marzo de 1998, párr. 173. Ver igualmente, Caso Loayza Tamayo citado, párr. 170.
15. Manuel E. Ventura Robles. *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Acceso a la Justicia e Impunidad*. Ponencia.
16. Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C. Voto Razonado del Juez Cançado Trindade.
17. www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/Juan_E_Mendez.doc
18. <http://www.derechos.org/nizkor/peru/libros/desap/cap2.html>

sistema interamericano, em atenção ao direito fundamental inscrito agora no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, segundo o qual a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. A primeira parte destina-se à apresentação do regime jurídico da responsabilidade internacional do Estado; a segunda visa à reparabilidade das violações de direitos humanos; a terceira aborda a execução da Fazenda Pública Federal por quantia certa; e a quarta enfoca o cumprimento das decisões do sistema interamericano quanto ao pagamento de reparações pecuniárias.

A obra do Professor Antônio Augusto Cançado Trindade subjaz às presentes reflexões sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Seus escritos sobre o direito de petição individual são essenciais à compreensão do papel do particular na defesa dos direitos humanos e iluminam o funcionamento dos órgãos internacionais de supervisão; suas análises sobre o atual estágio de evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos permitem compreender na teoria e na prática as obrigações que incumbem aos Estados na proteção dos direitos humanos e os problemas que se encontram na sua concretização. Ao defender a superação do positivismo jurídico em favor do ser humano, sublinha os valores superiores comuns que dão caráter especial às convenções internacionais sobre direitos humanos. Transcendendo a reciprocidade dos compromissos convencionais tradicionais,⁴ os tratados de direitos humanos geram obrigações que são implementadas por meio de um sistema de garantia coletiva que torna os países responsáveis pela observância dos direitos humanos perante a comunidade internacional.⁵

1. O REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

1.1 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas concluiu em 2001 o projeto relativo à responsabilidade internacional do Estado.⁶ O meio século que transcorreu entre a decisão tomada em 1949 de se incluir o tema na agenda para codificação e a aprovação do projeto na 53ª sessão demonstra a complexidade do assunto e sua sensibilidade para os países. A idéia central do estudo repousa no fato de que a personalidade jurídica do Estado acarreta o dever de reparar os prejuízos causados por seus órgãos⁷ aos entes da comunidade internacional,

segundo o preceito clássico *alterum non laedere*. A imputação do Estado deriva do exercício das funções legislativa, executiva ou judiciária por qualquer órgão estatal responsável por um ato ilícito internacional.⁸ Pessoas e entidades que tenham a natureza de órgão ou que exerçam atividades delegadas também podem gerar a imputação do Estado.⁹ Independente do ordenamento interno, a responsabilidade internacional do Estado é disciplinada e sancionada pelo Direito Internacional como decorrência da igualdade soberana dos países.

Os princípios adotados pela Comissão diferem pouco dos que vigem nos sistemas jurídicos ocidentais em matéria de responsabilidade civil. Essencialmente, decorrem da regra de que toda quebra de compromisso internacional constitui ato ilícito apto a engendrar a responsabilidade estatal. A origem ou natureza do ato ilícito é irrelevante para determinar o dever de reparar, que surge tanto do inadimplemento de um tratado como da prática de um ato ilícito de tipo extracontratual.¹⁰ A obrigação de reparar complementa-se com o dever de fazer cessar os atos lesivos contínuos (*cessation*) e de oferecer garantias de não-reincidência (*non-repetition*). As causas de exoneração da responsabilidade incluem o consentimento do Estado lesado (*consent*), a autodefesa exercida de acordo com a Carta das Nações Unidas (*self-defence*), as contramedidas (*countermeasures*), a força maior (*force majeure*), o estado de perigo (*distress*) e a necessidade (*necessity*).

A Comissão consolidou o entendimento consagrado na jurisprudência internacional de que o Estado causador do dano tem o dever de proporcionar ao Estado lesado uma reparação plena (*full reparation*), sob a forma de restituição (*restitution*), indenização (*compensation*) ou satisfação (*satisfaction*), separadas ou combinadas. A restituição integral (*restitutio in integrum*) é a modalidade ideal de reparação porque consiste no restabelecimento das coisas ao *status quo ante* (Corte Permanente de Justiça Internacional: *Usine de Chorzów, acórdão de 13/9/28 sobre o mérito, p. 47*), desde que seja materialmente possível e não acarrete ao Estado responsável ônus desproporcional ao dano causado. A indenização é a reparação aplicável quando a restituição é impossível ou inadequada. O Direito Internacional garante a indenização de um Estado pelos danos causados por outro Estado (Corte Internacional de Justiça: *Gabèikovo-Nagymaros project, acórdão de 25/9/97, § 152*). Ao indicar que a indenização compreende todo prejuízo economicamente avaliável, a Comissão sufragou a total ressarcibilidade dos danos materiais causados ao Estado, bem como dos danos materiais

e morais causados aos seus agentes, incluídos os danos emergentes e os lucros cessantes. A satisfação é a alternativa à restituição e à indenização que se pode dar mediante reconhecimento do ato ilícito, expressão de pesar, pedido de desculpas ou outra manifestação apropriada que não seja desproporcional ao dano nem represente humilhação para o Estado responsável. Em geral, a satisfação é o remédio adequado para os danos que não sejam economicamente mensuráveis e que sejam considerados uma afronta ao Estado lesado.

1.2 A PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO NO CONTEXTO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO

Concebida para resguardar os países segundo o modelo vestfaliano de comunidade internacional, a teoria da responsabilidade internacional do Estado contempla apenas indiretamente os interesses dos indivíduos. Graças à proteção diplomática, o Estado tem a prerrogativa de exigir reparação de prejuízos pessoais e materiais causados por outro Estado a seus nacionais, independentemente dos danos que ele mesmo possa ter sofrido. No entanto, o recurso à proteção diplomática depende da iniciativa estatal e não constitui direito do indivíduo: o costume internacional atesta que o Estado é soberano na sua decisão de interceder por seu cidadão. Ao assumir a causa de seu nacional pelos canais diplomáticos ou por meio da ação judicial internacional, o Estado faz valer direito próprio de garantir o respeito ao Direito Internacional (*Corte Permanente de Justiça Internacional: affaire des concessions Mavrommatis en Palestine, acórdão de 30/8/24, p. 12*). Exercida no âmbito do relacionamento interestatal, a proteção diplomática requer do Estado protetor a comprovação do vínculo nacional¹¹ a fim de qualificar sua legitimidade na demanda, pois, salvo em situações excepcionais, que interesse poderia ter em proteger estrangeiro que tenha sofrido prejuízos no território de outro Estado? A exigência adicional de que a vítima busque reparação pelas vias internas administrativas e judiciais antes que o Estado da nacionalidade possa recorrer à proteção diplomática dificulta em grande medida a defesa do indivíduo, embora o costume internacional (*Corte Internacional de Justiça: Elettronica Sicula, acórdão de 20/7/89, § 50*) tenha desenvolvido a regra do esgotamento dos recursos internos para permitir ao Estado responsável sanar o prejuízo causado ao estrangeiro sem o incidente diplomático.¹² Assim limitada ao nacional residente no exterior, a proteção diplomática é mecanismo precário de defesa do

indivíduo porque não alcança o estrangeiro em outro Estado nem o nacional em seu próprio Estado.

1.3 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A proteção dos direitos humanos difere em essência da proteção diplomática. O regime de proteção objetiva¹³ que deriva dos tratados internacionais de direitos humanos obriga o Estado a respeitar os direitos fundamentais de todos os indivíduos que se encontrem sob sua jurisdição. A obrigação de defender os direitos humanos não constitui faculdade que os Estados contratam segundo o tradicional princípio de reciprocidade inerente aos tratados internacionais.¹⁴ Ao superar o paradigma da não-interferência nos assuntos domésticos, o Direito Internacional dos Direitos Humanos ultrapassou o voluntarismo estatal e colocou o ser humano no centro da proteção jurídica, dotando-o de capacidade processual para defender-se diretamente perante órgãos internacionais. Embora a Comissão de Direito Internacional sustente a complementaridade entre a proteção diplomática e a proteção dos direitos humanos,¹⁵ parte da doutrina considera os dois institutos incompatíveis.¹⁶ A decisão no recente caso *LaGrand*, em que a falta de comunicação pelos Estados Unidos à Alemanha da prisão de nacionais alemães e de sua condenação à morte implicou para a Corte Internacional de Justiça uma violação do direito dos condenados a um processo justo com base na Convenção de Viena sobre Relações Consulares, sem dúvida confirma que a proteção diplomática pode incorporar elementos de defesa dos direitos humanos.¹⁷ Ainda assim, os esforços de aproximação não podem obscurecer a maior abrangência que a proteção dos direitos humanos adquire em virtude do acesso dos indivíduos a instâncias internacionais para a defesa, em nome próprio, de direitos contra seus Estados.

O regime instaurado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos inovou na teoria da responsabilidade internacional do Estado por conferir ao indivíduo o direito de buscar reparação por violações de direitos fundamentais cometidas por seu próprio Estado.¹⁸ O Professor Antônio Augusto Cançado Trindade¹⁹ ressalta que, sendo parte irreversível do processo histórico de afirmação dos direitos humanos, o acesso direto dos particulares à justiça internacional constitui cláusula pétrea da proteção internacional dos direitos da pessoa humana, derivada de verdadeira revolução

jurídica produzida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. O substrato individualista que acompanhou a evolução dos direitos humanos desde o início da Modernidade atingiu assim o auge com a concessão ao indivíduo do direito de queixa perante órgãos internacionais e regionais de monitoramento dos direitos humanos. O direito de petição individual representa como que o epílogo de uma fase de quinhentos anos de história dos direitos humanos: superando a onipotência do Estado moderno, o indivíduo conquistou instrumentos jurídicos para defender-se em instâncias internacionais contra as arbitrariedades praticadas por seu próprio Estado.

Parece neste contexto atualmente secundário o debate de escola que consiste em determinar se o indivíduo é ou não é sujeito de Direito Internacional. Não pode haver dúvida de que o indivíduo é sujeito de direitos e obrigações no plano internacional. O argumento segundo o qual o indivíduo não pode ser considerado sujeito de Direito Internacional por lhe faltar capacidade para celebrar tratados e portanto para participar da produção do acervo normativo internacional²⁰ é incompreensível na medida em que os sujeitos de Direito Internacional não são necessariamente idênticos nem quanto à sua natureza nem quanto à extensão de seus direitos (*Corte Internacional de Justiça: reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, opinião consultiva de 11/4/49*). Os sujeitos de Direito interno que não participam do processo legislativo também são titulares de direitos e obrigações.

2. A REPARABILIDADE DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana subscreve ao princípio de Direito Internacional de que toda quebra de obrigação que tenha produzido um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente (*Corte Interamericana de Direitos Humanos: Velásquez Rodríguez versus Honduras, acórdão de 21/7/89, § 25; Godínez Cruz versus Honduras, acórdão de 21/7/89, § 23; “Cinco Pensionistas” versus Peru, acórdão de 28/2/03, § 173*). A reparação é o termo genérico de responsabilização do Estado que compreende a restituição integral, a indenização, a satisfação e outras espécies possíveis de ressarcimento (*Corte Interamericana de Direitos Humanos: Loayza Tamayo versus Peru, acórdão de 27/11/98, § 85*). Embora a restituição integral seja a forma ideal de reparação, porque devolve as coisas ao estado anterior ao cometimento do ato ilícito,²¹ a indenização constitui a modalidade usual de reparação de danos

causados a particulares (*Corte Permanente de Justiça Internacional: Usine de Chorzów, acórdão de 13/9/28 sobre o mérito, pp. 27-28*).

A reparabilidade dos prejuízos decorrentes da violação de direitos humanos encontra amparo nos instrumentos internacionais e regionais de proteção dos direitos humanos. O Comitê de Direitos Humanos recomenda o cumprimento de reparações que incluem o pagamento de compensações ditadas pelo art. 9º.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que garante a reparação a qualquer pessoa vítima de prisão ilegal (*Comitê de Direitos Humanos: comunicado n. 971/2001 de 13/4/05 sobre o Uzbequistão; comunicado n. 973/2001 de 13/4/05 sobre o Tadjiquistão*). Os tratados regionais possuem dispositivos de alcance amplo que funcionam como cláusulas gerais de reparação. O art. 63.1 da Convenção Americana dispõe: “Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegido nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”. O art. 41 da Convenção Européia de Direitos Humanos estabelece: “Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às conseqüências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário”. O art. 27.1 do Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos determina: “Quando estimar que houve uma violação de um direito humano ou dos povos, a Corte ordenará todas as medidas apropriadas a fim de remediar a situação, inclusive o pagamento de uma compensação justa ou a outorga de uma reparação”.

A Convenção Americana não condiciona suas decisões à eficácia nem à eficiência dos mecanismos de reparação existentes no Estado responsável. A condenação ao cumprimento de reparações e ao pagamento de indenizações pecuniárias é feita no sistema interamericano com base nos princípios de Direito Internacional aplicáveis e nos termos da Convenção, independentemente das insuficiências do Direito interno dos Estados. Como a obrigação de reparar se rege em todos os aspectos pelo Direito Internacional, o Estado responsável não pode invocar seu ordenamento para se eximir de cumpri-la (*Corte Interamericana de Direitos Humanos: Aloeboetoe e outros versus Suriname, acórdão de 10/9/93, § 44; El Amparo versus Venezuela, acórdão de*

14/9/96, § 15; *Neira Alegria e outros versus Peru*, acórdão de 19/9/96, § 37; *Caballero Delgado y Santana versus Colômbia*, acórdão de 29/1/97, § 16; *Garrido y Baigorria versus Argentina*, acórdão de 27/8/98, § 42).

2.1 O CONTEÚDO DAS REPARAÇÕES PECUNIÁRIAS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E SUA COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O sistema interamericano desenvolveu um conjunto mais extenso do que o sistema europeu de fórmulas e fundamentos para a concessão de reparações pecuniárias vinculadas a violações de direitos humanos.²² A previsão da Convenção Européia de que reparações devem ser outorgadas “se necessário” parece justificar reparações menos amplas do que a “justa reparação” mencionada na Convenção Americana. O princípio segundo o qual as reparações seguem o Direito Internacional e a disciplina da Convenção Americana faz com que independam das especificidades das legislações internas em matéria de pagamento de reparações. O Estado brasileiro tem a obrigação de garantir o eficaz cumprimento das decisões do sistema interamericano: a existência de rubricas reparatórias no sistema interamericano que sejam desconhecidas no ordenamento brasileiro exigiria a tomada urgente das medidas administrativas e legislativas correspondentes de implementação.

2.1.1 A INDENIZAÇÃO MATERIAL

O sistema interamericano consagra a plena reparabilidade dos danos materiais associados a violações estatais de direitos humanos (*Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Jorge Alberto Rosal Paz e Guatemala, caso n. 9.168, solução amistosa de 11/3/04, § 19; Jailton Néri da Fonseca e Brasil, caso n. 11.634, relatório de mérito n. 33/04, de 11/3/04, § 136*). A indenização é passível de cálculo exato, na medida em que reflete os danos concretos causados ao patrimônio da vítima, incluídos o dano emergente e o lucro cessante. Nos casos em que o dano não possa ser precisamente quantificado, a determinação da indenização material baseia-se no dano presumido (*Corte Interamericana de Direitos Humanos: “Instituto de Reeducación del Menor” versus Paraguai, acórdão de 2/9/04, § 293-294; Masacre Plan de Sánchez versus Guatemala, acórdão de 19/11/04, § 74-76*).

O dano emergente constitui a totalidade do prejuízo causado à vítima em decorrência do ato ilícito. O lucro cessante resume-se à perda dos salários prospectivos (*pérdida de ingresos*) e calcula-se com base em fórmulas que levam em conta a média salarial da vítima no momento do crime, a média salarial de um contratado nas mesmas condições ao tempo da decisão, a média salarial de pessoas com credenciais acadêmicas similares às da vítima, o aumento potencial do salário da vítima no decorrer do tempo, o aumento do custo de vida, a taxa de inflação e a expectativa de vida da vítima.

Os arts. 186 c/c 927 do Código Civil obrigam o causador de danos a terceiros a reparar os efeitos dos atos ilícitos cometidos por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência. A indenização mede-se pela extensão do dano e deve incluir o que efetivamente se perdeu (*damnum emergens*) e o que razoavelmente se deixou de ganhar (*lucrum cessans*). O dano indenizável inclui *past, present and prospective harm*. Embora não se exija na ação indenizatória a comprovação imediata do *quantum*, que é matéria de liquidação, é necessário que o autor demonstre o prejuízo, sob pena de se qualificar o dano como hipotético. O Superior Tribunal de Justiça vem mitigando o rigor do ônus probatório relativo à quantificação dos lucros cessantes e vem concedendo indenizações conforme a presunção de que os fatos se desenrolariam no seu curso normal.²³ A ordem brasileira prevê portanto a plena indenizabilidade do dano material.

Ao determinar no art. 37, § 6º, que as pessoas jurídicas de Direito público e as de Direito privado prestadoras de serviços públicos respondem pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros, a Constituição Federal consagra igualmente a ampla reparabilidade do dano material causado pelo Estado ao particular. Neste contexto, as decisões tomadas no sistema interamericano no sentido da condenação do Brasil ao pagamento de indenizações por danos materiais decorrentes de violações de direitos humanos são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.2 A COMPENSAÇÃO MORAL

A Corte Interamericana entende que o Direito Internacional assegura a reparabilidade do dano moral advindo de violações de direitos humanos (*Corte Interamericana de Direitos Humanos: Velásquez Rodríguez versus Honduras, acórdão de 21/7/89, § 27; Godínez Cruz versus Honduras, acórdão de 21/7/89, § 25*). À semelhança do que ocorre na jurisprudência européia de direitos humanos, a sentença condenatória constitui início de compensação moral em favor da vítima (*Corte*

Interamericana de Derechos Humanos: Castillo Páez versus Peru, acórdão de 27/11/98, § 84; Tibi versus Ecuador, acórdão de 7/9/04, § 243; “Instituto de Reeducción del Menor” versus Paraguai, acórdão de 2/9/04, § 299; Ricardo Canese versus Paraguai, acórdão de 31/8/04, § 205). A compensação pecuniária é devida nos casos mais graves que justificam a outorga de montante monetário como *pretium doloris*. Sendo impossível aferir o dano moral objetivamente, sua compensação é fixada com base na equidade (*Corte Interamericana de Derechos Humanos: Godínez Cruz versus Honduras, acórdão de 21/7/89, § 25*), segundo apreciação prudente da Corte (*Corte Interamericana de Derechos Humanos: Castillo Páez versus Peru, acórdão de 27/11/98, § 84*).

A compensação moral foi por longo tempo rejeitada no Brasil. Qualificado como “extravagância do espírito humano”,²⁴ o dano moral foi outrora confundido com o prejuízo material e visto como insuscetível de reparação. A falta de efeito penoso durável, a incerteza do direito violado, a dificuldade de descobrir sua existência, a indeterminação do número de pessoas lesadas, a impossibilidade de rigorosa avaliação monetária, a extensão do arbítrio concedido ao juiz na sua avaliação e a imoralidade da compensação monetária do sofrimento foram argumentos com que se criticou no passado o recebimento de valores pecuniários por danos causados a lesões extrapatrimoniais.²⁵ A doutrina defendeu a inexistência no Código Civil de 1916 de regra genérica de compensação moral, que seria possível apenas em casos específicos.²⁶ Clóvis Bevilacqua,²⁷ contudo, sustentou a reparabilidade do dano moral como regra geral no sistema civil, admitindo algumas poucas exceções ditadas por considerações de ordem “ética e mental”. Invocou os arts. 76, sobre o interesse moral para propor ou contestar ação, e 1.553, sobre o arbitramento do juiz nos casos imprevistos, ambos do antigo Código Civil. Semelhantemente ao que se fizera no Direito francês com a inclusão do dano moral sob a égide do art. 1.382 do Código napoleônico,²⁸ sublinhou a regra ampla do art. 159, que estabelecia o dever de reparação de todos os danos. Pontes de Miranda também defendeu a reparabilidade do dano moral, argumentando que “não é justo que nada se dê, somente por não se poder dar o exato”.²⁹

A Constituição Federal prevê no art. 5º, V e X, o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral, e garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação. Embora não estejam redigidos na forma de cláusula geral, os dispositivos constitucionais têm

sido interpretados como enumerativos e têm dado ensejo à plena reparabilidade do dano moral no Brasil. Diversas normas infraconstitucionais consagram igualmente a compensação moral. Nos termos do art. 186 do Código Civil, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e se obriga a reparar os danos. De acordo com o art. 6º, VI e VII, da Lei n. 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, é direito básico do consumidor o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à efetiva reparação de danos morais. Segundo o art. 17 da Lei n. 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, o respeito à inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente abrange a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. O princípio da reparabilidade do dano moral, que alguns autores reputavam existente antes mesmo do advento da atual Constituição,³⁰ está hoje inequivocadamente assentado no país. O Superior Tribunal de Justiça estabeleceu na Súmula n. 37/92 que “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”; na Súmula n. 227/99, que “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral”; e na Súmula n. 281/04, que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

Ao determinar o pagamento de compensações morais por pessoas de Direito público e pessoas de Direito privado indistintamente, o art. 5º, V e X, da Constituição Federal ampara a condenação do Estado ao pagamento de reparações por danos morais. Ao prescrever ainda no art. 37, § 6º, que as pessoas jurídicas de Direito público e as de Direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, a Constituição Federal refere-se ao conceito amplo de dano. A ordem interna admite portanto a condenação do Estado ao pagamento de compensações por danos morais.³¹ Os tribunais têm efetivamente condenado a Administração ao pagamento de compensações por danos morais causados a particulares (*Supremo Tribunal Federal: RE n. 330.834, acórdão de 3/9/02; Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 315.983, acórdão de 21/10/04*), fixando-os por arbitramento. Neste contexto, as decisões tomadas no sistema interamericano de condenação do Brasil ao pagamento de compensações por danos morais causados a particulares em virtude de violações de direitos humanos são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.3 A COMPENSAÇÃO POR DANO AO PROJETO DE VIDA

A decisão que a Corte Interamericana tomou em 1998 no caso *Loayza Tamayo versus Peru* no sentido de reconhecer o dano decorrente da interrupção do projeto de vida da vítima demonstra a tendência de reparar amplamente as conseqüências das violações de direitos humanos. A noção de projeto de vida remete às probabilidades de realização que a pessoa apresenta por vocação, talento, potencialidades, aspirações e circunstâncias. O dano ao projeto de vida aproxima-se do que a jurisprudência francesa denomina de perda de uma chance (*perte d'une chance*).³² A redução objetiva que o Estado violador causa à liberdade da vítima ao afetar seu projeto de vida justifica uma reparação que não se confunde com a indenização material nem com a compensação moral. A alteração do curso natural e previsível da vida da vítima no caso *Loayza Tamayo versus Peru* representou grave dano ao seu projeto de vida. A reparação foi vista como forma de aproximação da restituição integral.

Embora tenha constatado a ocorrência de dano ao projeto de vida da vítima no caso *Loayza Tamayo versus Peru*, a Corte entendeu que o Direito Internacional não permite no atual estágio traduzir o prejuízo numa cifra indenizatória. O acesso à jurisdição da Corte e a emissão da sentença favorável implicam em si um princípio de satisfação, complementado pela reparação material e moral que “em certa medida” corresponde à perda das opções de realização pessoal de que a vítima se viu injustamente privada. Exaltando o reconhecimento do dano ao projeto de vida como importante avanço em direção a um maior desenvolvimento jurisprudencial das reparações por violações de direitos humanos, os Juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e Alirio Abreu Burelli confirmaram em voto concorrente que os critérios eminentemente patrimoniais oriundos do Direito Civil são inadequados para a outorga de reparações no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Em virtude da necessidade de se enfatizar a condição espiritual do ser humano (*su condición de ser espiritual*), a concessão de reparações por violações de direitos humanos deve basear-se menos em critérios patrimoniais do que na integralidade da personalidade da vítima e na verificação do impacto que a infração a seus direitos humanos exerce sobre ela. O reconhecimento do dano ao projeto de vida sem conotação pecuniária permite reorientar e enriquecer a jurisprudência em matéria de reparações com o enfoque dos direitos humanos.

A posição de vanguarda que a Corte assumiu ao decidir pela reparabilidade do dano ao projeto de vida relativizou-se com a conclusão sobre a impossibilidade de determinar o montante da compensação. É possível que a posição final da Corte no caso *Loayza Tamayo versus Peru* tenha representado solução de compromisso entre as opiniões antagônicas de seus integrantes: se os Juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e Alirio Abreu Burelli reconheceram o direito de todo indivíduo de ver seu projeto de vida respeitado, o Juiz Oliver Jackman considerou a noção obscura e carente de fundamento jurídico. Entender que o acesso à jurisdição da Corte e a obtenção da sentença reconhecendo a quebra do projeto de vida correspondem a uma forma de reparação equivale a confundir o direito de ação com o direito à justa compensação previsto na Convenção Americana. A transformação do direito de ação em modalidade de reparação conduz à ineludível conclusão de que qualquer dano estaria adequadamente reparado com seu mero reconhecimento em sentença judicial. A afirmação de que as indenizações materiais e as compensações morais reparam “em certa medida” o dano ao projeto de vida da vítima deixa em aberto precisamente a medida da reparação e impede o reconhecimento do dano ao projeto de vida como rubrica distinta dos danos materiais e dos danos morais. O Juiz Carlos Vicente de Roux Rengifo manifestou em voto parcialmente dissidente a opinião segundo a qual a Corte deveria ter outorgado à vítima um montante – que estimou por equidade em US\$ 25.000,00 – a título de compensação por dano ao seu projeto de vida.

A subjetividade inerente à apreciação do projeto de vida arruinado não deveria inibir a Corte de fixar uma reparação. Na impossibilidade de cálculo preciso, a indenização poderia ser aferida com base na equidade, à semelhança do que ocorre na determinação do dano moral. Em coerência com sua posição de reconhecer o dano ao projeto de vida como dano autônomo e distinto dos danos material e moral, a Corte poderia talvez estabelecer uma reparação simbólica a título de *nominal damages* ou *franc symbolique* para distinguir essa rubrica das demais e evitar a confusão entre conceitos diferentes. Embora não haja precedentes judiciais no Brasil relativos à concessão de reparações por danos ao projeto de vida, a ordem brasileira não repele sua outorga, com base na cláusula geral contida no art. 927 do Código Civil, segundo o qual aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. As decisões do sistema interamericano que condenem o Brasil a reparar danos a projetos de vida seriam portanto compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro.

2.1.4 A INDENIZAÇÃO PUNITIVA

2.1.4.1 A CARACTERIZAÇÃO NA COMMON LAW

A outorga de indenizações pecuniárias com o duplo objetivo de reparar a vítima e punir o ofensor é característica da *common law*. Na Inglaterra, Lord Camden empregou a expressão *exemplary damages* pela primeira vez em 1763 no caso *Huckle versus Money* para designar o montante pago pelo réu como exemplo à comunidade. Nos Estados Unidos, a primeira decisão envolvendo *punitive damages* data de 1784 no caso *Genay versus Norris*. Atualmente, *exemplary damages*, *punitive damages* e *vindictive damages* são termos quase equivalentes que se traduzem aqui por indenização punitiva.

Se, restritas às poucas hipóteses fixadas em 1964 por Lord Devlin em *Rookes versus Barnard*, as indenizações punitivas hoje raramente ultrapassam o valor de mil libras esterlinas na Inglaterra,³³ sua concessão alcançou o ápice nos Estados Unidos. As indenizações são concedidas quando o júri constata que a perversidade de um ato lesivo deriva de uma conduta agravante do agente (*aggravation*). Fala-se então em *spite*, *malice* ou *fraudulent or evil motive*³⁴ ou ainda na desconsideração pelos interesses alheios (*disregard of the interests of others*), caracterizando *wilful or wanton conduct*. Parte da doutrina norte-americana qualifica as indenizações punitivas como medidas de ordem pública e não como formas de indenização,³⁵ em decorrência de sua função de pena ou punição (*punishment*) orientada a desestimular a reincidência (*deterrence*). Há jurisdições que, ao contrário, conferem natureza meramente reparatória às indenizações punitivas e afastam sua função pública penal. A reparação é nestes casos idêntica aos *compensatory damages* e se justifica quando, pela gravidade de sua conduta, o agente causa ofensas aos sentimentos da vítima (*offenses to the feelings*).³⁶ No *Restatement*,³⁷ são definidas como indenizações, distintas dos *compensatory damages* e dos *nominal damages*, a que se condena uma pessoa para puni-la por sua conduta ultrajante (*outrageous conduct*). A *Law Commission for England and Wales* atribui a elas função simultaneamente penal e indenizatória,³⁸ afirmando que se destinam a um tempo a punir o réu e dissuadi-lo de reincidir na conduta absurdamente dolosa (*outrageously wrongful conduct*), a servir de exemplo para a coletividade e a reduzir o desejo de vingança da vítima. Punição ou mera compensação, os *punitive damages* têm sido concedidos como acréscimos às indenizações regulares, constituindo

a marca dos Estados Unidos em matéria de responsabilidade civil.

Há defensores e detratores do sistema de *punitive damages*. Abstração feita dos partidários da sua total abolição, a opinião que parece prevalecer na *common law* é a de que devem ser preservados em homenagem à função pública corretiva e preventiva que exercem, circunscritos idealmente a parâmetros de cálculo mais previsíveis e confiáveis. Contrapondo os argumentos favoráveis e contrários, a *Law Commission* concluiu pela necessidade da sua preservação.³⁹ Alguns autores os vêem como parte estabelecida do sistema legal norte-americano e não vislumbram qualquer tendência ao seu abandono.⁴⁰ A prática tem sido semelhante nos demais países do *Commonwealth*. A *Law Commission* observou que Canadá, Austrália e Nova Zelândia declinaram da aplicação de *Rookes versus Barnard* e, não dispondo de normas específicas a respeito, tendem a aprovar indenizações punitivas em todos os casos de atos ilícitos civis considerados altamente repreensíveis.⁴¹ A *American Tort Reform Association* dedica-se desde 1986 à implementação de uma reforma do sistema norte-americano de concessão de indenizações que reduza o que denomina de loteria da litigância. Criticando a outorga de indenizações excessivas em muitas jurisdições dos Estados Unidos, a Associação defende a limitação legal dos montantes pagos e sua submissão a um mecanismo transparente de definição dos valores das indenizações. A simples perspectiva da condenação aumenta o montante dos acordos pré-judiciais (*in terrorem effect*).⁴²

2.1.4.2 A INDENIZAÇÃO PUNITIVA COMO FORMA DE REPARAÇÃO DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana enfrentou pedido de indenização punitiva pela primeira vez em 1988 no caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*. Os familiares da vítima pediram a condenação do Estado hondurenho ao pagamento de 2.422.000,00 lempiras a título de indenização punitiva (*daños punitivos*) pela violação de direitos humanos que qualificaram de extremamente grave. A Corte indeferiu o pedido em sentença de 1989 com o argumento de que o art. 63.1 da Convenção Americana limita a justa indenização à reparação compensatória pelo ato ilícito sofrido pela parte lesada. Reconhecendo embora que tribunais anglo-americanos concedem indenizações com o propósito de servirem de exemplo ou favorecerem a dissuasão (*propósitos ejemplarizantes o disuasivos*), a Corte sublinhou

que a outorga de indenizações punitivas não é possível no atual estágio do Direito Internacional. A reparação aos familiares da vítima compreendeu assim apenas a indenização material e a compensação moral advindas de seu desaparecimento. A Corte reproduziu o entendimento na sentença de 1989 sobre indenização compensatória exarada no caso *Godínez Cruz versus Honduras*, em que 2.283.000,00 lempiras foram solicitadas a título de indenização punitiva.

Entretanto, violações graves de direitos humanos reiteradamente verificadas no continente americano levaram a Corte a modificar sua posição com respeito ao deferimento de indenizações punitivas. O caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala* é neste sentido paradigmático da imputação de responsabilidade internacional agravada ao Estado. As violações de direitos humanos que contenham uma agravante justificam a condenação do Estado infrator a uma reparação diferenciada. O Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade sustentou em voto concorrente de 2003 a superação da idéia defendida em *Velásquez Rodríguez versus Honduras* e *Godínez Cruz versus Honduras* de que as indenizações punitivas não têm lugar no Direito Internacional. Observou que o entendimento original da Corte correspondia a uma visão reacionária conformada aos cânones do positivismo jurídico. O caráter sancionatório ou repressivo da reparação assegura a realização da justiça porque permite evitar a impunidade. A mera reparação das violações graves de direitos humanos em favor da vítima e seus familiares é insuficiente para dissuadir o Estado de reincidir. A responsabilidade da Guatemala foi considerada agravada porque a execução da vítima se dera segundo um padrão de execuções extrajudiciais seletivas cometidas em cumprimento a ordens do Estado-Maior contra indivíduos classificados como inimigos internos do regime. Violações graves e sistemáticas dos direitos humanos requerem uma firme reprovação da conduta ilícita do Estado. Indenizações punitivas de cunho dissuasivo podem garantir a não-repetição dos fatos lesivos, tendo-se presentes tanto as expectativas da vítima e seus familiares como o interesse social. Assim, distintamente do que sustentara a Corte no passado, o magistrado considerou que a reparação se pode revestir de caráter tanto ressarcitório como sancionatório, com o propósito de pôr fim à impunidade e assegurar a realização da justiça, estando perfeitamente conforme à atual etapa de evolução do Direito Internacional e ao art. 63.1 da Convenção Americana. Reparaciones punitivas equivalem simultaneamente a uma reparação de danos e a uma sanção do Estado violador e, outorgadas

sem efeitos pecuniários, encontram longa aplicação no domínio da proteção dos direitos humanos com *propósitos ejemplarizantes o disuasivos*.

A aceitação da possibilidade da condenação do Estado à execução de reparações punitivas é um avanço no domínio da proteção dos direitos humanos. O crime de Estado ocorre quando se comprova tolerância, aquiescência, negligência ou omissão por parte do Estado com relação a violações graves de direitos humanos cometidas por seus agentes, não raro em nome de uma política pública. A violação dos direitos humanos não pode, sobretudo quando se constata a responsabilidade agravada do Estado, resumir-se ao ressarcimento da vítima, porquanto a ação do Estado deve ser condenada e a reincidência, inibida. Outra não é a filosofia dos *punitive damages* na *common law*, em que se admitem para reparar a vítima e dissuadir o ofensor de reincidir na conduta.

A condenação do Estado ao pagamento de indenizações punitivas esbarraria no Brasil na vedação do enriquecimento ilícito da vítima. No entanto, a execução de indenizações punitivas seria possível se o montante fosse depositado em fundo especialmente constituído para esse fim que sirva para a promoção de interesses sociais. A Corte poderia neste caso controlar a alocação dos recursos do fundo. O Fundo de Defesa de Direitos Difusos, previsto no art. 13 da Lei n. 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico, poderia ser inicialmente utilizado com essa finalidade.⁴³

3. A EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA FEDERAL

A União denomina-se Fazenda Pública Federal quando defende seus interesses patrimoniais em juízo.⁴⁴ Os óbices da inalienabilidade e da impenhorabilidade dos bens públicos⁴⁵ determinam a necessidade de regime especial que discipline a execução contra a Fazenda Pública. Ao passo que na execução por quantia certa contra devedor solvente do art. 652 do Código de Processo Civil o juiz manda citar o executado para pagar ou nomear bens à penhora no prazo de 24 horas, na execução contra o erário o juiz não tem poderes para exercer a constrição forçada de bens públicos. A regra do art. 591 do Código, segundo a qual o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, é ineficaz em face da Administração. A citação apenas

dá ciência ao Estado da propositura da ação executória e abre prazo para a oposição de embargos. Não havendo embargos ou rejeitados que sejam, o Poder Judiciário solicita à pessoa jurídica de Direito público condenada que providencie a dotação orçamentária para honrar o crédito no exercício financeiro seguinte. A ação de execução contra a Fazenda Pública consiste assim em pedir à União que pague voluntariamente suas dívidas. O elemento de discricionariedade presente na execução contra o Estado levou a doutrina a descaracterizar o procedimento executório, que não se destina, nos moldes da teoria clássica,⁴⁶ a invadir o patrimônio do devedor independentemente de seu consentimento com vistas à completa satisfação do credor. A execução do erário revela-se uma execução imprópria,⁴⁷ ou uma execução indireta,⁴⁸ em que o juiz busca o cumprimento de uma condenação aparente,⁴⁹ cuja eficácia “vai pouco além da mera declaração”.⁵⁰ O rito da execução contra a Fazenda Pública está disciplinado no art. 100 da Constituição Federal e nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

3.1 A EXECUÇÃO FUNDADA EM TÍTULO EXTRAJUDICIAL

O art. 100, *caput*, da Constituição Federal refere-se aos pagamentos devidos pela Fazenda Pública em virtude de sentença judiciária. O art. 100, § 1º, obrigava originalmente a inclusão no orçamento das entidades de Direito público da verba necessária ao pagamento dos débitos constantes de precatórios judiciais até o final do exercício seguinte. Os dispositivos combinados conduziam à interpretação de que a Fazenda Pública podia ser executada com títulos extrajudiciais. A expressão sentença judiciária era lida como decisão em sentido amplo para abarcar os acórdãos prolatados pelas instâncias colegiadas e os títulos extrajudiciais, que se equiparam a decisões judiciais para efeitos de execução. A expressão precatório judicial reforçava essa interpretação porque tanto a execução fundada em título judicial como a execução fundada em título extrajudicial redundam na emissão de precatório judicial. Os tribunais adotavam esse entendimento e aceitavam pedidos de execução do erário com esteio em título extrajudicial (*Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 42.774, acórdão de 9/8/94 da Terceira Turma; REsp n. 79.222, acórdão de 25/11/96 da Terceira Turma*). A execução contra a Fazenda Pública independia portanto da natureza do título executivo.

A revisão do art. 100, § 1º, da Constituição Federal para obrigar a inclusão no orçamento das entidades de Direito público da verba necessária ao pagamento dos débitos oriundos de sentenças

transitadas em julgado e constantes de precatórios judiciais gerou a opinião inversa de que o constituinte havia eliminado a possibilidade de execução contra a Fazenda Pública com título extrajudicial. A referência às sentenças transitadas em julgado induziu a conclusão de que somente o título judicial, apto a transitar em julgado, pode fundar ação de execução contra o erário. Segundo este entendimento, o credor que detivesse título extrajudicial teria de ingressar com ação de conhecimento para suscitar o julgamento de sua relação com a Fazenda Pública e, obtendo sentença condenatória, proceder à ação de execução após o trânsito em julgado da decisão.⁵¹

Entretanto, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu no *AgRE n. 421.233, acórdão de 15/6/04*, que a Fazenda Pública ainda pode ser executada com título extrajudicial. A Turma rejeitou a interpretação segundo a qual o constituinte derivado havia suprimido a possibilidade de execução judicial de título extrajudicial. Ao recordar que a Constituição anterior também exigia sentença transitada em julgado na execução de título extrajudicial, observou que a propositura de ação de execução com fulcro em título extrajudicial acarreta prolação de sentença, que, transitada em julgado, permite a continuação do processo executivo mesmo na ausência de embargos do devedor. A Constituição Federal dá efetivamente margem a essa interpretação ao mencionar o pagamento dos débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado sem qualificá-las como decisões que põem fim ao processo de conhecimento. O Superior Tribunal de Justiça pacificou posição a respeito do tema ao dispor na Súmula n. 279/03 que “é cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública”.

3.2 O PRECATÓRIO

O precatório requisitório dirigido à entidade de Direito público condenada para que efetue o pagamento de quantia certa em virtude de decisão judicial tem longínqua origem lusitana.⁵² Diferentemente da opinião corrente, porém, as Ordenações do Reino não definiam o precatório como instrumento específico de execução contra a Fazenda Pública, mas como instrumento amplo de requisição.⁵³

O precatório passou para o Império. Como a legislação imperial consignou o princípio da inalienabilidade e impenhorabilidade dos bens públicos, o precatório foi instituído como meio de execução da Fazenda Pública em moldes semelhantes aos atuais. A Constituição de 1824 silenciou a respeito, mas o Manual do Procurador

dos Feitos da Fazenda Nacional registrou no § 282: “Para a execução, deve o Procurador dos Feitos ser requerido; e, não tendo duvida, expede-se Precatorio dirigido à Repartição competente para o pagamento”.⁵⁴ A Constituição republicana de 1891 tampouco abordou o tema, mas o precatório foi adotado no Decreto n. 3.084/1898,⁵⁵ que, assinado pelo Presidente Prudente de Moraes, aprovou a consolidação das leis referentes à Justiça Federal. O art. 41 do Decreto rezava: “Sendo a Fazenda condemnada por sentença a algum pagamento, estão livres de penhora os bens nacionaes, os quaes não podem ser alienados sinão por acto legislativo. A sentença será executada, depois de haver passado em julgado e de ter sido intimado o procurador da Fazenda, si este não lhe offerer embargos, expedindo o juiz precatorio ao Thesouro para effectuar-se o pagamento”.

A instituição do sistema do precatório em nível constitucional derivou de proposta que Themistocles Brandão Cavalcanti havia apresentado em 1932 no contexto dos trabalhos realizados pelo grupo de juristas encarregado pelo Presidente Getúlio Vargas, então chefe do governo provisório, de elaborar anteprojeto de Constituição. A proposta recebeu a seguinte redação: “As dívidas provenientes de sentença judiciária serão pagas na ordem rigorosa da antiguidade, pela expedição do precatório, dentro do crédito orçamentário aberto para esse fim”.⁵⁶ A proposta foi adotada com acréscimos no art. 182 da Constituição de 1934 e mantida com alterações no art. 95 da Constituição de 1937, no art. 204 da Constituição de 1946, no art. 112 da Constituição de 1967, transposto literalmente para o art. 117 após a Emenda à Constituição n. 1/69, e no atual art. 100 da Constituição Federal.

A inclusão do precatório na Constituição de 1934 visava à moralização⁵⁷ dos pagamentos feitos sem critério pela Fazenda Pública. O sistema adotado até então de submissão aleatória ao Congresso Nacional das sentenças judiciais condenatórias do erário estimulava uma advocacia administrativa que favorecia o pagamento de certos créditos em detrimento de outros. A análise parlamentar do mérito das condenações contribuía para desmoralizar as decisões judiciais. A idéia de moralidade associada ao precatório perpetua-se até hoje.⁵⁸

O precatório é o officio que o juiz da execução encaminha ao presidente do tribunal competente com pedido de requisição do pagamento à pessoa jurídica de Direito público condenada. O presidente não tem competência para decidir qualquer incidente sobre o precatório. O Supremo Tribunal Federal entendeu na *ADI n. 1.098, acórdão de 11/9/96*, que a atividade desenvolvida pelo presidente

no processamento do precatório tem natureza administrativa e não jurisdicional. O ente público é instado a providenciar a inclusão dos valores apresentados até 1º de julho no orçamento do exercício financeiro seguinte. As quantias requisitadas após essa data podem ser pagas no exercício subsequente. As dotações orçamentárias ficam consignadas ao Poder Judiciário e o pagamento é feito na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos respectivos créditos.

3.3 A EXECUÇÃO SEM PRECATÓRIO

O uso do precatório na execução da Fazenda Pública por quantia certa é anacrônico.⁵⁹ Já em seus primórdios constitucionais, Pontes de Miranda observou: “Não digamos que seja perfeito. Reconheçamos-lhe a juridicidade e a eticidade dos seus propósitos”.⁶⁰ Originalmente elevado à dignidade magna para moralizar os pagamentos feitos pelo Estado, o precatório tornou-se um pesadelo para quem tem créditos a receber do erário. Ao inadimplemento se soma a morosidade do pagamento. Embora persista na fórmula do precatório para a execução da Fazenda Pública, o constituinte tem buscado alternativas que atenuem as dificuldades de pagamento nos casos prementes. As hipóteses de dispensa de precatório para o pagamento de quantia certa reduzem os privilégios que a Administração detém em razão de seu regime especial de execução e atende não apenas ao moderno princípio da igualdade das partes, mas também ao direito fundamental inscrito no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, segundo o qual se asseguram a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

3.3.1 AS DÍVIDAS DE NATUREZA ALIMENTAR

O constituinte inovou ao incluir referência expressa aos créditos de natureza alimentícia no *caput* do art. 100 da Constituição Federal.⁶¹ A relevância atribuída aos alimentos no dispositivo constitucional relativo à execução da Fazenda Pública alinha-se à da prisão autorizada pelo art. 5º, LXVII, da Constituição Federal do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia. O estabelecimento de hipótese constitucional quase única de prisão civil por dívida alimentar denota a importância que o ordenamento brasileiro consagra à prestação das parcelas monetárias consideradas imprescindíveis à manutenção e à sobrevivência do ser humano. A Fazenda Pública não podia ter o privilégio de

confundir os pagamentos devidos a título de alimentos com as demais obrigações. O contorno dos débitos de natureza alimentícia foi introduzido no § 1º-A do art. 100 da Constituição Federal para indicar que compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

Interpretações divergentes surgiram a respeito da inovação que consistiu em conferir especialidade às dívidas alimentares devidas pela Fazenda Pública. O sintagma inserido no início do art. 100 da Constituição Federal excepciona os créditos alimentícios da disciplina do restante do dispositivo. O entendimento de parte da doutrina⁶² de que as dívidas alimentícias da Fazenda Pública não seguem a ordem cronológica de apresentação nem se submetem ao rito dos precatórios homenageia a dicção constitucional ao reconhecer a possibilidade do pagamento imediato dos créditos de natureza alimentar. A jurisprudência sufragava este entendimento (*Superior Tribunal de Justiça: AgRg na PET n. 388, acórdão de 15/3/93 da Sexta Turma*).

O Supremo Tribunal Federal firmou a posição contrária de que o pagamento das dívidas de natureza alimentar pela Fazenda Pública deve seguir o rito dos precatórios (*Supremo Tribunal Federal: ADI n. 571, acórdão de 28/11/91; ADI n. 47, acórdão de 22/10/92; RE n. 181.599, acórdão de 25/4/95 da Primeira Turma; RE n. 188.156, acórdão de 23/3/99 da Primeira Turma; RE n. 201.843, acórdão de 10/4/01 da Primeira Turma*). O debate constante dos autos da ADI n. 47/92 permite destacar as duas posições que geraram a controvérsia no Tribunal. De um lado, o Ministro Octávio Gallotti, relator, defendeu a exegese segundo a qual a Fazenda Pública deve pagar os créditos de natureza alimentar na ordem de apresentação dos precatórios. O magistrado entendeu que os pagamentos ordenados independentemente de dotação orçamentária infringiriam os princípios da unidade e da universalidade do orçamento e esbarrariam no limite dos recursos públicos arrecadados pela receita e disponibilizados no orçamento. O precatório funcionaria assim como garantia simultânea do Estado, que preveria o desembolso em seu orçamento regular, e do particular, que teria certeza de receber o valor devido. Os Ministros Paulo Brossard, Néri da Silveira, Sydney Sanches e Moreira Alves acompanharam o relator. O Ministro Paulo Brossard concordou que a exceção relativa aos créditos de natureza alimentar não poderia afastar os princípios orçamentários inerentes à despesa pública e invocou igualmente o teto das

verbas orçamentárias e o volume dos recursos públicos. De outro lado, o Ministro Carlos Velloso entendeu que o constituinte havia excluído os créditos de natureza alimentícia dos precatórios a fim de que fossem pagos imediatamente. A inovação na Constituição Federal teria sido motivada pela “difícil e tormentosa” execução contra a Fazenda Pública. O Ministro Sepúlveda Pertence também considerou que a exceção posta no início do art. 100 da Constituição Federal seria incompatível com o regime dos precatórios. O Ministro Marco Aurélio corroborou o imediato pagamento dos créditos alimentares pela Fazenda Pública e recordou o teor do art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que ressalva os créditos de natureza alimentar. Sublinhou ainda a conveniência da criação antecipada de rubrica orçamentária para a satisfação desses créditos e a possibilidade do pedido de abertura de crédito suplementar na forma do art. 165, § 8º, da Constituição Federal.

Em decorrência da leitura feita pelo Supremo Tribunal Federal da exceção que abre o art. 100 da Constituição Federal, os créditos de natureza alimentícia devidos pela Fazenda Pública não podem ser honrados na boca do cofre. Os benefícios alimentares devem ser pagos segundo ordem cronológica distinta dos demais valores conforme a apresentação dos precatórios e à conta dos respectivos créditos. A Súmula n. 655/03 estabelece que “a exceção prevista no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza”. O Superior Tribunal de Justiça, que já decidia nesse sentido (*Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 71.364, acórdão de 30/8/95 da Quinta Turma; EDcl no RMS n. 1.392, acórdão de 18/9/95 da Segunda Turma*), havia editado a Súmula n. 144/95 para dizer que “os créditos de natureza alimentícia gozam de preferência, desvinculados os precatórios da ordem cronológica dos créditos de natureza diversa”.

3.3.2 O PAGAMENTO DE DÍVIDAS DE NATUREZA ALIMENTAR SEM PRECATÓRIO

A posição do Supremo Tribunal Federal sobre a vinculação dos créditos de natureza alimentícia ao sistema do precatório representa um retrocesso com relação à Constituição Federal. Definidos pela ordem jurídica como necessários à sobrevivência do credor, os alimentos deveriam ser pagos independentemente da apresentação de precatório.⁶³ A Constituição de

1934, a primeira a prever mecanismo de execução contra a Fazenda Pública em nível constitucional, determinava no art. 121, § 8º, que as indenizações por acidente de trabalho em obras públicas fossem pagas em quinze dias após a sentença judicial.⁶⁴ O constituinte, que havia adotado o precatório como meio de moralizar os pagamentos da Fazenda Pública, autorizou no mesmo diploma que as reparações acidentárias dele prescindissem. A posição do Tribunal é tanto mais contraditória que a jurisprudência aceita a prisão civil do alimentante relapso somente no caso de recusa ou atraso do pagamento das últimas três parcelas, o que aponta para a urgência das prestações alimentares (*Supremo Tribunal Federal: HC n. 74.663, acórdão de 8/4/97 da Segunda Turma*). A intenção do constituinte de retificar uma situação equivocada para dar o benefício do pronto recebimento de dívidas de natureza alimentícia foi desconsiderada pelo Tribunal graças à interpretação de que os precatórios alimentares preferem aos outros apenas com relação à ordem cronológica de sua apresentação. O efeito moralizador que se vislumbra ainda hoje no precatório anula-se pela infração reflexa aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade do tempo do processo.

É verdade que o sistema do precatório atua em favor do princípio da legalidade da despesa pública. Os arts. 165, § 8º, e 167, I, II, V, VI e VII, da Constituição Federal circunscrevem todo gasto público à prévia autorização legal.⁶⁵ No entanto, a inclusão no orçamento do exercício seguinte da dotação necessária ao pagamento dos precatórios passados não é o único meio de que dispõe a Fazenda Pública para honrar seus compromissos financeiros. Antecipando-se às condenações, a Administração poderia incluir na lei orçamentária anual rubrica destinada ao pagamento de dívidas futuras que, uma vez definitivamente julgadas pelo Poder Judiciário, seriam logo liquidadas. A impossibilidade de previsão da dotação exata poderia ser remediada com a abertura de crédito adicional suplementar, que, embora constitua exceção ao princípio da unidade do orçamento,⁶⁶ tem previsão expressa no art. 167, V, § 2º e 3º, da Constituição Federal e está regulamentado nos arts. 40 a 46 da Lei n. 4.320/64, que estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Os créditos adicionais suplementares, definidos no art. 41, I, da Lei como aqueles destinados a reforço de dotação orçamentária, podem ser abertos por decreto presidencial, nos termos da lei, e podem ser utilizados pela Fazenda Pública para o pagamento

de dívidas para as quais não haja previsão orçamentária suficiente. A Lei n. 11.306/06, que estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2006, autoriza no art. 4º, III, a abertura de créditos adicionais para suplementação de dotações consignadas ao atendimento de despesas decorrentes de sentenças judiciais transitadas em julgado.

Os problemas associados ao cumprimento dos precatórios pela Fazenda Pública explicam a apresentação de 275 propostas de emenda aos arts. 100 da Constituição Federal e 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias durante os trabalhos de revisão constitucional. A interpretação do Supremo Tribunal Federal de que as dívidas de natureza alimentar obedecem ao sistema do precatório faz com que o assunto permaneça em pauta. A proposta de emenda à Constituição n. 529/97 dispensa o pagamento dos créditos alimentares da ordem de apresentação de precatório. O pagamento seria feito até sessenta dias após a requisição do juízo da execução ao presidente do tribunal competente.

4. O PAGAMENTO DE REPARAÇÕES PELO ESTADO BRASILEIRO EM CUMPRIMENTO ÀS DECISÕES EMANADAS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

4.1 A OBRIGAÇÃO DE ADOTAR AS MEDIDAS NECESSÁRIAS AO CUMPRIMENTO DAS DECISÕES

Os Estados-Partes da Convenção Americana assumiram a obrigação primária constante do art. 1º de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos no instrumento e de garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição. Assumiram igualmente a obrigação secundária contida no art. 2º de adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades convencionais. O estabelecimento da Comissão e da Corte Interamericanas como órgãos competentes para conhecer dos assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos dos Estados torna as decisões do sistema interamericano obrigatórias para os Estados que ratificaram a Convenção.⁶⁷ Os Estados têm assim o dever de adequar seu ordenamento jurídico à normativa internacional por

meio de legislação que regulamente os tratados e garanta sua eficácia ou que altere a lei vigente a fim de harmonizá-la com os dispositivos convencionais.⁶⁸ Os arts. 1º e 2º da Convenção estão portanto intimamente relacionados.⁶⁹

Ao dever de adotar as medidas necessárias corresponde a vedação que o Direito Internacional tradicionalmente impõe aos Estados de invocar questões de ordem interna para descumprir ou cumprir imperfeitamente decisões internacionais (*Corte Permanente de Justiça Internacional: communautés gréco-bulgares, opinião consultiva de 31/7/30, p. 32*). A proibição é tanto mais compreensível que os Estados ingressam nos tratados por sua livre vontade. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados consolida no art. 27 a regra consuetudinária segundo a qual uma parte não pode invocar as disposições de seu Direito para justificar o inadimplemento de um tratado.

4.2 OS RELATÓRIOS DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana registrou em 1994 nas exceções preliminares relativas ao caso *Caballero Delgado y Santana versus Colômbia* que estava conforme ao objeto e ao fim da Convenção Americana a interpretação segundo a qual um Estado só pode ser obrigado a pagar reparações por meio de uma sentença. A Corte entendeu na ocasião que as recomendações não têm força vinculante. Embora a Comissão Interamericana derivasse a obrigatoriedade de suas deliberações do dever assumido pelos Estados-Partes da Convenção de respeitar os direitos humanos, a Corte considerava que, nos moldes da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o uso do termo recomendação retira sua força cogente.⁷⁰ Defender a natureza recomendatória das deliberações da Comissão equivalia a subtrair sua força e impedir definitivamente sua equiparação a títulos executivos.

A Corte desenvolveu posição diversa em *Loayza Tamayo versus Peru* ao reconhecer em 1996 o caráter obrigatório das recomendações contidas nos relatórios que não são submetidos a ela; os relatórios que seguem para a Corte não poderiam ser obrigatórios porque são passíveis de modificação. A Corte decidiu então que o princípio da boa-fé, consagrado no art. 31.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, aliado à assinatura e à ratificação da Convenção Americana geram para o Estado a obrigação de realizar os melhores esforços para aplicar as recomendações. A Corte ainda considerou que, por força do art. 33 da Convenção

Americana, a Comissão tem a competência para conhecer dos assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos contraídos pelos Estados-Partes e que, ao ratificá-la, os Estados-Partes se comprometem a atender às recomendações contidas nos relatórios. Em consequência, as recomendações feitas nos relatórios da Comissão têm força obrigatória para o Brasil, quando não encaminhadas à Corte.

O procedimento inicia-se perante a Comissão por petição escrita com a narração dos fatos e fundamentos ligados à violação de direitos humanos, atendidos os requisitos do esgotamento dos recursos internos e da ausência do decurso do prazo de seis meses para a representação, de litispendência internacional e de coisa julgada internacional. O procedimento orientado à vítima (*victim oriented*) justifica a flexibilidade com que a Comissão julga a admissibilidade das petições que recebe.⁷¹ A Comissão solicita informações do Estado demandado e fixa prazo razoável para a resposta. Subsistindo os motivos que fundam a reclamação, a Comissão examina o assunto e realiza as investigações necessárias. Analisado o litígio, a Comissão põe-se à disposição das partes para que alcancem solução amistosa baseada no respeito aos direitos humanos reconhecidos na Convenção Americana. Quando as partes alcançam solução amigável, a Comissão redige relatório com os fatos e a solução obtida. O relatório é transmitido inicialmente ao peticionário e aos Estados-Partes da Convenção e depois ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos para fins de publicação.⁷² A solução amigável pode conter medidas de reparação pecuniárias.

Na falta de solução amigável, a Comissão gera um primeiro relatório confidencial em que pode concluir pela inexistência de infração ou confirmar a ocorrência de violação a direitos humanos. A qualidade da Comissão de *dominus litis* absoluto da ação de responsabilidade internacional do Estado impede qualquer recurso pelo requerente⁷³ caso o órgão delibere pela inexistência de violação. O Estado infrator tem três meses para cumprir as recomendações constantes do primeiro relatório em que a Comissão confirma a ocorrência de violação a direitos humanos.

O não-cumprimento das medidas recomendadas no prazo fixado leva a Comissão a deliberar sobre a possibilidade e a conveniência de submeter o caso à Corte. A Comissão pode inicialmente verificar ser impossível seguir para a Corte quando o Estado acusado não é parte da Convenção Americana ou não reconhece a competência obrigatória da Corte. A Comissão pode

adicionalmente preferir não acionar a Corte se julgar provável o cumprimento espontâneo da recomendação pelo Estado. Ocorrendo o descumprimento do primeiro relatório e não sendo o caso de remeter o litígio à Corte, a Comissão prepara um segundo relatório, agora público, com recomendações a serem cumpridas pelo Estado dentro do prazo concedido. Decorrido o prazo, a Comissão decide se o Estado cumpriu ou não as recomendações. No sistema da Convenção Americana, o não-cumprimento do segundo informe só deixa à Comissão a alternativa de apelar politicamente à Assembléia-Geral da Organização dos Estados Americanos.

O pagamento de reparações pelo Brasil com base em soluções amigáveis concluídas no âmbito da Comissão pressupõe que o país opte pela composição antes da transformação da queixa em litígio judicial perante a Corte. O governo brasileiro tem procurado negociar soluções amistosas em parâmetros razoáveis para os casos em que as considere cabíveis. A qualidade quase-judicial da Comissão permite considerar a solução amistosa como transação extrajudicial, definida como ato jurídico bilateral não homologado por órgão judiciário em que as partes fazem concessões recíprocas para encerrar ou evitar controvérsia. A parte requerente, normalmente intermediada por organização não-governamental especializada na defesa dos direitos humanos, propõe as medidas necessárias que em seu entender o Estado deve adotar a fim de reverter a violação de que é acusado e indica o *quantum* que a Administração deve desembolsar a título de reparação.

A questão do pagamento efetivo das reparações acordadas em soluções amistosas vem precedida do problema, até o momento pendente de solução, relativo à autoridade competente para transigir fora do processo. A Lei n. 9.469/97, que dispõe sobre a intervenção da União nas causas em que figurarem, como autores ou réus, entes da Administração indireta, estabelece no art. 1º que o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, fundações e empresas públicas federais podem autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$ 50.000,00, a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como o requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$ 1.000,00. Como a lei se refere apenas a transações feitas em juízo, o Advogado-Geral da União não tem competência para autorizar transações extrajudiciais, conforme se depreende do

parecer normativo n. GQ-03/93⁷⁴ da Advocacia-Geral da União, segundo o qual “da leitura da legislação transcrita, conclui-se que os atos descritos como atribuições do Advogado-Geral da União só podem ser praticados em juízo, ou seja, “nas ações de interesse da União”. A ele só é permitido transigir no processo. (...) No caso concreto, trata-se de transação extrajudicial, não havendo razão para nele figurar o Advogado-Geral da União (...)”. Não existe norma legal que faculte à autoridade pública transigir fora do processo.

O governo brasileiro até hoje só efetuou pagamento de reparação em virtude da solução amigável concluída na esfera da Comissão no caso *José Pereira*. A inércia do governo brasileiro na repressão ao trabalho escravo e na incriminação dos culpados originou em 1994 denúncia contra o Brasil feita à Comissão pelas organizações não-governamentais *America's Watch* e Centro pela Justiça e o Direito Internacional. A Comissão emitiu relatório de admissibilidade em 1999 e a solução amistosa foi alcançada em 2003.⁷⁵

4.2.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DA DESPESA PÚBLICA

O desembolso de verba da União para honrar uma solução amistosa deve atender ao princípio da legalidade da despesa pública. O Presidente da República sujeita-se a responder pelo crime de responsabilidade previsto no art. 85, VI, da Constituição Federal na hipótese de desrespeito à lei orçamentária. A adesão do Brasil à Convenção Americana não dispensa a autoridade pública de seguir as disposições financeiras postas no ordenamento jurídico interno, sob pena de responsabilização pessoal.

A inexistência de norma por meio da qual a autoridade pública possa efetuar pagamento com base em transação extrajudicial obrigou a União a submeter o acordo de solução amistosa no caso *José Pereira* à aprovação do Congresso Nacional. O primeiro caso a encontrar solução definitiva com desembolso efetivo de reparação por danos materiais e morais foi assim objeto da Lei n. 10.706/03, que autorizou a União a pagar a quantia de R\$ 52.000,00 à vítima. A Lei indicou expressamente que o pagamento exime a União de efetuar qualquer outro ressarcimento ao beneficiário. Observou ainda que a despesa correria à conta de recursos alocados a programa de trabalho da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Finalizou determinando que a União fosse ressarcida dos gastos resultantes da reparação, utilizando-se,

se necessário, das ações ou procedimentos administrativos ou judiciais cabíveis, assegurada ampla defesa.

4.2.2 AS POSSIBILIDADES DE PAGAMENTO

As reparações pecuniárias ditadas pela Comissão Interamericana poderiam ser sempre pagas mediante aprovação de lei pelo Congresso Nacional. A vítima no caso *José Pereira* recebeu o montante determinado na solução amistosa e deu por encerrada a obrigação pecuniária assumida pelo Brasil. À semelhança do que ocorreu neste caso, os projetos de lei teriam de ser submetidos ao Parlamento em regime de urgência constitucional, que, previsto no art. 64, § 1º, da Constituição Federal, autoriza o Presidente da República a solicitar urgência para a apreciação de projetos de sua iniciativa. O recurso sistemático à aprovação de lei em regime de urgência constitucional para o cumprimento das decisões da Comissão eliminaria a necessidade de adoção de qualquer ato normativo novo para disciplinar a matéria.

Diante da Súmula n. 655/03 do Supremo Tribunal Federal, a aprovação de lei em regime de urgência constitucional é ainda preferível à inscrição da dívida em precatório. A lei tramitada em regime de urgência constitucional é aprovada mais rapidamente do que o precatório pode ser cumprido. A desvantagem da proposta de lei é deixar o pagamento da reparação exclusivamente a cargo dos órgãos estatais. As organizações não-governamentais de defesa dos direitos humanos que dão suporte às vítimas ou seus representantes podem interferir muito pouco na iniciativa presidencial de submeter o projeto ao Congresso Nacional e na sua tramitação legislativa. A eventual submissão do projeto fora do regime de urgência constitucional acarretaria ademais uma demora interminável para o recebimento da reparação devida.

O pagamento das reparações pecuniárias com base em decisões da Comissão poderia ser feito alternativamente por meio de ação de execução da Fazenda Pública por quantia certa. A Súmula n. 279/03 do Superior Tribunal de Justiça autoriza a vítima a propor ação de execução contra o erário com fundamento em decisão da Comissão. A parte endereçaria petição escrita ao juiz federal que tenha competência para julgar a causa. O juiz citaria a Fazenda Pública para opor embargos. Não havendo embargos ou sendo estes rejeitados, o juiz prolataria sentença e oficiaria a Fazenda Pública para pagar no prazo determinado. O beneficiado receberia o valor devido na boca do caixa.

O cumprimento das decisões segundo o rito proposto dependeria ao menos de duas modificações legislativas. Em primeiro lugar, as decisões oriundas da Comissão teriam de ser incluídas no rol de títulos executivos extrajudiciais do art. 585 do Código de Processo Civil. A ausência de previsão legal nesse sentido poderia legitimar a Fazenda Pública a alegar a inexigibilidade do título em sede de embargos. Em segundo lugar, a posição do Supremo Tribunal Federal contida na Súmula n. 655/03 precisaria ser revista para se dar plena aplicabilidade à exceção contida no art. 100, *caput*, da Constituição Federal quanto ao pagamento de dívidas de natureza alimentar sem precatório. Nos termos do art. 100, § 1º-A, da Constituição Federal, as reparações pecuniárias derivadas da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos devem ser consideradas como de natureza alimentícia porque fundadas na responsabilidade civil do Estado.

O pagamento poderia ainda ser efetuado diretamente pelo Poder Executivo com o auxílio de lei que discipline a matéria. A previsão legal de pagamento de reparações específicas não é estranha no Brasil. A Lei n. 9.140/95, que reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, estabelece regime próprio de reparação dos familiares dos mortos. As despesas correm à conta de dotações consignadas no orçamento da União pela lei orçamentária. A reparação é concedida mediante decreto do Presidente da República, após parecer favorável da Comissão Especial criada para julgar os pedidos. As quantias são embolsadas sem precatório. A Lei n. 10.559/02, que regulamenta o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, garante no art. 1º, II, reparação econômica de caráter indenizatório ao anistiado político. A reparação corre à conta do Tesouro Nacional e é concedida mediante portaria do Ministro de Estado da Justiça, após parecer favorável da Comissão de Anistia. As reparações outorgadas não dependem de precatório e são pagas na boca do caixa no prazo de sessenta dias a contar da notificação do Ministério da Justiça.

A criação de rubrica orçamentária específica para o pagamento das reparações decorrentes de decisões da Comissão Interamericana permitiria o pagamento imediato pela Fazenda Pública sem desorganizar as finanças da União. A necessidade de caixa suplementar poderia ser suprida por meio de crédito adicional, que, previsto na lei orçamentária, seria aprovado por decreto presidencial, a teor da Lei n. 4.320/64.

4.3 AS SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana é provocada pela Comissão Interamericana quando um Estado reconhecedor de sua jurisdição não dá cumprimento ao primeiro relatório contendo recomendações relativas à violação de direitos humanos. O procedimento perante a Corte é de natureza judicial e se conclui por sentença definitiva e inapelável. As sentenças podem conter medidas de reparação pecuniárias.

De diferentes maneiras refere-se a Corte ao dever de reparar. No caso *Godínez Cruz versus Honduras*, a Corte condenou Honduras a pagar justa reparação aos familiares da vítima segundo valor que seria fixado em sede de execução. Apreciando na liquidação a possibilidade de concessão de ressarcimento por prejuízos materiais e morais e por lucros cessantes e danos emergentes, a Corte arbitrou o montante de 750.000,00 lempiras aos familiares da vítima, sendo 162.500,00 destinadas à cônjuge supérstite e 487.500,00 à filha, sob a forma de fideicomisso constituído no Banco Central de Honduras do qual receberia mensalmente os benefícios e, aos 25 anos de idade, o capital. No caso *El Amparo versus Venezuela*, a Corte condenou a Venezuela a pagar justa reparação às vítimas sobreviventes e aos familiares dos falecidos em valor que seria acordado entre o Estado e a Comissão no prazo de seis meses a contar da intimação da sentença. A reparação foi afinal acordada em 722.332,20 dólares norte-americanos. No caso *Gangaram Panday versus Suriname*, a Corte fixou em 10.000,00 dólares norte-americanos ou o equivalente em florins holandeses a reparação que o Suriname devia pagar às vítimas no prazo de seis meses.

Apesar da posição do governo brasileiro de buscar soluções amistosas intermediadas pela Comissão a fim de evitar o litígio judicial, os casos de composição impossível serão provavelmente submetidos à Corte. Assim como nas decisões da Comissão, o pagamento de reparações determinadas em sentenças da Corte coloca para a Administração o problema de seu cumprimento de acordo com as normas do ordenamento jurídico brasileiro. A Convenção Americana estabelece no art. 68.2 que a parte da sentença que determinar o pagamento de reparação pode ser executada no país segundo o processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

O cumprimento de sentenças da Corte com vistas ao pagamento de reparações poderia seguir o rito da execução da Fazenda Pública por quantia

certa, nos termos do art. 100 da Constituição Federal e dos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil. A parte apresentaria petição escrita ao juiz federal que fosse competente para a causa. O juiz citaria a Fazenda Pública para opor embargos. Não opostos os embargos ou sendo estes rejeitados, o juiz notificaria a Fazenda Pública para pagar no prazo determinado.

O procedimento proposto dependeria das mesmas modificações legislativas sugeridas para o cumprimento das decisões da Comissão Interamericana. Em primeiro lugar, as sentenças da Corte deveriam ser incluídas no rol de títulos executivos judiciais do art. 475-N do Código de Processo Civil como forma de afastar os embargos que a Fazenda Pública poderia opor. A aceitação da jurisdição da Corte pelo Brasil tem como consequência a possibilidade de enquadramento de suas sentenças no elenco de títulos executivos judiciais. Em segundo lugar, a posição do Supremo Tribunal Federal contida na Súmula n. 655/03 precisaria ser revista a fim de se dar plena aplicabilidade à exceção contida no art. 100, *caput*, da Constituição Federal quanto ao pagamento de dívidas de natureza alimentar sem precatório.

4.4 A PROPOSTA LEGISLATIVA PARA O CUMPRIMENTO DAS DECISÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Com o objetivo de disciplinar o cumprimento das decisões do sistema interamericano na ordem interna, o projeto de lei n. 3.214/00 da Câmara dos Deputados dispunha sobre os efeitos jurídicos das decisões da Comissão e da Corte Interamericanas. As decisões de ambos os órgãos produziram efeitos jurídicos imediatos no âmbito do ordenamento brasileiro e as decisões de caráter indenizatório constituíam títulos executivos judiciais sujeitos à execução direta contra a Fazenda Pública. As reparações deveriam respeitar os parâmetros fixados pelos organismos internacionais e teriam natureza alimentícia. A União teria ação regressiva contra as pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, responsáveis direta ou indiretamente pelos atos ilícitos que ensejassem a responsabilização do Estado brasileiro.

Arquivado em 2003 sem que fosse incluído em pauta para votação, o projeto de lei foi reapresentado em 2004 com alterações sob o n. 4.667. O novo projeto tem o mérito de fazer alusão aos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos cuja competência o Brasil tenha

reconhecido. Nos termos do substitutivo, as decisões desses órgãos produziram efeitos jurídicos imediatos no país e teriam força jurídica obrigatória e vinculante. A União ficaria obrigada a pagar as reparações ditadas pelos órgãos no prazo de sessenta dias a contar da notificação da decisão. Os recursos necessários ao pagamento das reparações teriam rubrica orçamentária própria. O projeto encontra-se presentemente na Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, onde foi aprovado na forma do substitutivo.

5. CONCLUSÃO

Embora reconheça a boa-fé e a lealdade processual dos Estados da região no cumprimento das decisões da Corte Interamericana, o Professor

Antônio Augusto Cançado Trindade⁷⁶ sublinha que as vítimas de violações de direitos humanos não têm ainda assegurada a execução das sentenças no plano interno. O Brasil poderia contar com a legislação necessária ao fiel cumprimento das decisões do sistema interamericano se aprovar emenda constitucional que exclua as dívidas de natureza alimentícia do regime do precatório e lei que disponha sobre o cumprimento das decisões dos órgãos internacionais e regionais de direitos humanos. A aprovação dessas normas é tanto mais premente que o princípio da duração razoável do processo, agora com foro de direito individual, obriga o Estado a instituir regras processuais que resolvam rapidamente as questões fundamentais.⁷⁷

NOTAS

1. Este artigo contém partes revistas e atualizadas da dissertação de mestrado de mesmo título defendida em 2005 na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília sob a orientação da Professora Renata Rocha de Mello Martins. Agradeço o apoio constante recebido do Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. O conteúdo do texto é de responsabilidade exclusiva do autor e não reflete necessariamente posições do governo brasileiro.
2. LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. pp. 64-86; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, pp. 138-143.
3. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. Op. cit., p. 39.
4. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos. *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Brasília, n. 113/118, 1998, p. 58.
5. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, v. 2, pp. 47-53.
6. O relatório com o projeto comentado sobre a responsabilidade internacional do Estado está disponível na página da Comissão de Direito Internacional em: <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf>. Acesso em: 7/8/06.
7. DIPLA, Haritini. *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme: problèmes d'imputation*. Paris: A. Pedone, 1994, pp. 17-19.
8. DIPLA, Haritini. Op. cit., pp. 20-32.
9. DIPLA, Haritini. Op. cit., pp. 32-36.
10. BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 4ª ed. Oxford: Oxford University, 1990. p. 434.
11. BROWNLIE, Ian. Op. cit., p. 402; ZEMANEK, Karl; SALMON, Jean. *Responsabilité internationale*. Paris: A. Pedone, 1987-1988, p. 76.
12. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O esgotamento de recursos internos no Direito Internacional*. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 23.
13. ASCENSIO, Hervé. Les obligations internationales des États en matière de protection des droits de l'homme. In COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO. *XXVIII Curso de Derecho Internacional*. Washington: Organización de los Estados Americanos, 2002, p. 8.
14. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The consolidation of the procedural capacity of individuals in the evolution of the international protection of human beings: present state and perspectives at the turn of the century, *Columbia Human Rights Law Review*, Nova York, v. 30, n. 1, 1998, p. 4.
15. O relatório de 2005, que inclui o debate sobre a proteção diplomática, está disponível na página da Comissão de Direito Internacional em: <<http://untreaty.un.org/ilc/reports/2005/2005report.htm>>. Acesso em: 7/8/06.
16. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O esgotamento de recursos internos no Direito Internacional*. Op. cit., pp. 148-165.
17. PINTO, Mónica. De la protection diplomatique à la protection des droits de l'homme. *Revue générale de droit international public*, Paris, t. 106, n. 3, 2002, íntegra.
18. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. The consolidation of the procedural capacity of individuals in the evolution of the international protection of human beings: present state and perspectives at the turn of the century. Op. cit., pp. 7 e 16.
19. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano: el acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos. In CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*. São José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 5-6.
20. REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 146-147.
21. RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*:

- seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 252-254.
22. FONTANA, Barbra. Damage awards for human rights violations in the European and Inter-American Courts of Human Rights. *Santa Clara Law Review*, Santa Clara, v. 31, n. 4, 1991, pp. 1.135 e 1.168.
23. NALIN, Paulo Ribeiro. Presunção de lucros cessantes: reflexões em torno de uma tendência jurisprudencial. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, 2000, pp. 3-14.
24. CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 43.
25. DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, v. 2, p. 737.
26. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., pp. 43-46.
27. BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves/Paulo de Azevedo, 1957, v. 5, p. 247.
28. ARMINJON, Pierre; NOLDE, Boris; WOLFF, Martin. *Traité de droit comparé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. p. 53; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon; TUNC, André. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 6ª ed. Paris: Montchrestien, 1965. p. 400; GOUBEAUX, Gilles; BIHR, Philippe; HENRY, Xavier. *Code civil*, 97ª ed., Paris: Dalloz, 1997-1998. p. 1.029.
29. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, t. 53, p. 229.
30. CAHALI, Yussef Said. Op. cit., p. 53.
31. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 904-905.
32. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil: les conditions de la responsabilité*. 2ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998, pp. 71-85.
33. MARKESINIS, Basil S.; DEAKIN, Simon F. *Tort law*. 4ª ed. Oxford: Oxford University, 1999, p. 730.
34. PROSSER, William L. *The law of torts*. 5ª ed. St. Paul: West Publishing, 1984, pp. 9-10.
35. GULICK, George S.; KIMBROUGH, Robert T. (Coords.). *American jurisprudence*. 2ª ed. São Francisco: Bancroft-Whitney, 1962, v. 22, pp. 786-787.
36. GULICK, George S.; KIMBROUGH, Robert T. (Coords.). Op. cit., p. 788.
37. AMERICAN LAW INSTITUTE. *Restatement of the law of torts*. Washington: American Law Institute, 1939, v. 4, p. 554.
38. LAW COMMISSION FOR ENGLAND AND WALES. Aggravated, exemplary and restitutionary damages, p. 53. Relatório n. 247, publicado em 16/12/97. Disponível em: <<http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc247.pdf>>. Acesso em: 7/8/06.
39. LAW COMMISSION FOR ENGLAND AND WALES. Op. cit., p. 100.
40. PROSSER, William L. *The law of torts*. 5ª ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1984. p. 12.
41. LAW COMMISSION FOR ENGLAND AND WALES. Op. cit., p. 54.
42. AMERICAN TORT REFORM ASSOCIATION. Punitive damage reform. Disponível em: <<http://www.atra.org/show/7343>>. Acesso em: 7/8/06.
43. RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis*. Teoria e prática do Direito Internacional. Op. cit., p. 279.
44. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 179-184.
45. GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 719; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 505-506 e 513; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., pp. 805-807.
46. VLIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. Araras: Bestbook, 2001, p. 18.
47. THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Fazenda Pública e alguns aspectos da execução forçada. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 281, 1983, p. 71; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 37ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 2, p. 255.
48. ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 9, p. 410. Coordenação de Ovídio A. Baptista da Silva.
49. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 523.
50. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. Op. cit., p. 523.

51. GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 95.
52. CUNHA, Lásaro Cândido da. *Precatório: execução contra a Fazenda Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. pp. 117-118; DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execuções contra a Fazenda Pública: regime de precatório*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 93; FLAKS, Milton. *Precatório judiciário na Constituição de 1988*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 58, 1990, p. 87.
53. *Ordenações, e leys do Reyno de Portugal, confirmadas, e estabelecidas pelo Senhor Rey D. João IV*. Lisboa: Mosteiro de S. Vicente de Fóra, Câmara Real de Sua Majestade, 1747. livro 1^o, título 10, § 3^o, p. 34.
54. MALHEIROS, Agostinho Marques Perdigão. *Manual do Procurador dos Feitos da Fazenda Nacional nos Juizos de Primeira Instancia*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1859, p. 117.
55. *Collecção das Leis da Republica dos Estados Unidos do Brazil de 1898*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1900, v. 2, p. 1.171.
56. AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. *Elaborando a Constituição Nacional: Atas da Subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933*. Brasília: Senado Federal, 1993. p. 681. Edição fac-similar.
57. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1937, t. 2, pp. 556-557.
58. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2000. t. 3, p. 114; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *A Constituição Federal comentada*. 3^a ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1959, v. 4, pp. 223-224; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1938. t. 3, p. 45; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2^a ed. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. 5, p. 305; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, t. 3, pp. 619-622; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, t. 3, pp. 646-648.
59. DELGADO, José Augusto. *Execução contra a Fazenda Pública – revisão dos dispositivos constitucionais – algumas controvérsias*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 197, 1994, p. 5.
60. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos E. U. do Brasil*. Op. cit., p. 556.
61. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Op. cit., p. 127 (Sic).
62. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1997, v. 4, t. 3, p. 113; DEGRAZIA, Osvaldo Flávio. *O pagamento do crédito alimentar judicial pela Fazenda Pública na atual Constituição Federal*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 666, 1991, pp. 243-244; DELGADO, José Augusto. Op. cit., p. 16; SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Op. cit., pp. 131-132.
63. DELGADO, José Augusto. Op. cit., p. 16.
64. CUNHA, Lásaro Cândido da. *Precatório: execução contra a Fazenda Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, pp. 136-137.
65. ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. *Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*. 18^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 37.
66. ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio F. da. Op. cit., p. 86.
67. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, v. 2, p. 182.
68. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Op. cit., v. 2, p. 136.
69. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Thoughts on recent developments in the case-law of the Inter-American Court of Human Rights: selected aspects*. *American Society of International Law Proceedings*, Washington, v. 92, 1998, p. 200.
70. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Op. cit., p. 307.
71. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, v. 3, p. 39.
72. RAMOS, André de Carvalho. *Direitos humanos em juízo: comentários aos casos contenciosos*

- e consultivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Op. cit., p. 78.
73. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações dos direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil*. Op. cit., p. 230.
74. O parecer normativo n. GQ-03/93 está disponível na página da Advocacia-Geral da União em: <http://200.181.70.163/pareceres/index_default.htm>. Acesso em: 7/8/06. O parecer refere-se à Lei n. 8.197/91, predecessora da Lei n. 9.469/97.
75. A solução amistosa no caso *José Pereira*, que consta do relatório n. 95/03, está disponível na página da Comissão Interamericana de Direitos Humanos em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Brasil.12289.htm>>. Acesso em: 7/8/06.
76. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Op. cit., v. 2, p. 184.
77. WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pp. 29-30.

EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA – TIJ – Y EL ASUNTO DE LA *CONTROVERSIA TERRITORIAL* *ENTRE LA REPÚBLICA DEL CHAD Y LA JAMAHIRIYA* *ÁRABE LIBIA. APUNTES A LA LUZ DEL DERECHO* INTERNACIONAL PÚBLICO

RENATO ZERBINI RIBEIRO LEÃO

Advogado; Bacharel e Mestre em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília – UnB; Professor de Direito Internacional Público e Relações Internacionais do UniCEUB; Doutorando em Direito Internacional e Relações Internacionais UAM/IUOG; Bolsista do governo brasileiro – CAPES – Brasil.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo analizar la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia (TIJ)¹ de 3 de febrero de 1994 concerniente a la disputa territorial entre la República del Chad (Chad) y la Jamahiriya Árabe Libia (Libia). Esta zona territorial fronteriza también es conocida como Faja de Aouzou.

El análisis será fundamentalmente iluminado por cuatro documentos: la propia sentencia del TIJ relativa a este asunto, la *Declaración* del Juez Roberto Ago, la *Opinión Separada* del Juez Shahabuddenn y la *Opinión Disidente* del Juez Sette-Camara. Se utilizará, además, material teórico y doctrinario según la bibliografía en anexo, buscando optimizar las enseñanzas obtenidas hasta la fecha.

Con relación al tema específico del artículo, los documentos analizados nos permiten afirmar que la Faja de Aouzou es una zona de tierra fronteriza situada entre Chad y Libia, rica en uranio y manganeso.² Dicha frontera ha sido establecida por el Tratado de Amistad y Buena Vecindad, celebrado el 10 de agosto de 1955, entre Francia, antigua metrópolis de Chad, y Libia.³ Veremos que será con base en ese Tratado que el TIJ decidirá el pleito definitivamente.



Fig.1 Localización de la Faja de Aouzou.

Fuente: www.un.org

LOS HECHOS

A pesar de la existencia del Tratado de Amistad y Buena Vecindad, Chad y Libia reclamaban la Faja de Aouzou como territorio propio. La disputa entre Chad y Libia es, sin embargo, el resultado de un largo y complejo historial de actividades militares, diplomáticas y administrativas por parte del Imperio Otomano, de Francia, de Gran Bretaña, de Italia e, incluso, de la Orden de Senoussi (una especie de orden religiosa que ejerció el liderazgo en la lucha contra las invasiones francesas e italianas en sus tierras). Dicho cuadro histórico se ha reflejado en numerosas convenciones, muchas correspondencias diplomáticas y diversos mapas, conformando un conjunto de documentos que fueron tomados en cuenta por el TIJ para la decisión del caso.⁴

A partir de los años 70 del siglo XX, la construcción de un escenario tenso entre los dos países se consolidaba y la situación se agravaba a cada día. Ese posicionamiento bilateral de contraposición fronteriza provocó numerosos enfrentamientos entre los dos países en la década de los setenta, a tal punto que en 1978, bajo insistentes alegaciones de violaciones territoriales mutuas, Chad y Libia rompieron sus relaciones diplomáticas. A continuación, Libia tomó la capital chadiana en 1981. Dicho evento ha llevado a Chad a solicitar el apoyo del ejército francés para la retirada de las tropas libanesas. Tres años después, el 25 de septiembre de 1984, Francia y Libia acuerdan retirar sus tropas de la frontera. Sin embargo, el ex Presidente Oueddei de Chad, gobernante desde 1979 hasta que los rebeldes de Habré capturaron la capital chadiana y patrocinaron su deposición en 1982, continuaba teniendo el apoyo libanés. Esta situación política sólo sufre un revés en 1987, cuando Habré fue reconocido como Presidente de Chad por parte del depuesto Oueddei. A partir de estas nuevas circunstancias, Chad y Libia reanudaron sus relaciones diplomáticas en 1988, promoviendo un arreglo pacífico sobre la Faja de Aouzou el 3 de octubre de ese mismo año.⁵

El arreglo pacífico sobre la Faja de Aouzou, fruto del compromiso político entre Chad y Libia, tuvo en el Acuerdo Marco sobre el Arreglo Pacífico de la Controversia Territorial (de ahora en adelante Acuerdo Marco), firmado el 31 de agosto de 1989 en Argel, su fundamento jurídico. Por este acuerdo, los dos Estados se comprometieron, primeramente, a solucionar su controversia territorial por todos los medios políticos a su alcance, en un plazo de un año, a menos que una de las partes decidiera otra cosa. Al acuerdo y con base en ello, han seguido una serie de conversaciones diplomáticas e intentos

políticos. Sin embargo, dado el resultado negativo de todos esos intentos, las partes han decidido someter el asunto al TIJ. Dicho hecho se ha concretado en septiembre de 1990, algunos meses antes de que el General Idris Deby se autoproclamase Presidente del Chad tras la derrota de Habré. El TIJ recibió la notificación con la solicitud para el inicio del procedimiento el 31 de agosto de 1990 por parte de Libia y el 3 de septiembre de aquel mismo año por parte de Chad.⁶

Después de casi cuatro años de tramitación de un caso complicado, ya que tenía como elemento central de análisis el Tratado de Amistad y Buena Vecindad de 1955, cuyos subsidios para la deducción segura de una frontera en la Faja de Aouzou eran muy complejos, el TIJ decidió sobre el fondo del asunto el 3 de febrero de 1994. En la sentencia del caso de la Franja de Aouzou, el TIJ falló que dicha frontera correspondería a las siguientes coordinadas:

“Desde la intersección del meridiano 24 de longitud este con el paralelo 19°30’ de latitud norte, una línea recta hasta la intersección del Trópico de Cáncer con el meridiano 16 de longitud este; y desde ese punto, una línea recta hasta la intersección del meridiano 15 de longitud este y el paralelo 23° de latitud norte.”⁷

El TIJ había fallado en el sentido de establecer la frontera con las mismas coordinadas apuntadas por el Tratado de Amistad y Buena Vecindad de 1955. Por dicho entendimiento, Chad ha quedado completamente atendido en su planteamiento fronterizo.⁸ Ante esta realidad, Chad y Libia firmaron el 4 de abril de 1994, en la ciudad libanesa de Sirte, un acuerdo por el cual se comprometían a respetar el fallo del TIJ y establecían las modalidades de cumplimiento del mismo. Entre otras cosas, en el acuerdo se preveían la retirada de la administración y de las fuerzas libias (artículo 1°), la remoción de las minas (artículo 2°), los puestos para el paso de personas y bienes (artículo 3°), el estudio de la cuestión de la vigilancia de la frontera (artículo 4°), el mantenimiento de relaciones de buena vecindad (artículo 5°), la delimitación de la frontera (artículo 6°), el desarrollo de la cooperación (artículo 7°) y la notificación del acuerdo a las Naciones Unidas (artículo 8°).⁹

EL TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA -TIJ- Y EL CASO

El TIJ decidió la diferencia fronteriza entre Chad y Libia con base en el Tratado de Amistad y Buena Vecindad celebrado el 10 de agosto de 1955, entre Francia, antigua metrópolis de Chad, y Libia.¹⁰

sus términos en su contexto y a luz de su objeto y fin, se funda primordialmente en el propio texto del tratado. En el ámbito jurisdiccional del TIJ, dicha interpretación ya ha sido invocada también en otros asuntos: Asunto de las plataformas petrolíferas entre Irán y Estados Unidos, Asunto de la Isla de Kasikili/Sedudu entre Botswana y Namibia, Asunto La Grand, entre otros.²⁰

La jurisdicción del TIJ, en el presente asunto, ha sido aceptada por las Partes sobre la base del ya mencionado Acuerdo Marco. Sin embargo, en las argumentaciones de las Partes nos encontramos con que Chad añade, subsidiariamente, la jurisdicción del TIJ basada también en el artículo 8° del Tratado de 1955, que establecía:

*“Such disputes as may arise from the interpretation and application of the present Treaty and which may prove impossible to settle by direct negotiations shall be referred to the International Court of Justice at the request of either Party, unless the High Contracting Parties agree upon some other method of settlement.”*²¹

El TIJ, en el párrafo 22 de su sentencia de 3 de febrero de 1994 sobre este asunto, explicita su opinión sobre la argumentación agregada de Chad acerca de la jurisdicción en el sentido de que mientras la jurisdicción conferida por el Acuerdo Marco no estuviese en disputa, no habría cómo considerar una cuestión adicional de jurisdicción bajo el Tratado de Amistad y de Buena Vecindad.²² Por lo tanto, el TIJ descartó el análisis de este punto en particular.

Sin embargo, para llegar a la solución del caso con mayor precisión, el TIJ ha mencionado la posibilidad de utilizar diferentes medios de interpretación. Aunque el Tratado de Amistad y de Buena Vecindad sea la base fundamental de interpretación por parte del TIJ en el presente asunto, éste manifestó la eventualidad de acudir a otros medios complementarios de interpretación para llevar a cabo sus conclusiones. El final del párrafo 24 de la sentencia es claro en ese sentido al afirmar con relación a los varios documentos aportados la importancia de todos ellos: *“The Court will first consider this documentation, and will enumerate those of the conventional instruments which appear to it to be relevant”*.²³ El párrafo 51, a su vez, ilustra su posicionamiento manifestando que la tarea del TIJ es clara e incluso hace remisión a una jurisprudencia del antiguo Tribunal Permanente de Justicia Internacional -TPJI- para iluminar su conclusión acerca de la utilización de medios complementarios de interpretación:

“Having before it a clause which leaves little to be desired in the nature of clearness, it is bound to apply this clause as it stands, without considering whether other provisions might with advantage have been added to or substituted for it.” (Acquisition of Polish Nationality, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, n. 7, p. 20)²⁴

El párrafo 51 de la sentencia continúa afirmando que está clara la intención de las Partes, a la luz del artículo 3° del Tratado de Amistad y Buena Vecindad, de encontrar una solución definitiva para la cuestión de sus fronteras comunes. Dicho posicionamiento es lo que la doctrina llama de máxima del *“efecto útil”*, o sea, *“la interpretación de una cláusula de un Tratado debe hacer posible que la misma cumpla la función práctica o realice la misión política para que fue concebida, alcanzando su objeto y fin. El intérprete debe suponer que los autores del Tratado han elaborado la disposición para que se aplique, de forma que, entre las varias interpretaciones posibles, debe escoger aquella que permita su aplicación específica –ut res magis valeat quam pereat–”*.²⁵

En su Declaración, el Juez Ago afirma haber añadido su voto a favor de la sentencia decisoria de este asunto, que tuvo 16 votos a favor y uno en contra (el del juez brasileño Sette-Câmara), porque Libia, que primeramente estaba interesada en otros aspectos del cuerpo de cuestiones planteadas ante el TIJ, a la luz de los instrumentos disponibles para el análisis, reconoció implícitamente las conclusiones presentadas por el Gobierno francés²⁶ y dichas conclusiones son pilares del Tratado de Amistad y Buena Vecindad que fue el elemento decisivo para el TIJ concluir la controversia en este asunto. Por eso, el Juez Ago votó favorablemente a la sentencia.

En este asunto, el TIJ ha interpretado la situación histórica y jurídica de acuerdo al momento de la celebración del Tratado de Amistad y Buena Vecindad en 1955.²⁷ Sin embargo, la doctrina y la práctica más reciente apuntan en el sentido opuesto, destacando que *“todo instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en el que la interpretación tiene lugar* (Dictamen sobre Namibia, C.I.J., Rec. 1971:31-32;...Asunto de la plataforma Continental del Mar Egeo, C.I.J., Rec. 1978:32; Asunto del Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros, C.I.J., Rec. 1997:67-68...)²⁸

La lectura del párrafo 38 hasta el párrafo 76 de esta sentencia nos permite concluir que el TIJ lanza elementos objetivando enseñar que la definición de un territorio pasa por la definición de sus fronteras.²⁹

southeast line, which was at the origin of the dispute, and which continuous to appear on very recent maps, for instance, the 1988 OAU map attached to its Sub-Committee's report on the Libya-Chad dispute."³⁶

Al concluir el asunto a la luz del Tratado de Amistad y Buena Vecindad, el TIJ sentenciaba su posicionamiento y el Juez Sette-Câmara construía su opinión disidente.

EL SEGUIMIENTO DEL FALLO DEL TIJ CON RELACIÓN A LA CONTROVERSIAS FRONTERIZA ENTRE LIBIA Y CHAD

La decisión en el asunto transfronterizo entre Libia y Chad ha generado un interesante precedente en el campo de las soluciones de controversias internacionales. Luego después del fallo en este asunto por parte del TIJ, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas -CSNU-, a petición de las Partes, autorizó el despliegue de una Operación de Manutención de paz -OMP- para supervisar su cumplimiento.

Dicha supervisión de la ejecución del fallo del TIJ ya estaba estipulada por las Partes en el seno del ya mencionado Acuerdo Marco firmado entre Libia y Chad.

Esta OMP es conocida como Grupo de Observadores de las Naciones Unidas en la Faja de Aouzou (UNASOG) y fue establecida por la resolución 915(1994), de 4 de mayo de 1994, del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (CSONU). Su mandato era, por un solo período de 40 días a partir del establecimiento de la UNASOG, o sea 4 de mayo de 1994, vigilar la retirada de la administración y de las tropas libias de la Faja de Aouzou, a la luz del artículo 1° del acuerdo firmado entre los gobiernos de Chad y Libia, el 4 de abril de 1994, con fulcro en las modalidades prácticas de ejecución del fallo del TIJ de 3 de febrero de 1994.³⁷

El artículo 1° del acuerdo de 4 de abril de 1994 entre Chad y Libia pactaba, entre otras cosas, que: a) las operaciones de retirada de la administración y de las fuerzas libias comenzarían el 15 de abril de 1994 bajo la supervisión de un equipo mixto compuesto por 25 oficiales libios y 25 oficiales chadianos; b) el equipo mixto tendría su base en el puesto administrativo de Aouzou; c) las operaciones de retirada concluirían el 30 de mayo de 1994 a las 00.00 hora; y d) los observadores de la ONU asistirían a todas las operaciones de la retirada Libia y verificarían que fuera efectiva.³⁸

El contexto histórico que circunscribió la creación de la UNASOG es posterior al final de la guerra fría. Dicho período histórico tiene una característica única con relación a las Operaciones de Mantenimiento de la Paz -OMPs-: a partir de 1988 el CSONU lanza un acentuado renacimiento de las OMPs. Los números ilustran esa afirmación ya que hasta 1988 habían sido registradas 13 OMPs y en 2002 los datos ya apuntaban a 55 OMPs ejecutadas.³⁹ La alteración en las cifras, durante ese período, no fue sólo cuantitativa. Además de las OMPs tradicionalmente basadas en el despliegue de observadores o fuerzas militares con el mandato de supervisar el cumplimiento de acuerdos de armisticio o alto al fuego, y/o de interponerse entre los combatientes (UNIKOM entre Irak y Kuwait, UNMOT en Tayikistán, UNOMSIL en Sierra Leona, UNOMIG en Georgia, UNOMOP en Prevlaka, UNOMUR entre Ruanda y Uganda, MONUA en Angola, UNMEE entre Etiopía y Eritrea), durante este período pululan las OMPs caracterizadas por un carácter multifuncional con crecientes componentes civiles, capaces de desarrollar funciones diversas en pro de la cooperación con las partes en la implementación de acuerdos globales de resolución pacífica de controversias. Las funciones más destacadas son las siguientes: despliegues preventivos (UNPREDEP en Macedonia), acciones compulsivas para restaurar o mantener cesaciones del fuego (UNOSOM II en Somalia), escolta militar a la distribución de ayuda humanitaria (UNPROFOR en Bosnia-Herzegovina, UNOSOM II en Somalia), la organización y verificación de procesos electorales (UNTAG en Namibia, ONUSAL en El Salvador, UNAVEM II en Angola, UNTAC en Camboya y ONUMOZ en Mozambique), la supervisión de procesos de concentración, desarme y desmovilización de los contendientes (ONUSAL en Nicaragua, UNAVEM I y II en Angola, ONUMOZ en Mozambique, ONUSAL en El Salvador, MINUGUA en Guatemala), salvaguardia de zonas protegidas de diversa índole (UNPROFOR en Croacia y Bosnia-Herzegovina), asistencia a la reconstrucción de estructuras estatales democráticas tras una guerra civil (ONUSAL en El Salvador y UNTAC en Camboya), protección de los derechos humanos y la población civil (ONUSAL en El Salvador, UNMIH en Haití, UNPROFOR en Bosnia-Herzegovina y UNAMIR en Ruanda) remoción de Minas (UNTAC en Camboya, UNITAES en Croacia, UNMIBH en Bosnia-Herzegovina), administración provisional de diversos territorios (UNITAES en Croacia, UNMIK en Kosovo, UNTAET en Timor Oriental), administración y verificación de la policía local (UNTMH y MIPONUH en Haití, UNPSG en

Croacia, UNMISET en Timor Oriental).⁴⁰Las OMPs con esas características se encajan en lo que los especialistas suelen llamar de OMPs de segunda generación.⁴¹

Sin embargo, la UNASOG posee una característica única: ha sido creada para verificar el cumplimiento de una sentencia del TIJ. Según ya hemos visto, el TIJ recibió la controversia sobre la Faja de Aouzou, entre Chad y Libia, en septiembre de 1990.

Inmediatamente al Acuerdo de Sirte, Chad y Libia solicitaron a la ONU su colaboración para llevar a cabo las conclusiones firmadas el 4 de abril de 1994. En el mismo mes de abril de 1994, en los días 6 y 13 respectivamente, Libia y Chad enviaron cartas al Secretario General de la ONU solicitando la implicación de ese organismo en la conclusión del Acuerdo de Sirte. La solicitud fue atendida por el Secretario General de la ONU, quien en el mismo día 13 de abril de 1994 informó al Presidente del CSONU la llegada de dicho Acuerdo y recomendó enviar un equipo de reconocimiento de la ONU, compuesto por personal civil y militar, para que fuera a la zona en cuestión y le informara sobre las posibilidades de una OMP.⁴² Se debe señalar, sin embargo, que la UNASOG es un producto de la voluntad de Libia y Chad.

En el ámbito de los arreglos políticos para la consolidación de la UNASOG, hay un tema particular en el marco de sus antecedentes, que pone de relieve el interés del Secretario General y del CSONU en el desarrollo de esa OMP. El CSONU, en ese momento, había prohibido el sobrevuelo, el aterrizaje y las salidas de aviones a/o desde Libia, debido a la sanción adoptada en su Resolución 748 de 31 de marzo de 1992, fundamentada por las implicaciones libias en casos de terrorismo.⁴³ Para concretizar la UNOSOG, el CSONU, a través de la Resolución 910 de 14 de abril de 1994, decide suspender la aplicación de la Resolución 748 (1992) con respecto a los aviones de la ONU que volarían a Libia con el fin de transportar al equipo de reconocimiento del Secretario General.⁴⁴ Nótese que la Resolución 910, de 14 de abril de 1994, tiene apenas un día de antecendencia a la fecha establecida en el artículo 1º del acuerdo firmado el 4 de abril de 1994 para el inicio de las operaciones de retirada de la administración y de las tropas libias de la faja de Aouzou, es decir, 15 de abril de 1994.

El equipo de reconocimiento de la ONUSOG llegó a Libia el 15 de abril de 1994. En esa fecha llegaron cinco observadores militares a fin de estudiar las condiciones imperantes sobre el terreno conforme determinaba la Resolución S/1994/512. Este primer grupo se ha convertido en la avanzadilla

de la operación, teniendo como Jefe de Observadores Militares al Coronel Mazlan Bahamuddin, natural de Malasia. Ese equipo avanzó hacia la Faja de Aouzou el 17 de abril de 1994. El 12 de mayo de 1994 llegaron otros cuatro observadores militares, que juntamente con otros seis civiles de contratación internacional completaron el efectivo de la ONUSOG sobre el terreno. Todos los observadores militares, así como la mayoría de los seis auxiliares internacionales, procedían de la Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum del Sáhara Occidental (MINURSO). Los observadores fueron aportados por Bangladesh, Ghana, Honduras, Kenya, Malasia y Nigeria.⁴⁵

La UNASOG fue un clásico ejemplo de una OMP creada para la verificación de retiradas de tropas. Eso sí, ella nace con la característica exclusiva de surgimiento a partir de un fallo de la CIJ. Podría, además, ser considerada como una de las más cortas OMPs ya registradas en el seno de la ONU. Su período de duración está comprendido entre los días 4 de mayo de 1994, a la luz de la Resolución 915 de aquel año, y el día 13 de junio de 1994, de acuerdo a la Resolución 926 del mismo año, ambas Resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU. Por lo tanto, la UNASOG ha desarrollado y concluido su mandato dentro de los 40 días establecidos por la Resolución S/RES/915 de 1994, su progenitora. No hay dudas acerca de la conclusión de que la UNASOG puede ser caracterizada como una OMP exitosa.

CONCLUSIÓN

En su fallo de 3 de febrero de 1994, acerca de la controversia territorial entre Libia y Chad, el TIJ fundamentó su decisión en el Tratado de Amistad y Buena Vecindad, celebrado el 10 de agosto de 1955, entre Francia, antigua metrópolis de Chad, y Libia.

Como técnica de método de interpretación de dicho Tratado, el TIJ a partir del análisis de su texto, acudió al contexto y al objeto y fin del mismo para la simple confirmación de la interpretación obtenida de su lectura.⁴⁶

Dicho fallo generó la constitución de la UNASOG. Ésta es una OMP con una característica muy peculiar: ha sido creada para vigilar el cumplimiento o la ejecución de una sentencia del TIJ. Este hecho concreto no suele representar una función clásica de las OMP, independientemente del hecho de que tratan de la verificación de una retirada de tropas o de otra cuestión. Sin embargo, no se puede negar que la existencia de la UNASOG se deba al fallo del TIJ en este asunto.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

BROTÓNS, Antonio Remiro y otros. *Derecho Internacional*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIEZ DE VELASCO, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 14ª ed., 2004.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. *Operaciones de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz – Análisis Jurídico de las Operaciones de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz*. Volumen I. Huelva: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1998.

———. *Operaciones de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz – La presencia de la ONU en los conflictos internacionales e internacionalizados*. Volumen II. Huelva: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1998.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Luis I. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés. *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Thomson y Civitas Ediciones, 3ª edición revisada, 2003.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos, 9ªed., 2003.

Páginas Electrónicas:

NACIONES UNIDAS: www.un.org.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE: www.icj-cij.org.

Documentos:

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y SÁENZ DE SANTA MARÍA, Paz Andrés. *Legislación básica de Derecho Internacional público*. Madrid: Tecnos, 4ª edición actualizada, 2004.

Documentos de Naciones Unidas:

BOUTRUS BOUTRUS-GHALI. A/47/277 – S/24111 of 17 June 1992: *An Agenda for Peace Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping*. Report of the Secretary-General pursuant to the statement adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992.

ONU. *Carta das Nações Unidas e Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Nova York: Departamento de Informação Pública da ONU. Portuguese OPI/511 – 10M (6-76).

RESOLUCIONES DEL CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS – ONU:

RESOLUCIÓN 910 de 14 de abril de 1994 – Sobre el párrafo 4º de la Resolución 748 (1992), el cual no será aplicable con respecto a los aviones de las Naciones Unidas que vuelen a Libia o desde Libia, con el fin de transportar al equipo de reconocimiento del Secretario General: S/RES/910.

RESOLUCIÓN 915 de 4 de mayo de 1994 – Crear el Grupo de Observadores de las Naciones Unidas en la Faja de Aouzou (UNASOG) para observar la aplicación del acuerdo firmado el 4 de Abril de 1994 en Libia, de conformidad con las recomendaciones del Secretario General y el párrafo 9º de la Resolución 907 (1994): S/RES/915.

RESOLUCIÓN 926 de 13 de junio de 1994 – Terminar el mandato de la UNASOG: S/RES/926.

INFORMES DEL SECRETARIO GENERAL DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS – ONU:

S/1994/512 de 27 de abril de 1994 – Informe del Secretario General relativo al acuerdo sobre la ejecución del fallo de la Corte Internacional de Justicia respecto a la controversia territorial entre el Chad y la Jamahiriya Árabe Libia.

S/1994/672 de 6 de junio de 1994 – Informe del Secretario General sobre el Grupo de Observadores de las Naciones Unidas en la Faja de Aouzou.

OTROS DOCUMENTOS DE LAS NACIONES UNIDAS:

ONU: Doc. S/1994/402.

ONU: Doc. S/1994/424.

ONU: Doc. S/1994/432.

Documentos del Tribunal Internacional de Justicia -TIJ

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE -ICJ-, *Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Sentence of 3 February 1994, General List n. 83.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE -ICJ-, *Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Declaration of Judge Ago.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE -ICJ-,
Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Separate Opinion of Judge Shahabuddeen.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE -ICJ-,
Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Dissenting Opinion of Judge Sette-Camara.

NOTAS

1. El Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) o Corte Internacional de Justicia (CIJ) es un órgano principal de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Véase el artículo 1º, párrafo 1º de la Carta de la ONU o Carta de San Francisco.
2. Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ. *Operaciones de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz – La presencia de la ONU en los conflictos internacionales e internacionalizados*. Volumen II. Huelva: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1998, p. 311.
3. ONU, op. cit., pp. 1-2, punto 3.
4. Véase INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE -ICJ-, *Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Sentence of 3 February 1994, General List n. 83, paragraph 24.
5. Véase esas informaciones en Pablo Antonio FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, op. cit., p. 311.
6. Véase INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE -ICJ-, *Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, op. cit., pp. 8-9 y documento del Consejo de Seguridad de la ONU, S/1994/512, op. cit., p. 1.
7. ONU, op. cit., p.2, punto 3.
8. Véase INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE -ICJ-, *Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, op. cit., pp. 13-14.
9. ONU, op. cit., p.2, punto 4.
10. Véase párrafo tercero de la introducción de este trabajo.
11. Véase INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE -ICJ-, *Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, op. cit., pp. 19-28.
12. REMIRO BROTONS, Antonio y otros, *Derecho Internacional*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p.386.
13. REMIRO BROTONS, Antonio y otros, op. cit., p.181.
14. "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.
15. Definición dada por el Profesor Antonio Remiro Brotóns en el aula de 13.12.2004, de la asignatura "Formación de obligaciones internacionales: problemas actuales", en el Programa de Doctorado Interuniversitario en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales del Instituto universitario de Investigación Ortega y Gasset y Universidad Autónoma de Madrid.
16. REMIRO BROTONS, Antonio y otros, op. cit., p. 188.
17. Con la evolución, consolidación y legitimación de la normativa de protección internacional de la persona humana no caben 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.
18. 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.
19. Acerca de los principios estructurales del ordenamiento internacional consulte Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS, Luis I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Thomson y Civitas Ediciones, 3ª edición revisada, 2003, pp. 92-94.
20. Manuel DIEZ DE VELASCO. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 14ª ed., 2004, p. 183.
21. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE -ICJ-, *Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, op. cit., p. 15.
22. Véase párrafo 22 del documento: INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE -ICJ-

THE EUROPEAN CHARTER FOR REGIONAL OR MINORITY LANGUAGES: AN OVERVIEW*

SONIA PARAYRE

Administrator, Secretariat of the Charter for Regional or Minority Languages, Council of Europe.

The European Charter for Regional or Minority Languages entered into force in 1998¹ and so far has been ratified by 21 States² and signed by 12 States.³ It is a unique instrument, the only international convention devoted specifically to the protection and promotion of less widely spoken languages. Its purpose is to protect and promote the various minority languages spoken in the different countries of Europe, thereby preserving the cultural wealth of this continent. It does not aim to protect national minorities as such, which is the purpose of another Council of Europe treaty, the Framework Convention for the Protection of National Minorities.⁴ Unlike the Framework Convention, the Charter focuses not on minority groups but on the protection of minority languages themselves.⁵ This was a deliberate choice. By unambiguously placing the main emphasis on the cultural aspect of the languages, it became possible to include all traditionally spoken less widely used languages without worrying about the *status* of those who speak them, and to avoid such delicate matters as the political rights of ethnic minorities.

However, in our view, these two conventions are in fact complementary, the Framework Convention being broader in scope while the Charter deals with the question of minority languages in greater depth and in more concrete terms.⁶

This overview will be divided in three parts relating respectively on the definition of languages, the conception of protection and finally the monitoring mechanism.

I . THE CHARTER RECOGNISES SEVERAL CATEGORIES OF LANGUAGES

First there are the regional or minority languages, which are the primary beneficiaries of the Charter's measures of protection. According to the definition contained in Article 1 of the Charter,

they are languages which are traditionally used within a given territory of a State by nationals of that State who form a group numerically smaller than the rest of the State's population. Article 1 explicitly excludes the languages of migrants and the dialects of the official language(s) of the State. Admittedly, the distinction between a language and a dialect may not always be easy to make, although this is primarily the task of the State concerned. And more importantly, since this may call for an autonomous appreciation by the Charter monitoring mechanism, there are no clear criteria as to when the language of a migrant population that has remained attached to its use in the host country becomes 'traditional' within the meaning of Article 1 of the Charter. But however that may be, it remains true that the demographic, cultural and social situation of the languages covered by the Charter varies enormously.

Secondly, there are the official languages, of which a country may have one or several, extending over a part or the whole of its territory. It is worth recalling that the Preamble of the Charter stresses that "the protection and the encouragement of regional or minority languages should not be to the detriment of the official languages and the need to learn them". In other words, the Charter does not support an inward-looking or isolationist approach to minority language protection, which would in fact not be in the interests of the speakers of these languages. On the contrary, some provisions of the Charter, such as Article 7 para. 3, aim specifically at promoting mutual understanding between the various linguistic groups, particularly between majorities and minorities.

Thirdly, in accordance with article 3.2, the protection measures of the Charter may be extended to the so-called "less widely used official languages". This tends to be known as the "Irish clause", although in fact some other cases also correspond to this category,⁷ while Ireland itself has unfortunately not yet availed itself of it by ratifying the Charter.

numbers and degree of concentration vary greatly. Moreover, some can benefit from the fact that their language is the dominant one in a neighbouring State, whereas other regional languages are not anywhere the language of the majority. In such widely different situations, it would be quite inappropriate to prescribe identical treatment, for either the treatment would be quite unrealistically demanding when a State had to apply it to the weaker languages, or else we would end up with a lowest common denominator which would be of little or no benefit to the stronger linguistic groups.

Therefore the authors of the Charter opted for a solution allowing a high degree of flexibility to adapt the commitments of the Parties to the situation of each language. It does so in three ways. Firstly, Part III applies only to those languages that are specified by the State at the time of ratification. Therefore, unlike the provisions of Part II, none of the clauses of Part III can apply to languages not explicitly identified by the State to this effect. However, an instrument of ratification which excluded important regional or minority languages from Part III protection could be considered as contrary to the spirit of the Charter. Secondly, each contracting State may choose *which* provisions of Part III it undertakes to apply to each of its regional or minority languages, provided it accepts a minimum of 35 paragraphs. And thirdly, some of these paragraphs contain various options from which the Parties must choose with regard to each one of the languages concerned.

In spite of the wide scope for choice, the States are not left to choose arbitrarily the protection granted to each language. As most of the articles of Part III specify, they must select the provisions "according to the situation of each language". This is a crucial phrase in the Charter. Basically it means that the larger the number of speakers of a regional or minority language, and the more homogeneous the local population, the stronger the option that should be adopted. A weaker alternative should be preferred only when the stronger option cannot reasonably be applied owing to the situation of the language in question. For obvious reasons, this reasoning can not apply in case of endangered languages: in that particular case, States should take immediate measures that are particularly strong to safeguard those languages.¹¹

The careful adaptation of the choice of the undertakings to the specific situation of each language is therefore one of the crucial elements which explain why the ratification process is so important.

III. WHAT MEASURES ARE TAKEN TO ENSURE THAT THE PARTIES FULFIL THEIR UNDERTA-KINGS?

Logically, given that the Charter does not secure any enforceable rights for language groups or their individual members, it makes no provision for any judicial authority to supervise implementation, as is the case in particular with the European Convention on Human Rights. In order to ensure nonetheless that implementation of the Charter in individual States is effectively supervised, Part IV of the Charter provides for the creation of a Committee of Experts with one independent expert for each State Party and made up of individuals known for their integrity and their competence in this area.¹² This Committee's brief is both to examine the reports to be submitted to the Secretary General at three-yearly intervals by the Parties and to take account of information brought to its attention by relevant bodies and associations. On the basis of these reports and this information it must draw up its own report and make proposals for recommendations to the Committee of Ministers. So far, the Committee of Experts has adopted 23 evaluation reports and completed the second monitoring cycle concerning eight States Parties.¹³ In addition to these country-by-country evaluation reports, the Secretary General is asked to make a two yearly detailed report to the Parliamentary Assembly on the application of the Charter.¹⁴

This monitoring mechanism, with the Committee of Experts as its central element, has so far been giving very encouraging results. After a first examination of the State report, the Committee of Experts usually visits the State concerned in order to gain a clearer impression of the situation on the ground. To this purpose, the Committee of Experts meets representatives of the speakers of the various regional or minority languages, NGOs, media representatives, local, and regional authorities, and may also decide to visit schools or courts. It also of course consults with the government authorities on the information received. Such on-the-spot visits are very useful, not only because they provide the Committee of Experts with first-hand information but also because they give the monitoring mechanism a direct visibility with all those concerned.

Furthermore, it should be pointed out that the concrete functioning of the monitoring mechanism has fostered the establishment of contacts and direct dialogue between the domestic

actors involved, i.e. minorities' groups, the speakers' organisations, other relevant non-governmental organisations and all the competent authorities. These contacts did not necessarily exist before the entry into force of the Charter, and this, of course, is in itself a very positive result.

The role of the State authorities is obviously the primary one. This role begins with ratification, making sure that the provisions accepted are adapted to the situation of each language. Since the situation of each language is different, the provisions chosen must be adapted to that different situation. But the formal act of ratification is only the beginning of the story. It really is necessary to give guidelines both to the State administrations and to the local authorities as to what their responsibilities are with regard to the implementation of the Charter. Otherwise, there is a risk that many of the individual officials, who are the people that need to implement the Charter in daily relations with the citizens, will either not be aware at all of their responsibilities or will not necessarily be convinced of the need to take those responsibilities very seriously. In fact, in order to become effective, the Charter needs clear implementing legislation and administrative regulations. Furthermore, after ratification there is a continuing obligation to improve the implementation of the Charter in the national reality. This is a permanent task which the three-yearly monitoring process is meant to promote.

CONCLUDING REMARKS

Finally, the experience with the functioning of the mechanism set up by the Charter is highlighting the importance which must be given to educating the majority population and to raising its awareness about the existence of minorities or regional identities within the same country. Only by fostering a greater acceptance and respect by the majority vis-à-vis the specificities of minorities and regional identities as an integral part of the national heritage can a more harmonious co-existence be achieved. This is a very difficult challenge but also one that is crucial to ultimate success.

The Charter is certainly a complex instrument which requires a great degree of awareness by all the various actors concerned. The ratification is just the beginning of an on-going process – the implementation of the Charter – which requires a constant long-term commitment, by all those concerned.

Thanks to the work of the Committee of experts, the Charter has become a living instrument with practical application and concrete result. This

living instrument is an excellent tool for the preservation of the European linguistic diversity, and recently the European Parliament referred¹⁵ to the Charter as the “*key Europe-wide legal frame of reference applying in this sphere*”.¹⁶ However, this legal basis is not operational in all European States – particularly not in all member States of the European Union – and its standing in relation to the *acquis communautaire*, in the EU institutional context and with regard to candidate States, is ambiguous. We firmly believe that within the present constitutional setting of the European Union, and particularly so when hopefully the Treaty establishing the Constitution for Europe enters into force, the Charter itself should become the European Union's legal basis and tool for the protection of regional or minority languages. In other words, the Charter should become part of the legal *acquis* of the Union.

APPENDIX 1: EUROPEAN CHARTER FOR REGIONAL OR MINORITY LANGUAGES, STRASBOURG, 5.XI.1992 *EUROPEAN TREATY SERIES – N. 148*

PREAMBLE

The member States of the Council of Europe signatory hereto,

Considering that the aim of the Council of Europe is to achieve a greater unity between its members, particularly for the purpose of safeguarding and realising the ideals and principles which are their common heritage;

Considering that the protection of the historical regional or minority languages of Europe, some of which are in danger of eventual extinction, contributes to the maintenance and development of Europe's cultural wealth and traditions;

Considering that the right to use a regional or minority language in private and public life is an inalienable right conforming to the principles embodied in the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights, and according to the spirit of the Council of Europe Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms;

Having regard to the work carried out within the CSCE and in particular to the Helsinki Final Act of 1975 and the document of the Copenhagen Meeting of 1990;

Stressing the value of interculturalism and multilingualism and considering that the protection and encouragement of regional or minority languages should not be to the detriment of the official languages and the need to learn them;

Realising that the protection and promotion of regional or minority languages in the different countries and regions of Europe represent an important contribution to the building of a Europe based on the principles of democracy and cultural diversity within the framework of national sovereignty and territorial integrity;

Taking into consideration the specific conditions and historical traditions in the different regions of the European States,

Have agreed as follows:

PART I GENERAL PROVISIONS

ARTICLE 1 – DEFINITIONS

For the purposes of this Charter:

- a) “regional or minority languages” means languages that are:
 - i. traditionally used within a given territory of a State by nationals of that State who form a group numerically smaller than the rest of the State’s population; and
 - ii. different from the official language(s) of that State;
it does not include either dialects of the official language(s) of the State or the languages of migrants;
- b) “territory in which the regional or minority language is used” means the geographical area in which the said language is the mode of expression of a number of people justifying the adoption of the various protective and promotional measures provided for in this Charter;
- c) “non-territorial languages” means languages used by nationals of the State which differ from the language or languages used by the rest of the State’s population but which, although traditionally used within the territory of the State, cannot be identified with a particular area thereof.

ARTICLE 2 – UNDERTAKINGS

1. Each Party undertakes to apply the provisions of Part II to all the regional or minority

languages spoken within its territory and which comply with the definition in Article 1.

2. In respect of each language specified at the time of ratification, acceptance or approval, in accordance with Article 3, each Party undertakes to apply a minimum of thirty-five paragraphs or sub-paragraphs chosen from among the provisions of Part III of the Charter, including at least three chosen from each of the Articles 8 and 12 and one from each of the Articles 9, 10, 11 and 13.

ARTICLE 3 – PRACTICAL ARRANGEMENTS

1. Each Contracting State shall specify in its instrument of ratification, acceptance or approval, each regional or minority language, or official language which is less widely used on the whole or part of its territory, to which the paragraphs chosen in accordance with Article 2, paragraph 2, shall apply.
2. Any Party may, at any subsequent time, notify the Secretary General that it accepts the obligations arising out of the provisions of any other paragraph of the Charter not already specified in its instrument of ratification, acceptance or approval, or that it will apply paragraph 1 of the present article to other regional or minority languages, or to other official languages which are less widely used on the whole or part of its territory.
3. The undertakings referred to in the foregoing paragraph shall be deemed to form an integral part of the ratification, acceptance or approval and will have the same effect as from their date of notification.

ARTICLE 4 – EXISTING REGIMES OF PROTECTION

1. Nothing in this Charter shall be construed as limiting or derogating from any of the rights guaranteed by the European Convention on Human Rights.
2. The provisions of this Charter shall not affect any more favourable provisions concerning the *status* of regional or minority languages, or the legal regime of persons belonging to minorities which may exist in a Party or are provided for by relevant bilateral or multilateral international agreements.

ARTICLE 5 – EXISTING OBLIGATIONS

Nothing in this Charter may be interpreted as implying any right to engage in any activity or perform any action in contravention of the purposes of the Charter of the United Nations or other obligations under international law, including the principle of the sovereignty and territorial integrity of States.

ARTICLE 6 – INFORMATION

The Parties undertake to see to it that the authorities, organisations and persons concerned are informed of the rights and duties established by this Charter.

PART II OBJECTIVES AND PRINCIPLES PURSUED IN ACCORDANCE WITH ARTICLE 2, PARAGRAPH 1

ARTICLE 7 – OBJECTIVES AND PRINCIPLES

1. In respect of regional or minority languages, within the territories in which such languages are used and according to the situation of each language, the Parties shall base their policies, legislation and practice on the following objectives and principles:
 - a) the recognition of the regional or minority languages as an expression of cultural wealth;
 - b) the respect of the geographical area of each regional or minority language in order to ensure that existing or new administrative divisions do not constitute an obstacle to the promotion of the regional or minority language in question;
 - c) the need for resolute action to promote regional or minority languages in order to safeguard them;
 - d) the facilitation and/or encouragement of the use of regional or minority languages, in speech and writing, in public and private life;
 - e) the maintenance and development of links, in the fields covered by this Charter, between groups using a regional or minority language and other groups in the State employing a language used in identical or similar form, as well as the establishment of cultural relations with other groups in the State using different languages;
 - f) the provision of appropriate forms and means for the teaching and study of regional or minority languages at all appropriate stages;
 - g) the provision of facilities enabling non-speakers of a regional or minority language living in the area where it is used to learn it if they so desire;
 - h) the promotion of study and research on regional or minority languages at universities or equivalent institutions;
 - i) the promotion of appropriate types of transnational exchanges, in the fields covered by this Charter, for regional or minority languages used in identical or similar form in two or more States.
2. The Parties undertake to eliminate, if they have not yet done so, any unjustified distinction, exclusion, restriction or preference relating to the use of a regional or minority language and intended to discourage or endanger the maintenance or development of it. The adoption of special measures in favour of regional or minority languages aimed at promoting equality between the users of these languages and the rest of the population or which take due account of their specific conditions is not considered to be an act of discrimination against the users of more widely-used languages.
 3. The Parties undertake to promote, by appropriate measures, mutual understanding between all the linguistic groups of the country and in particular the inclusion of respect, understanding and tolerance in relation to regional or minority languages among the objectives of education and training provided within their countries and encouragement of the mass media to pursue the same objective.
 4. In determining their policy with regard to regional or minority languages, the Parties shall take into consideration the needs and wishes expressed by the groups which use such languages. They are encouraged to establish bodies, if necessary, for the purpose of advising the authorities on all matters pertaining to regional or minority languages.
 5. The Parties undertake to apply, *mutatis mutandis*, the principles listed in paragraphs 1 to 4 above to non-territorial languages. However, as far as these languages are concerned, the nature and scope of the measures to be taken to give effect to this Charter shall be determined in a flexible manner, bearing in mind the needs and wishes, and respecting the

traditions and characteristics, of the groups which use the languages concerned.

**PART III
MEASURES TO PROMOTE THE
USE OF REGIONAL OR
MINORITY LANGUAGES IN
PUBLIC LIFE IN ACCORDANCE
WITH THE UNDERTAKINGS
ENTERED INTO UNDER
ARTICLE 2, PARAGRAPH 2**

ARTICLE 8 – EDUCATION

1. With regard to education, the Parties undertake, within the territory in which such languages are used, according to the situation of each of these languages, and without prejudice to the teaching of the official language(s) of the State:

- a) i. to make available pre-school education in the relevant regional or minority languages; or
- ii. to make available a substantial part of pre-school education in the relevant regional or minority languages; or
- iii. to apply one of the measures provided for under i and ii above at least to those pupils whose families so request and whose number is considered sufficient; or
- iv. if the public authorities have no direct competence in the field of pre-school education, to favour and/or encourage the application of the measures referred to under i to iii above;
- b) i. to make available primary education in the relevant regional or minority languages; or
- ii. to make available a substantial part of primary education in the relevant regional or minority languages; or
- iii. to provide, within primary education, for the teaching of the relevant regional or minority languages as an integral part of the curriculum; or
- iv. to apply one of the measures provided for under i to iii above at least to those pupils whose families so request and whose number is considered sufficient;
- c) i. to make available secondary education in the relevant regional or minority languages; or

- ii. to make available a substantial part of secondary education in the relevant regional or minority languages; or
- iii. to provide, within secondary education, for the teaching of the relevant regional or minority languages as an integral part of the curriculum; or
- iv. to apply one of the measures provided for under i to iii above at least to those pupils who, or where appropriate whose families, so wish in a number considered sufficient;
- d) i. to make available technical and vocational education in the relevant regional or minority languages; or
- ii. to make available a substantial part of technical and vocational education in the relevant regional or minority languages; or
- iii. to provide, within technical and vocational education, for the teaching of the relevant regional or minority languages as an integral part of the curriculum; or
- iv. to apply one of the measures provided for under i to iii above at least to those pupils who, or where appropriate whose families, so wish in a number considered sufficient;
- e) i. to make available university and other higher education in regional or minority languages; or
- ii. to provide facilities for the study of these languages as university and higher education subjects; or
- iii. if, by reason of the role of the State in relation to higher education institutions, subparagraphs i and ii cannot be applied, to encourage and/or allow the provision of university or other forms of higher education in regional or minority languages or of facilities for the study of these languages as university or higher education subjects;
- f) i. to arrange for the provision of adult and continuing education courses which are taught mainly or wholly in the regional or minority languages; or
- ii. to offer such languages as subjects of adult and continuing education; or
- iii. if the public authorities have no direct competence in the field of adult education, to favour and/or encourage the offering of such languages as subjects of adult and continuing education;

- g) to make arrangements to ensure the teaching of the history and the culture which is reflected by the regional or minority language;
 - h) to provide the basic and further training of the teachers required to implement those of paragraphs a to g accepted by the Party;
 - i) to set up a supervisory body or bodies responsible for monitoring the measures taken and progress achieved in establishing or developing the teaching of regional or minority languages and for drawing up periodic reports of their findings, which will be made public.
2. With regard to education and in respect of territories other than those in which the regional or minority languages are traditionally used, the Parties undertake, if the number of users of a regional or minority language justifies it, to allow, encourage or provide teaching in or of the regional or minority language at all the appropriate stages of education.

ARTICLE 9 - JUDICIAL AUTHORITIES

- 1 The Parties undertake, in respect of those judicial districts in which the number of residents using the regional or minority languages justifies the measures specified below, according to the situation of each of these languages and on condition that the use of the facilities afforded by the present paragraph is not considered by the judge to hamper the proper administration of justice:
- a) in criminal proceedings:
 - i. to provide that the courts, at the request of one of the parties, shall conduct the proceedings in the regional or minority languages; and/or
 - ii. to guarantee the accused the right to use his/her regional or minority language; and/or
 - iii. to provide that requests and evidence, whether written or oral, shall not be considered inadmissible solely because they are formulated in a regional or minority language; and/or
 - iv. to produce, on request, documents connected with legal proceedings in the relevant regional or minority language, if necessary by the use of interpreters and translations involving no extra expense for the persons concerned;
 - b) in civil proceedings:
 - i. to provide that the courts, at the request of one of the parties, shall conduct the proceedings in the regional or minority languages; and/or
 - ii. to allow, whenever a litigant has to appear in person before a court, that he or she may use his or her regional or minority language without thereby incurring additional expense; and/or
 - iii. to allow documents and evidence to be produced in the regional or minority languages, if necessary by the use of interpreters and translations;
 - c) in proceedings before courts concerning administrative matters:
 - i. to provide that the courts, at the request of one of the parties, shall conduct the proceedings in the regional or minority languages; and/or
 - ii. to allow, whenever a litigant has to appear in person before a court, that he or she may use his or her regional or minority language without thereby incurring additional expense; and/or
 - iii. to allow documents and evidence to be produced in the regional or minority languages, if necessary by the use of interpreters and translations;
 - d) to take steps to ensure that the application of subparagraphs i and iii of paragraphs b and c above and any necessary use of interpreters and translations does not involve extra expense for the persons concerned.
2. The Parties undertake:
- a) not to deny the validity of legal documents drawn up within the State solely because they are drafted in a regional or minority language; or
 - b) not to deny the validity, as between the parties, of legal documents drawn up within the country solely because they are drafted in a regional or minority language, and to provide that they can be invoked against interested third parties who are not users of these languages on condition that the contents of the document are made known to them by the person(s) who invoke(s) it; or
 - c) not to deny the validity, as between the parties, of legal documents drawn up within the country solely because they are drafted in a regional or minority language.
3. The Parties undertake to make available in the regional or minority languages the most important national statutory texts and those relating particularly to users of these languages, unless they are otherwise provided.

ARTICLE 10 – ADMINISTRATIVE AUTHORITIES AND PUBLIC SERVICES

1. Within the administrative districts of the State in which the number of residents who are users of regional or minority languages justifies the measures specified below and according to the situation of each language, the Parties undertake, as far as this is reasonably possible:
 - a)
 - i. to ensure that the administrative authorities use the regional or minority languages; or
 - ii. to ensure that such of their officers as are in contact with the public use the regional or minority languages in their relations with persons applying to them in these languages; or
 - iii. to ensure that users of regional or minority languages may submit oral or written applications and receive a reply in these languages; or
 - iv. to ensure that users of regional or minority languages may submit oral or written applications in these languages; or
 - v. to ensure that users of regional or minority languages may validly submit a document in these languages;
 - b) to make available widely used administrative texts and forms for the population in the regional or minority languages or in bilingual versions;
 - c) to allow the administrative authorities to draft documents in a regional or minority language.
2. In respect of the local and regional authorities on whose territory the number of residents who are users of regional or minority languages is such as to justify the measures specified below, the Parties undertake to allow and/or encourage:
 - a) the use of regional or minority languages within the framework of the regional or local authority;
 - b) the possibility for users of regional or minority languages to submit oral or written applications in these languages;
 - c) the publication by regional authorities of their official documents also in the relevant regional or minority languages;
 - d) the publication by local authorities of their official documents also in the relevant regional or minority languages;
 - e) the use by regional authorities of regional or minority languages in debates in their assemblies, without excluding, however, the use of the official language(s) of the State;
 - f) the use by local authorities of regional or minority languages in debates in their assemblies, without excluding, however, the use of the official language(s) of the State;
 - g) the use or adoption, if necessary in conjunction with the name in the official language(s), of traditional and correct forms of place-names in regional or minority languages.
3. With regard to public services provided by the administrative authorities or other persons acting on their behalf, the Parties undertake, within the territory in which regional or minority languages are used, in accordance with the situation of each language and as far as this is reasonably possible:
 - a) to ensure that the regional or minority languages are used in the provision of the service; or
 - b) to allow users of regional or minority languages to submit a request and receive a reply in these languages; or
 - c) to allow users of regional or minority languages to submit a request in these languages.
4. With a view to putting into effect those provisions of paragraphs 1, 2 and 3 accepted by them, the Parties undertake to take one or more of the following measures:
 - a) translation or interpretation as may be required;
 - b) recruitment and, where necessary, training of the officials and other public service employees required;
 - c) compliance as far as possible with requests from public service employees having a knowledge of a regional or minority language to be appointed in the territory in which that language is used.
5. The Parties undertake to allow the use or adoption of family names in the regional or minority languages, at the request of those concerned.

ARTICLE 11 – MEDIA

1. The Parties undertake, for the users of the regional or minority languages within the territories in which those languages are spoken, according to the situation of each language, to the extent that the public authorities,

directly or indirectly, are competent, have power or play a role in this field, and respecting the principle of the independence and autonomy of the media:

- a) to the extent that radio and television carry out a public service mission:
 - i. to ensure the creation of at least one radio station and one television channel in the regional or minority languages; or
 - ii. to encourage and/or facilitate the creation of at least one radio station and one television channel in the regional or minority languages; or
 - iii. to make adequate provision so that broadcasters offer programmes in the regional or minority languages;
 - b)
 - i. to encourage and/or facilitate the creation of at least one radio station in the regional or minority languages; or
 - ii. to encourage and/or facilitate the broadcasting of radio programmes in the regional or minority languages on a regular basis;
 - c)
 - i. to encourage and/or facilitate the creation of at least one television channel in the regional or minority languages; or
 - ii. to encourage and/or facilitate the broadcasting of television programmes in the regional or minority languages on a regular basis;
 - d) to encourage and/or facilitate the production and distribution of audio and audiovisual works in the regional or minority languages;
 - e)
 - i. to encourage and/or facilitate the creation and/or maintenance of at least one newspaper in the regional or minority languages; or
 - ii. to encourage and/or facilitate the publication of newspaper articles in the regional or minority languages on a regular basis;
 - f)
 - i. to cover the additional costs of those media which use regional or minority languages, wherever the law provides for financial assistance in general for the media; or
 - ii. to apply existing measures for financial assistance also to audiovisual productions in the regional or minority languages;
 - g) to support the training of journalists and other staff for media using regional or minority languages.
2. The Parties undertake to guarantee freedom of direct reception of radio and television broadcasts from neighbouring countries in a language used in identical

or similar form to a regional or minority language, and not to oppose the retransmission of radio and television broadcasts from neighbouring countries in such a language. They further undertake to ensure that no restrictions will be placed on the freedom of expression and free circulation of information in the written press in a language used in identical or similar form to a regional or minority language. The exercise of the above-mentioned freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

3. The Parties undertake to ensure that the interests of the users of regional or minority languages are represented or taken into account within such bodies as may be established in accordance with the law with responsibility for guaranteeing the freedom and pluralism of the media.

ARTICLE 12 – CULTURAL ACTIVITIES AND FACILITIES

1. With regard to cultural activities and facilities – especially libraries, video libraries, cultural centres, museums, archives, academies, theatres and cinemas, as well as literary work and film production, vernacular forms of cultural expression, festivals and the culture industries, including **inter alia** the use of new technologies – the Parties undertake, within the territory in which such languages are used and to the extent that the public authorities are competent, have power or play a role in this field:
 - a) to encourage types of expression and initiative specific to regional or minority languages and foster the different means of access to works produced in these languages;
 - b) to foster the different means of access in other languages to works produced in regional or minority languages by aiding and developing translation, dubbing, post-synchronisation and subtitling activities;
 - c) to foster access in regional or minority languages to works produced in other languages by aiding and developing translation, dubbing, post-synchronisation and subtitling activities;

- d) to ensure that the bodies responsible for organising or supporting cultural activities of various kinds make appropriate allowance for incorporating the knowledge and use of regional or minority languages and cultures in the undertakings which they initiate or for which they provide backing;
 - e) to promote measures to ensure that the bodies responsible for organising or supporting cultural activities have at their disposal staff who have a full command of the regional or minority language concerned, as well as of the language(s) of the rest of the population;
 - f) to encourage direct participation by representatives of the users of a given regional or minority language in providing facilities and planning cultural activities;
 - g) to encourage and/or facilitate the creation of a body or bodies responsible for collecting, keeping a copy of and presenting or publishing works produced in the regional or minority languages;
 - h) if necessary, to create and/or promote and finance translation and terminological research services, particularly with a view to maintaining and developing appropriate administrative, commercial, economic, social, technical or legal terminology in each regional or minority language.
2. In respect of territories other than those in which the regional or minority languages are traditionally used, the Parties undertake, if the number of users of a regional or minority language justifies it, to allow, encourage and/or provide appropriate cultural activities and facilities in accordance with the preceding paragraph.
3. The Parties undertake to make appropriate provision, in pursuing their cultural policy abroad, for regional or minority languages and the cultures they reflect.

ARTICLE 13 – ECONOMIC AND SOCIAL LIFE

1. With regard to economic and social activities, the Parties undertake, within the whole country:
- a) to eliminate from their legislation any provision prohibiting or limiting without justifiable reasons the use of regional or minority languages in documents relating to economic or social life, particularly contracts of employment, and in technical

- documents such as instructions for the use of products or installations;
 - b) to prohibit the insertion in internal regulations of companies and private documents of any clauses excluding or restricting the use of regional or minority languages, at least between users of the same language;
 - c) to oppose practices designed to discourage the use of regional or minority languages in connection with economic or social activities;
 - d) to facilitate and/or encourage the use of regional or minority languages by means other than those specified in the above subparagraphs.
2. With regard to economic and social activities, the Parties undertake, in so far as the public authorities are competent, within the territory in which the regional or minority languages are used, and as far as this is reasonably possible:
- a) to include in their financial and banking regulations provisions which allow, by means of procedures compatible with commercial practice, the use of regional or minority languages in drawing up payment orders (cheques, drafts, etc.) or other financial documents, or, where appropriate, to ensure the implementation of such provisions;
 - b) in the economic and social sectors directly under their control (public sector), to organise activities to promote the use of regional or minority languages;
 - c) to ensure that social care facilities such as hospitals, retirement homes and hostels offer the possibility of receiving and treating in their own language persons using a regional or minority language who are in need of care on grounds of ill-health, old age or for other reasons;
 - d) to ensure by appropriate means that safety instructions are also drawn up in regional or minority languages;
 - e) to arrange for information provided by the competent public authorities concerning the rights of consumers to be made available in regional or minority languages.

ARTICLE 14 – TRANSFRONTIER EXCHANGES

The Parties undertake:

2. In respect of any member State which subsequently expresses its consent to be bound by it, the Charter shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of the deposit of the instrument of ratification, acceptance or approval.

ARTICLE 20

1. After the entry into force of this Charter, the Committee of Ministers of the Council of Europe may invite any State not a member of the Council of Europe to accede to this Charter.
2. In respect of any acceding State, the Charter shall enter into force on the first day of the month following the expiration of a period of three months after the date of deposit of the instrument of accession with the Secretary General of the Council of Europe.

ARTICLE 21

1. Any State may, at the time of signature or when depositing its instrument of ratification, acceptance, approval or accession, make one or more reservations to paragraphs 2 to 5 of Article 7 of this Charter. No other reservation may be made.
2. Any Contracting State which has made a reservation under the preceding paragraph may wholly or partly withdraw it by means of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe. The withdrawal shall take effect on the date of receipt of such notification by the Secretary General.

ARTICLE 22

1. Any Party may at any time denounce this Charter by means of a notification addressed to the Secretary General of the Council of Europe.

2. Such denunciation shall become effective on the first day of the month following the expiration of a period of six months after the date of receipt of the notification by the Secretary General.

ARTICLE 23

The Secretary General of the Council of Europe shall notify the member States of the Council and any State which has acceded to this Charter of:

- a) any signature;
- b) the deposit of any instrument of ratification, acceptance, approval or accession;
- c) any date of entry into force of this Charter in accordance with Articles 19 and 20;
- d) any notification received in application of the provisions of Article 3, paragraph 2;
- e) any other act, notification or communication relating to this Charter.

In witness whereof the undersigned, being duly authorised thereto, have signed this Charter.

Done at Strasbourg, the 5th day of November 1992, in English and French, both texts being equally authentic, in a single copy which shall be deposited in the archives of the Council of Europe. The Secretary General of the Council of Europe shall transmit certified copies to each member State of the Council of Europe and to any State invited to accede to this Charter.

NOTAS

1. The Charter was drawn up on the basis of a text put forward by the Standing Conference of Local and Regional Authorities in Europe (CLRAE) and approved by the Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE) on 4 October 1988. It was adopted as a convention on 25 June 1992 by the Committee of Ministers of the Council of Europe and was opened for signature in Strasbourg on 5 November 1992.
 2. Armenia, Austria, Croatia, Cyprus, Denmark, Finland, Germany, Hungary, Liechtenstein, Luxembourg, Montenegro (as non-member State) Netherlands, Norway, Serbia, Slovakia, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, Ukraine, United Kingdom.
 3. Azerbaijan, Bosnia and Herzegovina, Czech Republic, France, Iceland, Italy, Malta, Moldova, Poland, Romania, Russia, the Former Yugoslav Republic of Macedonia.
 4. See <http://www.coe.int/minorities>
 5. See <http://www.coe.int/minlang>
 6. A comprehensive and thorough study on the Charter has been carried out by Jean-Marie Woehrling, *The European Charter for Regional or Minority Languages: a critical commentary*, Council of Europe Publishing, November 2005, 301 p, see in particular the references listed in the bibliography pp. 275-281.
 7. Such as the Swedish language in Finland, or the Romansh and Italian languages in Switzerland.
 8. The Charter is not self-executing, implying the need for States to take very specific measures to adopt legislation, if it does not already exist. It is obviously not enough to have ratified the Charter and to expect State administrations, not to mention local and regional administrations, to take up the necessary provisions in their policy and practice. The State Party that has ratified the Charter is under the international obligation to apply the Charter at national level.
 9. See Article 7.
 10. See Article 8 to Article 14.
 11. For instance for the Sámi languages (Skolt, Inari and Lule Sámi), Gaelic in Scotland, or Sorbian in Germany.
 12. See Article 15 to 17.
 13. Croatia, Germany, Finland, Hungary, Liechtenstein, The Netherlands, Norway and Switzerland.
 14. Biennial report by the Secretary General of the Council of Europe to the Parliamentary Assembly on the Application of the European Charter for Regional or Minority Languages, Doc. 106593, September 2005, available on the website of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe.
 15. European Parliament, Resolution "European Regional and lesser-used languages, the languages of minorities in the EU in the context of enlargement and cultural diversity", P5_TA(2003)0372, available at <http://www.europarl.europa.eu/>
 16. The Parliament urged the member and applicant countries to sign and ratify the Charter, if they have not done so. It also urged the Commission to "apply the principles and objectives of the Charter as a benchmark in **assessing compliance of the applicant countries with the obligations regarding the protection of their minorities as outlined in the conclusions of the 1993 European Council in Copenhagen**".
- * The opinions expressed in this contribution are the responsibility of the author and do not necessarily reflect the official policy of the Council of Europe nor the opinion of the Committee of Experts. This contribution is based on a communication presented at a seminar on the "The European Charter for Regional or Minority Languages: challenges for an effective implementation", held in Belgrade on 4th April 2006. The initial text has been revised and updated.

ANEXOS

RESENHA: TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO. BELO HORIZONTE: EDITORA DEL REY, 2006

.....

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge); Juiz e ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; Membro Titular do Institut de Droit International; Membro do Curatorium da Academia de Direito Internacional da Haia.

- I -

Constitui para mim motivo de especial satisfação escrever este Prefácio ao presente livro Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição, de autoria da Professora Sílvia Maria da Silveira Loureiro, da Universidade do Estado do Amazonas. O livro deriva da dissertação de Mestrado em Direito Público da autora, originalmente intitulada “O Modelo Constitucional Aberto de Proteção dos Direitos e Garantias Fundamentais na Carta de 1988: A Integração das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Nacional”. Tive a ocasião de acompanhar a trajetória acadêmica da Professora Sílvia Loureiro, como seu orientador de dissertação na Universidade de Brasília (UnB), em cujo Curso de Pós-Graduação do Instituto de Relações Internacionais cursou ela ademais comigo as disciplinas Direito Internacional Público e Direito Internacional dos Direitos Humanos (período 2000-2002).

A referida dissertação foi defendida pela autora, com raro brilhantismo, no dia 15 de janeiro de 2003, em cerimônia realizada no Auditório Joaquim Nabuco da UnB, que se encontrava repleto em razão da relevância e atualidade do tema. Integraram a Banca Examinadora os Professores José Geraldo de Souza Jr. (ex-Diretor da Faculdade de Direito da UnB), Marcus Faro de Castro (atual Vice-Diretor da Faculdade de Direito da UnB), Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros (atual Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores) e o autor destas linhas. A dissertação foi aprovada, com louvor, e sua publicação em forma de livro foi prontamente recomendada, por unanimidade, pela Banca Examinadora, por sua real contribuição ao estudo do tema.

A autora é hoje Professora concursada da Universidade do Estado do Amazonas, onde leciona

três disciplinas: Direito Constitucional, Teoria da Constituição e Ética Profissional. Tem, ademais, como advogada, militado em favor dos direitos humanos junto a entidades da sociedade civil brasileira. No trimestre de agosto a outubro de 2003, a Professora Sílvia Loureiro foi estagiária na sede da Corte Interamericana de Direitos Humanos em São José da Costa Rica, onde atuou, com dedicação e eficiência, na Área Legal daquele Tribunal internacional. Teve ocasião de acompanhar as sessões e audiências públicas da Corte Interamericana, além de dar seqüência a seus projetos pessoais de pesquisa no Centro de Documentação do Tribunal.

Assim, a Professora Sílvia Loureiro, já ao início de sua carreira acadêmica, alia a seus vastos conhecimentos na área do Direito Público e do Direito Internacional sua experiência profissional acumulada até o presente. Tem sido para mim motivo de grande satisfação pessoal acompanhar seus passos iniciais, que já a fazem despontar como uma jovem jurista das mais promissoras, em razão de notável vocação acadêmica e formação humanista. Ademais de sua extraordinária capacidade de trabalho – um verdadeiro e comovedor exemplo de autossuperação e dedicação à vida acadêmica –, a Professora Sílvia Loureiro é inteiramente avessa aos protagonismos fáceis do carreirismo desenfreado, que infelizmente campeia em nossos círculos jurídicos – não raro banalizados –, tendo optado, já há muito, pela vida de reflexão, dedicada, no plano intelectual, à causa da prevalência dos valores superiores e da intangibilidade dos direitos humanos.

- II -

O presente livro da Professora Sílvia Loureiro, Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988, como se pode constatar ao longo de toda a obra, assume uma posição não surpreendentemente crítica de

categorização superada do passado, própria de um mundo que não mais existe. Transcende, por exemplo, a rígida compartimentalização clássica entre o ordenamento jurídico interno e o internacional. Com efeito, pode-se hoje vislumbrar tanto a “internacionalização” do Direito Constitucional como a “constitucionalização” do Direito Internacional, – duas facetas complementares de uma alentadora evolução. A primeira delas tem ecoado, nos últimos anos, na bibliografia pátria, com um certo alarde, embora já há várias décadas venha sendo estudada nos centros jurídicos europeus.¹ Este aspecto é complementado pela interação, em nível internacional, nos planos hermenêutico se operacional, dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos *inter se*, como busquei ressaltar em meu próprio curso ministrado na mesma Academia de Direito Internacional da Haia em 1987.² A segunda faceta, igualmente importante, tem sido bem menos examinada em nossos círculos jurídicos até o presente.

Com efeito, a “constitucionalização” do Direito Internacional representa ainda, neste início do século XXI, um ideal a inspirar-nos, e do qual nos aproximaremos na medida em que identificarmos as questões que dizem respeito à humanidade como um todo, entendida esta – como tenho insistido nos últimos anos – como sujeito do Direito Internacional.³ Na construção do novo *jus gentium* do século XXI, assim como do direito público voltado à realização do bem comum, mister se faz identificar, de início, os princípios fundamentais e os valores superiores a orientar a interpretação e aplicação das normas jurídicas. É o que faz, no desenvolvimento do tema objeto de sua obra, a Professora Sílvia Loureiro, ao examinar, e.g., a passagem do autoritarismo à democracia, assim como a reconstitucionalização, no âmbito do Estado brasileiro.

A autora concentra atenção, de modo particular, na questão da incorporação de novos direitos fundamentais ao ordenamento jurídico brasileiro, mediante o chamado modelo constitucional aberto, inscrito na parte final no parágrafo 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal brasileira de 1988, e, mais especificamente, na aplicabilidade direta e efetividade desta disposição constitucional.⁴ Ao longo de toda a obra, a autora analisa, com base em fontes primárias de pesquisa, os vários aspectos da construção, vigência, eficácia e aplicabilidade do modelo constitucional aberto de proteção dos direitos fundamentais (e respectivas garantias), estabelecido no artigo 5º(2) *in fine* da Constituição Federal brasileira de 1988, com vistas sobretudo a buscar superar os óbices impostos até

o presente à sua aplicação pela jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal, para demonstrar, em seguida, as conseqüências jurídicas da negativa indevida de eficácia daquele dispositivo constitucional no plano do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No tocante ao impacto dos tratados internacionais de direitos humanos no direito interno brasileiro (capítulo III), conclama a autora à superação dos obstáculos, no plano do direito interno pátrio, à incorporação e aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos como autêntica normativa materialmente constitucional, com vigência imediata e aplicabilidade direta. Seu estudo traz à lume, por oportuno, a consideração do impacto das obrigações convencionais consignadas nos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, na esfera dos poderes tanto executivo como legislativo e judiciário do Estado brasileiro, para, em seguida, expor as conseqüências do descumprimento das disposições pactuadas, consoante os cânones do direito da responsabilidade internacional do Estado.

- III -

Em sucessivas ocasiões, nos últimos anos, tenho expressado meu entendimento no sentido de que as jurisdições internacional e nacional são co-partícipes no labor de assegurar a plena vigência dos direitos humanos, e de que, *a fortiori*, o direito interno dos Estados se enriquecerá, em matéria de proteção e garantias judiciais, na medida em que incorporar os padrões de proteção requeridos pelos tratados de direitos humanos que vinculam os Estados. A clara compreensão desta identidade fundamental de propósito (do Direito Público interno e do Direito Internacional, quanto à proteção do ser humano), e de suas conseqüências jurídicas, requer, não obstante, uma mudança fundamental de mentalidade⁵, que infelizmente ainda não ocorreu em nosso país.

A disposição do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Brasileira vigente, de 1988, segundo a qual os direitos e garantias nesta expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que o Brasil é Parte, representa, em meu entender, um grande avanço para a proteção dos direitos humanos em nosso país. Acrescenta nossa Constituição que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, parágrafo 1º). Resultou a disposição do artigo 5º, parágrafo 2º, de uma proposta que apresentei, na época como Consultor Jurídico do Itamaraty,⁶ à Assembléia Nacional Constituinte,

em sua sensibilidade para os verdadeiros valores que formam o *substratum* das normas jurídicas. Os primeiros estudos, apontando neste sentido, têm começado a florescer em nosso país, com alguma atenção dispensada ao caráter inovador e às implicações do artigo 5º, parágrafo 2º de nossa Constituição, por parte tanto de constitucionalistas como de internacionalistas.

Ao presente livro da Professora Silvia Loureiro, Os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição Federal de 1988, encontra-se, no entanto, reservado um lugar muito especial e de destaque na bibliografia pátria a respeito *in statu nascendi*, porquanto trata-se da primeira obra a proporcionar (capítulo II) um exame detalhado da gênese e do histórico legislativo do artigo 5º, parágrafo 2º da Constituição Federal brasileira, ademais de seu alcance, com base em

fontes primárias cuidadosamente pesquisadas e analisadas pela autora, preenchendo assim uma lacuna em nossa bibliografia. A presente obra dá testemunho da sólida formação acadêmica e da extraordinária capacidade de trabalho da autora. Ao longo do livro, a Professora Sílvia Loureiro emite seu juízo a um tempo crítico e ponderado, e dá mostras de sua erudição sem veleidades, revelando seriedade e qualidades que a fazem despontar como uma das grandes promessas da nova geração de nossos juristas com formação humanista, e que asseguram à obra – seu primeiro livro – o lugar de destaque que certamente lhe corresponde em nossa bibliografia pátria nascente sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Brasília,
02 de agosto de 2004.

NOTAS

1. Bastaria recordar, a respeito, *inter alia*, os cursos ministrados sobre a matéria na Academia de Direito da Haia; cf., e.g., B. Mirkine-Guetzévitch (B. Mirkine- Guetzévitch. Le droit constitutionnel et l'organisation de la paix, 45 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1933). pp. 667-774; P. de Visscher. Les tendances internationales des constitutions modernes, 80 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1952), pp. 511-578; A. Cassese. Modern Constitutions and International Law, 192 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1985), pp. 331-476.
2. A.A. Cançado Trindade, Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels), 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987), pp. 9-435.
3. Cf A.A. Cançado Trindade, Memorial por um Novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional de Humanidade, in *Homenagem a Cançado Trindade pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas* – Rio de Janeiro, 25 de maio de 2004 – , Belo Horizonte: Del Rey, 2004, pp. 39-74.
4. Que determina a integração da normativa substantiva dos tratados internacionais de direitos humanos, com o mesmo *status* que as demais disposições constitucionais, referentes, explícita ou implicitamente, a direitos e garantias fundamentais.
5. Tal como me permiti advertir, por exemplo, em longo memorial que apresentei no painel inaugural da *III Conferência Nacional de Direitos Humanos*, realizada no Congresso Nacional em Brasília, aos 13 de maio de 1998; cf. A.A. Cançado Trindade, Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional, in *Relatório da III Conferência Nacional dos Direitos Humanos (1998)*, Brasília, Câmara dos Deputados/Comissão de Direitos Humanos, 1998, pp. 40-76 e 102-110.
6. E, mais do que naquela condição, como alguém que vinha se dedicando há muitos anos ao estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com trabalhos publicados sobre a matéria, em numerosos países, desde o final dos anos sessenta.
7. Volume I, Brasília, n. 66 (supl.), 27.05.1987, pp. 109-116, esp. p. 111.
8. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. vol. III, Porto Alegre: Sergio Fabris Ed., 2003, pp. 597-643.
9. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional – tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária –, não só representa um apego sem reflexão a uma postura anacrônica, já abandonada em vários países, mas também contraria o disposto no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal brasileira.

VOTOS CONCURRENTES A LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL *CASO DE LA CÁRCEL DE URSO BRANCO*, DEL 7 DE JULIO DE 2004

VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Ante la grave situación que guardan los internos y otras personas en la Casa de Detención José Mario Alves, conocida como *Cárcel de Urso Branco*, ubicada en la ciudad de Porto Velho, Estado de Rondônia, Brasil, la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó, a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, diversas medidas provisionales en Resoluciones del 18 de junio de 2002, 29 de agosto del mismo año y 22 de abril de 2004, a las que se agregan las cartas remitidas al Estado por la propia Corte el 6 de marzo de 2003, el 1 de mayo del mismo año y el 7 de enero de 2004.

La primera Resolución de la Corte Interamericana en materia de medidas provisionales tomó en cuenta, entre otras situaciones graves de urgente atención, la frecuencia con que se habían perpetrado homicidios en dicho penal, y la forma en que ocurrieron. Los fallecimientos se habían presentado en circunstancias de gran violencia y notoria pérdida de control de la prisión por parte de las autoridades correspondientes. Fue por ello que la Corte estimó pertinente adoptar medidas provisionales destinadas, ante todo, a preservar la vida y la integridad de los reclusos de la *Cárcel de Urso Branco*.

No obstante las reiteradas instancias de la Corte Interamericana, no se ha logrado la corrección de las condiciones prevalecientes en esa institución. Los más recientes informes hacen saber que han continuado los actos de violencia, con resultados fatales: persiste la comisión de homicidios y otros hechos de suma gravedad. Aparentemente, estas condiciones han prevalecido a lo largo de más de dos años, periodo en el que fueron dictadas las resoluciones de la Corte en materia de medidas provisionales, además de las medidas cautelares solicitadas previamente por la Comisión Interamericana.

En vista de estos hechos, la Corte convocó a una audiencia que tuvo lugar en la sede del Tribunal, en San José, Costa Rica, el 28 de junio del 2004,

para escuchar los informes que sobre esa situación rindieran los representantes de los internos en la *Cárcel de Urso Branco*, que han actuado como peticionarios, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Estado.

En esta oportunidad, los integrantes de la Corte escuchamos diversos planteamientos que obligan a mantener el estado de alerta sobre el riesgo cierto y notorio de que continúen los hechos en el interior de la prisión. Asimismo, se dio noticia sobre las medidas que está adoptando o se propone adoptar el Estado federal en el ámbito de su propia competencia, así como aquellas otras que tiene a su cargo la autoridad carcelaria local, tomando en cuenta que la administración de los penales compete, conforme a la legislación nacional, a las instancias locales, no a las autoridades federales.

En esa misma audiencia, que presidí, me permití mencionar el interés con el que los Jueces escuchamos los trabajos que se tiene previsto emprender o que efectivamente han comenzado para modificar las condiciones de la vida carcelaria. Hice notar el aprecio que merecen esas iniciativas, así como las propuestas de coordinación entre autoridades y peticionarios, con participación de otros sectores, para llevar adelante la 2° reforma carcelaria. Al mismo tiempo, puse énfasis en que, como lo habían expresado los participantes en la audiencia –inclusive los señores representantes del Estado–, resultaba verdaderamente inaceptable la situación prevaleciente en *Urso Branco*. La verdadera buena noticia que la Corte esperaba conocer, como resultado de la reiteración de las medidas provisionales –que se hace en la Resolución a la que acompaño este razonamiento–, sería que han cesado absolutamente las pérdidas de vidas y los daños a la integridad personal de los internos. Ninguna otra información podría suplir a ésta, que toca directamente el asunto de mayor preocupación para la Corte Interamericana, que determinó la solicitud y la disposición de medidas provisionales.

Bien que haya reforma penitenciaria, se expida una nueva legislación de la materia, se provea a la

clasificación de los internos, se modernicen las instituciones penitenciarias, se haga un cuidadoso reclutamiento de los funcionarios encargados de la custodia y ejecución de penas, existan sustitutos adecuados para la pena de prisión, se franquee la visita a los presos en condiciones dignas, haya servicio médico que preserve la salud de los reclusos, se establezcan centros escolares, talleres y unidades de trabajo. Todo eso, y más todavía, es absolutamente indispensable, porque refleja los estándares actuales en materia de privación de la libertad, cautelar o penal, medida severamente cuestionada en la actualidad.

Pero nada de eso, que es preciso realizar cuanto antes, puede suplir la inmediata adopción de las medidas necesarias para evitar que se presente una sola muerte más en la *Cárcel de Urso Branco*. Así lo expuse en la conclusión de la audiencia a la que me he referido, y así lo expreso ahora, a través de este razonamiento, que anticipé al concluir la misma sesión. Al emitir la actual Resolución sobre medidas provisionales, que sigue a las otras adoptadas a lo largo de dos años, la Corte ha tenido en mente ese resultado inmediato y concreto. Evidentemente, no se trata aquí, como pudiera suceder en el caso de otras reformas o progresos, de alcanzar paulatinamente determinadas metas. Se trata, precisa y directamente, de asegurar en forma total, con el pleno empleo de los medios legítimos para ello, la preservación de la vida de todos y cada uno de los internos de *Urso Branco* –y de otras personas que corran riesgo de perder la vida o ver afectada su integridad–, cualquiera que sea su situación jurídica.

No sobra recordar, como sustento de la Resolución de la Corte, las obligaciones específicas del Estado cuando se trata de personas privadas de libertad y colocadas bajo la íntegra custodia de aquél. En estos casos el Estado tiene –como lo ha dicho el Tribunal en diversas resoluciones– una función de garante con respecto a quienes han quedado bajo su cuidado. Es preciso considerar que estas personas se hallan sujetas en forma completa a la autoridad inmediata del Estado y a la conducta activa u omisiva de sus agentes, no tienen capacidad real de proveer a su propia seguridad y defensa, y por ello suelen confrontar contingencias abrumadoras. La preservación de sus derechos compete integralmente al Estado garante. La peculiar posición de desvalimiento en que se hallan los internos impone deberes especiales de cuya puntual observancia dependen no sólo el bienestar de aquéllos, sino también y sobre todo, como hemos visto, su vida misma. Esto es lo que ocurre en reclusorios para adultos, centros de detención de menores, instituciones para enfermos mentales y otros planteles en los que existe, de una u otra manera,

bajo diversos títulos, privación de libertad y encomienda del sujeto a las autoridades públicas.

Es claro que el Estado tiene, en relación con todas las personas situadas en el ámbito al que alcanza su jurisdicción, el deber de reconocer, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas. Ahora bien, esta obligación estatal adquiere un acento mayor cuando los individuos se hallan en estado de dependencia o subordinación completa y directa con respecto a los agentes del Estado, como notoriamente sucede en las hipótesis a las que me he referido, en las que se presenta una relación jurídica y material entre la autoridad y el particular que no existe, con las mismas características, en la generalidad de los casos.

De ahí la posición reforzada de garante que asume el Estado, y de ahí también la acentuada responsabilidad de éste con respecto a los sujetos que se hallan bajo su cuidado, de la que puede derivar, por este motivo específico, una responsabilidad “agravada”. En otra ocasión he aludido a esta responsabilidad –que se traduce en las consecuentes reparaciones–, derivada de la especial gravedad de las infracciones, tomando en cuenta las circunstancias en que han ocurrido, la forma en que se han cometido, las características de las víctimas y otros datos que pudieran concurrir a asignarle, razonablemente, esa calificación. Este concepto se puede analizar, igualmente, a la luz de la relación específica que existe entre la autoridad y el individuo, como sucede ahora.

Lamentablemente, la situación que he descrito no corresponde solamente a una prisión. Dista mucho de ser un caso excepcional. Corresponde a un estado de cosas ampliamente observado, deplorado y censurado, pero no corregido, en muy diversos lugares de distintos países. Las normas y los discursos penitenciarios chocan sistemáticamente con la realidad de los reclusorios. Está pendiente, en términos generales, una inmensa obra reivindicadora de los derechos humanos en estas instituciones, prácticamente dondequiera. Esta situación no sólo milita contra derechos fundamentales, sino pone en predicamento a la justicia penal en su conjunto, una de cuyas expresiones más dramáticas –no la única, por supuesto– es la privación de libertad. Ésta coloca a quien la padece a merced de las circunstancias, que pueden llegar a ser anárquicas, si no interviene el Estado para impedirlo y organizar la vida en reclusión. El discurso y las normas penitenciarios chocan brutalmente con la realidad de muchas de nuestras prisiones. Esto debe cambiar, pronto y a fondo.

Como ahora se trata únicamente de medidas provisionales acerca de un reclusorio local, no es

posible ir más lejos. Tampoco me corresponde hacerlo en un *Voto* agregado a una resolución jurisdiccional de ese carácter. Aquí me limito a recoger, conforme lo manifesté en la audiencia del 28 de junio de 2004, la más profunda preocupación por la suerte de personas cuya vida depende de la voluntad, constancia y eficacia de las autoridades que tienen la encomienda de garantizar, conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos –y a la legislación interna, desde luego– la protección de sus bienes jurídicos principales, que aquéllos, por sí mismos, no pueden asegurar.

Sergio García Ramírez
Juez
Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

VOTO CONCURRENTES DEL JUEZ A. A. CANÇADO TRINDADE

1. Al votar a favor de la adopción de las presentes Medidas Provisionales de Protección, mediante las cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordena que se extienda protección a todas las personas reclusas en la *Cárcel de Urso Branco* en Brasil, me veo en la obligación de retomar la construcción conceptual en que he estado empeñado, en el seno de la Corte Interamericana, de las obligaciones *erga omnes* de protección bajo la Convención Americana. No es mi propósito reiterar aquí detalladamente las ponderaciones que he desarrollado anteriormente al respecto, particularmente en mis otros Votos Concurrentes en las Resoluciones de Medidas Provisionales de Protección adoptadas por la Corte en los casos de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (del 18.06.2002), de las *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó* (del 06.03.2003), del *Pueblo Indígena Kankuamo* (del 05.07.2004), y del *Pueblo Indígena de Sarayaku* (del 06.07.2004), sino más bien destacar brevemente los puntos centrales de mis reflexiones al respecto, con miras a asegurar la protección eficaz de los derechos humanos en una situación compleja como la del presente caso de las personas reclusas en la *Cárcel de Urso Branco*.

2. En realidad, bien antes del sometimiento de los referidos casos al conocimiento de esta Corte, ya yo había advertido la apremiante necesidad de la promoción del desarrollo doctrinal y jurisprudencial del régimen jurídico de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana (v.g., en mis Votos Razonados en las Sentencias sobre el fondo, del 24.01.1998, párr. 28, y sobre reparaciones, del 22.01.1999, párr. 40, en el caso

Blake versus Guatemala). Y en mi Voto Razonado en el caso *Las Palmeras* (Sentencia sobre excepciones preliminares, del 04.02.2000), referente a Colombia, ponderé que el correcto entendimiento del amplio alcance de la obligación general de *garantía* de los derechos consagrados en la Convención Americana, estipulada en su artículo 1º(1), puede contribuir a la realización del propósito del desarrollo de las obligaciones *erga omnes* de protección (párrs. 2º y 6º-7º).

3. Dicha obligación general de *garantía*, –agregué en mi citado Voto en el caso *Las Palmeras*, – se impone a cada Estado Parte individualmente y a todos ellos en conjunto (obligación *erga omnes partes* – párrs. 11-12). Así siendo,

“difícilmente podría haber mejores ejemplos de mecanismo para aplicación de las obligaciones *erga omnes* de protección (...) que los métodos de supervisión previstos en los propios tratados de derechos humanos, para el ejercicio de la *garantía* colectiva de los derechos protegidos. (...) Los mecanismos para aplicación de las obligaciones *erga omnes partes* de protección ya existen, y lo que urge es desarrollar su régimen jurídico, con atención especial a las *obligaciones positivas* y las *consecuencias jurídicas* de las violaciones de tales obligaciones” (párr. 14).

4. La obligación general de *garantía* abarca la aplicación de las medidas provisionales de protección bajo la Convención Americana. En mi Voto Concurrente en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana* (Resolución del 18.08.2000), me permití destacar el cambio operado tanto en el propio *rationale* como en el objeto de las medidas provisionales de protección (trasladadas originalmente, en su trayectoria histórica, del derecho procesal civil al derecho internacional público), con el impacto de su aplicación en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (párrs. 17 y 23): en el universo conceptual de este último, las referidas medidas pasan a salvaguardar, más que la eficacia de la función jurisdiccional, los propios derechos fundamentales de la persona humana, revistiéndose, así, de un carácter verdaderamente *tutelar*, más que *cautelar*.¹

5. Para esto ha contribuido decisivamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la materia, más que la de cualquier otro tribunal internacional hasta la fecha. Su construcción jurisprudencial al respecto, dotada de una base convencional, es verdaderamente ejemplar, sin paralelos –en cuanto a su amplio alcance– en la jurisprudencia internacional contemporánea,

habiendo, en los últimos años y hasta el presente, explorado debidamente todo el potencial de protección –por medio de la prevención– que se desprende de los términos del artículo 63(2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

6. En mi Voto Concurrente en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Resolución del 18.06.2002), me permití señalar que la obligación de protección por parte del Estado no se limita a las relaciones de éste con las personas bajo su jurisdicción, sino también, en determinadas circunstancias, se extiende a las relaciones entre particulares; tratase de una auténtica obligación *erga omnes* de protección, en favor, en el presente caso, de todas las personas recluidas en la *Cárcel de Urso Branco*. Como ponderé en aquel Voto, –y lo hago también en relación con el presente caso,– estamos, en última instancia, ante una obligación *erga omnes* de protección por parte del Estado de todas las personas bajo su jurisdicción, obligación esta que crece en importancia en una situación de violencia e inseguridad permanentes como la de la *Cárcel de Urso Branco*, y la cual

“(…) requiere claramente el reconocimiento de los efectos de la Convención Americana *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*), sin el cual las obligaciones convencionales de protección se reducirían a poco más que letra muerta.

El razonamiento a partir de la tesis de la responsabilidad *objetiva* del Estado es, a mi juicio, ineluctable, particularmente en un caso de medidas provisionales de protección como el presente. Trátase, aquí, de evitar daños irreparables a los miembros de una comunidad (...), en una situación de extrema gravedad y urgencia, que involucra acciones (...) de órganos y agentes de la fuerza pública” (párrs. 14-15).

7. Posteriormente, en otro caso de dimensiones tanto individual como colectiva, en mi Voto Concurrente en el caso de las *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó* (Resolución del 06.03.2003), también atinente a Colombia, me permití insistir en la necesidad del “reconocimiento de los efectos de la Convención Americana *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*)”, –propio de las obligaciones *erga omnes*,– “sin el cual las obligaciones convencionales de protección se reducirían a poco más que letra muerta” (párrs. 2°-3°). Y agregué que, de las circunstancias de aquel caso, –así como del presente caso,– se desprende claramente que

“la protección de los derechos humanos determinada por la Convención Americana, de ser eficaz, abarca no sólo las relaciones entre los individuos y el poder público, sino también

sus relaciones con terceros (...). Esto revela las nuevas dimensiones de la protección internacional de los derechos humanos, así como el gran potencial de los mecanismos de protección existentes, –como el de la Convención Americana,– accionados para proteger colectivamente los miembros de toda una comunidad², aunque la base de acción sea la lesión –o la probabilidad o inminencia de lesión– a derechos individuales” (párr. 4°).

8. En cuanto al amplio alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección, en mi Voto Concurrente en la Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17.09.2003), me permití recordar que dichas obligaciones *erga omnes*, caracterizadas por el *jus cogens* (del cual emanan)³ como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, abarcan, por lo tanto, a todos los destinatarios de las normas jurídicas (*omnes*), tanto a los integrantes de los órganos del poder público estatal como a los particulares (párr. 76). Y proseguí:

“(…) En una *dimensión vertical*, las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones inter-individuales).

(…) En cuanto a la *dimensión vertical*, la obligación general, consagrada en el artículo 1°(1) de la Convención Americana, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, genera efectos *erga omnes*, alcanzando las relaciones del individuo tanto con el poder público (estatal) cuanto con otros particulares⁴” (párrs. 77-78).

9. Así, en circunstancias como las del presente caso de la *Cárcel de Urso Branco*, narradas en la presente Resolución de la Corte, no puede el Estado pretender eximirse de responsabilidad por violaciones de los derechos humanos (derechos a la vida y a la integridad personal) ocurridas en la referida cárcel, por el hecho de que los actos de violencia que generaron dichas violaciones fueran perpetrados por algunas de las personas recluidas en la cárcel en detrimento de otros reclusos. La responsabilidad estatal se compromete de inmediato, al momento mismo de la ocurrencia de las violaciones⁵, independientemente de iniciativas de reformas legislativas o administrativas pendientes (algunas ya por mucho tiempo). El Estado tiene el deber ineludible de protección *erga omnes*, aún en las relaciones inter-individuales, por

cuanto víctimas y victimarios se encontraban y se encuentran todos bajo su custodia.

10. Es cierto que, a lo largo de la audiencia pública ante esta Corte del 28 de junio de 2004, las partes intervinientes demostraron un espíritu de cooperación procesal, que ha sido valorado positivamente por esta Corte. Sin embargo, como se desprende de las respuestas dadas durante la referida audiencia pública a las diversas preguntas que me permití formular y dirigir a las partes intervinientes (los peticionarios de las medidas provisionales de protección, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y el Estado brasileño), la situación en la *Cárcel de Urso Branco* sigue siendo de *extrema gravedad y urgencia*, en los términos del artículo 63(2) de la Convención Americana. De ahí la adopción de las presentes medidas provisionales de protección por parte de la Corte Interamericana.

11. En efecto, en la presente Resolución del 07 de julio de 2004, la Corte ha expresado su “preocupación” por el hecho de que

“durante la vigencia de estas medidas provisionales han muerto más personas en la *Cárcel de Urso Branco*, a pesar de que el propósito fundamental de la adopción de estas medidas es la protección eficaz de la vida e integridad personal de todas las personas recluidas en la cárcel y de las que ingresen a la misma.

(...) A pesar de que se puso término al amotinamiento que se dio en la cárcel a finales de abril de 2004, tanto la Comisión Interamericana como los peticionarios y el Estado concuerdan en que la situación que prevalece en la cárcel es inaceptable.

(...) La información aportada recientemente por la Comisión Interamericana, los peticionarios y el Estado, así como lo expuesto por todos ellos durante la audiencia pública celebrada el 28 de junio de 2004, demuestra que actualmente prevalece en la *Cárcel de Urso Branco* una situación de extrema gravedad y urgencia (...). (...) Ante la gravedad de la situación que impera en la *Cárcel de Urso Branco* es preciso que el Estado tome de forma inmediata todas las medidas necesarias para asegurar que los derechos a la vida y a la integridad física se preserven, independientemente de cualesquiera otras medidas que se adopten paulatinamente en materia de política penitenciaria. (...)

(...) El Estado debe adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para que no muera ni resulte herida ninguna persona en la *Cárcel de Urso Branco*. (...).”⁶

12. A mi juicio, es incuestionable que el principio fundamental del respeto a la dignidad de la persona humana alcanza todos los seres humanos, en cualesquiera circunstancias, inclusive los que se encuentren privados de libertad. En este sentido se orienta la jurisprudencia internacional en materia de protección de los derechos humanos. En efecto, en su *jurisprudence constante*, la Corte Interamericana ha recordado que el Estado, como responsable por los establecimientos de detención, es el garante de los derechos de los detenidos, que se encuentran sujetos a su custodia.⁷

13. La Corte Interamericana ha advertido, al respecto, que “toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal”.⁸ Así siendo, –ha agregado la Corte,– el poder del Estado de mantener el orden público “no es ilimitado”, por cuanto “tiene el deber, en todo momento, de aplicar procedimientos conformes a Derecho y respetuosos de los derechos fundamentales, a todo individuo que se encuentre bajo su jurisdicción. (...) Si una persona fuera detenida en buen estado de salud, y posteriormente muriera, recae en el Estado la obligación de proveer (...) la información y las pruebas relacionadas con el destino que ha tenido la persona detenida.”⁹

14. En la misma línea de pensamiento también se ha pronunciado la Corte Europea de Derechos Humanos, que reiteradas veces ha advertido que “las personas detenidas se encuentran en una posición vulnerable y las autoridades tienen el deber de protegerlas”.¹⁰ Tratándose de un recluso, la Corte Europea ha insistido en que

“it is incumbent on the State to account for any injuries suffered in custody, which obligation is particularly stringent where that individual dies”.¹¹

La Corte también ha determinado que “there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force”.¹² El deber de diligencia por parte del Estado abarca también las relaciones inter-individuales, como aclaró la Corte Europea en el caso *Osman versus Reino Unido* (1998), al advertir que se debe considerar en determinadas circunstancias la “positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual”.¹³

15. En el presente *caso de la Cárcel de Urso Branco*, tampoco puede el Estado pretender eximirse de responsabilidad internacional por violaciones de

los derechos humanos (derechos a la vida y a la integridad personal de reclusos) por razones de orden interno ligadas a su estructura federal. Al respecto, la Corte Interamericana, en su Sentencia del 27.08.1998 en el caso *Garrido y Baigorria versus Argentina* (reparaciones), invocó una “jurisprudencia centenaria”, que hasta el presente no ha variado, en el sentido de que “un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional” (párr. 46). Y, en su célebre Opinión Consultiva n. 16 (del 01.10.1999), sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, –verdaderamente pionera e histórica, y que ha servido de fuente de inspiración para la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* sobre la materia,– la Corte Interamericana determinó, sobre este punto específico, que las obligaciones convencionales deben ser cumplidas por los Estados, “independientemente de su estructura federal o unitaria” (párr. 140, y punto resolutivo n. 8).

16. En resumen, como se desprende de la jurisprudencia internacional supracitada, en toda y cualquier circunstancia se impone la obligación de *debida diligencia* por parte del Estado, para evitar daños irreparables a personas bajo su jurisdicción y su custodia. Medidas provisionales de protección como las que viene de adoptar la Corte Interamericana en la presente Resolución sobre el caso de *la Cárcel de Urso Branco* contribuyen al establecimiento de un *monitoreo continuo*, con base en una disposición de un tratado de derechos humanos como la Convención Americana (artículo 63(2)), de una situación de extrema gravedad y urgencia. Contribuyen, además, como yo ya había anticipado en mi Voto Concurrente en el caso de *las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó* (párrs. 6°-8°), a la gradual formación de un verdadero *derecho a la asistencia humanitaria*.

17. Revelan, asimismo, que es posible y viable actuar, en situaciones de esta naturaleza, atinente a los miembros de una colectividad humana, *estrictamente dentro del marco del Derecho*, reafirmando el primado de este último sobre el uso indiscriminado de la fuerza. Y dan testimonio del actual proceso de *humanización* del derecho internacional (hacia un nuevo *jus gentium*) también en materia de aplicación de medidas provisionales de protección. Todo esto revela que la conciencia humana (fuente material última de todo el Derecho) ha despertado para la necesidad de proteger la persona humana contra violaciones de sus derechos por parte tanto del Estado como de terceros particulares.

18. En el seno del *Institut de Droit International*, he sostenido que, en el ejercicio del derecho emergente a la asistencia humanitaria, el énfasis debe incidir en las personas de los beneficiarios de la asistencia humanitaria, y no en el potencial de acción de los agentes materialmente capacitados a prestarla. El fundamento último del ejercicio de aquel derecho reside en la dignidad inherente de la persona humana; los seres humanos son efectivamente los *titulares* de los derechos protegidos, así como del propio derecho a la asistencia humanitaria, y las situaciones de vulnerabilidad y padecimiento en que se encuentran (en reclusión), –sobre todo en situaciones de pobreza, violencia crónica, insalubridad y marginación social, y quizás de brutalización,– realzan la necesidad de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos que les son inherentes.

19. A mi juicio, el desarrollo y el debido cumplimiento de dichas obligaciones *erga omnes* son imprescindibles para poner fin a la violencia intracarcelaria, a la impunidad, y a la injusticia institucionalizada. Además, los titulares de los derechos protegidos (o sus representantes legales) son los más capacitados para identificar sus necesidades básicas de asistencia humanitaria, la cual constituye una respuesta, basada en el Derecho, a las nuevas necesidades de protección de la persona humana. En la medida en que la personalidad y la capacidad jurídicas internacionales de la persona humana se consoliden en definitivo, sin margen a dudas, el derecho a la asistencia humanitaria puede tornarse gradualmente justiciable.¹⁴

20. A su vez, el fenómeno actual de la expansión de dichas personalidad y capacidad jurídicas internacionales¹⁵ responde, como se desprende de recientes casos ante esta Corte atinentes a miembros de colectividades humanas, a una necesidad apremiante de la comunidad internacional de nuestros días. En fin, el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de las obligaciones *erga omnes* de protección de la persona humana, en toda y cualquier situación o circunstancia, ciertamente contribuirá a la formación de una verdadera *ordre public* internacional basada en el respeto y observancia de los derechos humanos, capaz de asegurar una mayor cohesión de la comunidad internacional organizada (*la civitas maxima gentium*), centrada en la persona humana como sujeto del derecho internacional.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Pablo Saavedra Alessandri
Secretario

NOTAS

1. Para un estudio de esta evolución, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 80-83; A.A. Cançado Trindade, "Provisional Measures of Protection in the Evolving Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2001)", in *El Derecho Internacional en los Albores del Siglo XXI – Homenaje al Prof. J.M. Castro-Rial Canosa* (ed. F.M. Mariño Menéndez), Madrid, Ed. Trotta, 2002, pp. 61-74; A.A. Cançado Trindade, "Les mesures provisoires de protection dans la jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme", 4 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2003), pp. 13-25.
2. Sugiriendo una afinidad con las *class actions*.
3. En este mismo Voto, me permití precisar que "por definición, todas las normas del *jus cogens* generan necesariamente obligaciones *erga omnes*. Mientras el *jus cogens* es un concepto de derecho material, las obligaciones *erga omnes* se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y todos los individuos obligados. A su vez, no todas las obligaciones *erga omnes* se refieren necesariamente a normas del *jus cogens*" (párr. 80).
4. Cf., al respecto, en general, la resolución adoptada por el *Institut de Droit International* (I.D.I.) en la sesión de Santiago de Compostela de 1989 (artículo 1º), in I.D.I., 63 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1989)-II, pp. 286 y 288-289.
5. Sobre la determinación del surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado, cf. mi Voto Razonado (que vengo de presentar a esta Corte también en el día de hoy) en el caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri versus Perú* (Sentencia del 08.07.2004), párrs. 11-18. Y, para un estudio al respecto, cf. A.A. Cançado Trindade, "A Determinação do Surgimento da Responsabilidade Internacional dos Estados", 26 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte (1978), pp. 158-199; A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 371-408.
6. *Consideranda* 8, 9, 10, 11 y 12 de la presente Resolución.
7. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), caso *Bulacio versus Argentina*, Sentencia del 18.09.2003, Serie C, n. 100, párrs. 126-127 y 138); CtIADH, caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y Otros versus Trinidad y Tobago*, Sentencia del 21.06.2002, Serie C, n. 94, párr. 165; CtIADH, caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentencia del 25.11.2000, Serie C, n. 70, párr. 171; caso *Neira Alegria y Otros versus Perú*, Sentencia del 19.01.1995, Serie C, n. 20, párr. 60.
8. CtIADH, caso *Castillo Petruzzi y Otros versus Perú*, Sentencia del 30.05.1999, Serie C, n. 52, párr. 195.
9. CtIADH, caso *Juan Humberto Sánchez versus Honduras*, Sentencia del 07.06.2003, Serie C, n. 99, párr. 111.
10. Cf., v.g., *inter alia*, Corte Europea de Derechos Humanos (CtEDH), caso *Orhan versus Turquía*, Sentencia del 18.06.2002, Serie A, n. 3645, párr. 326; y cf. también CtEDH, caso *Aksoy versus Turquía*, Sentencia del 26.11.1996, párr. 61; CtEDH, caso *Anguelova versus Bulgaria*, Sentencia del 23.05.2002, párr. 110.
11. CtEDH, caso *Paul y Audrey Edwards versus Reino Unido*, Sentencia del 14.03.2002, Serie A, n. 3449, párr. 56; CtEDH, caso *Avsar versus Turquía*, Sentencia del 10.07.2001, Serie A, n. 2637, párr. 391; CtEDH, caso *Keenan versus Reino Unido*, Sentencia del 03.04.2001, Serie A, n. 2421, párr. 91.
12. CtEDH, caso *Cakici versus Turquía*, Sentencia del 08.07.1999, Serie A, n. 1090, párr. 86.
13. CtEDH, caso *Osman versus Reino Unido*, Sentencia del 28.10.1998, Serie A, n. 1050, párr. 115.
14. Cf. A.A. Cançado Trindade, "Reply [- Assistance Humanitaire]", 70 *Annuaire de l'Institut de Droit International – Session de Bruges* (2002-2003) n. 1, pp. 536-540.
15. Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104.

particular e concentra-se no processo evolutivo promovido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio de quatro regulamentos que progressivamente modificaram a posição dos peticionários frente à Convenção Americana, ao brindar-lhes com o direito de participar diretamente em todas as etapas do procedimento ante o Tribunal (*locus standi in judicio*). Tais desenvolvimentos evidenciam a viabilidade e a premência de permitir o acesso direto dos indivíduos, sem intermediários, à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O fenômeno da multiplicidade e complementaridade dos tribunais internacionais é apenas um indício da mudança de paradigma do Direito Internacional, não mais estatocêntrico, em que o Estado é colocado acima do Direito, mas sim um verdadeiro *direito das gentes* voltado para a realização de uma justiça objetiva. Neste contexto, o autor atenta para a necessidade dos juristas contemporâneos, à luz dos fundadores da disciplina, declararem *qual é o Direito* e não apenas tomarem nota da prática dos Estados.

Na Parte III, intitulada “O Primado do Direito sobre a Força”, o autor expõe as raízes históricas do princípio do não-uso da força desde as Conferências de Paz da Haia, a posterior adoção do Pacto Briand-Kellogg no âmbito da Liga das Nações, e sua definitiva consolidação a partir da Carta das Nações Unidas e seus posteriores desenvolvimentos. Por meio de análises das atuais crises internacionais que desencadearam na ameaça e no uso da força de maneira indiscriminada e contrária à ordem jurídica internacional, fundamentada por neologismos e invocações político-jurídicas falaciosas, o autor atenta para os efeitos perversos da subversão dos princípios fundamentais do Direito Internacional e salienta a necessidade de resgatar o primado do Direito sobre a força como um imperativo de natureza *jus cogens*.

Sua consideração sobre a questão da ilegalidade das armas de destruição em massa no direito internacional contemporâneo, em texto preparado para uma histórica conferência ministrada pelo autor na Universidade de Hiroshima, Japão, perpassa pelas iniciativas de estabelecimento de zonas de paz, conceito interligado à noção do direito à paz, os tratados para o estabelecimento de zonas livres de armas nucleares, em consequência da crescente desaprovção dessas armas pela comunidade internacional, e os empreendimentos com vistas ao banimento desses armamentos. O autor avalia as decisões da Corte Internacional de Justiça (CIJ) nas oportunidades em que teve de se pronunciar sobre questões relativas aos armamentos nucleares,

atentando para as ambigüidades e os equívocos conceituais que as permearam. Ao final, assevera sobre a ilegalidade inerente das armas de destruição em massa, cuja ameaça e uso consiste em uma afronta à humanidade como um todo, além de contrárias à própria racionalidade humana.

Por fim, o último texto desta parte discorre sobre o capítulo da solução pacífica de controvérsias. O foco principal do tema é a persistente tensão existente entre o princípio geral do direito internacional que dispõe sobre o dever da solução pacífica de controvérsias e a faculdade dos Estados de livremente escolherem os meios pelos quais se dará a referida solução, considerando a prevalência do primeiro. O autor analisa a interação e a complementaridade entre os meios de solução pacífica, explicitando os meios diplomáticos (negociação, conciliação, *fact-finding*, bons ofícios, mediação, e solução arbitral e judicial), os meios constantes em tratados multilaterais, a busca por soluções *ad hoc*, e algumas iniciativas da ONU em institucionalizar certos procedimentos. Considerando que a solução pacífica de controvérsias é um interesse geral da comunidade internacional, e que responde às necessidades das relações internacionais contemporâneas, o autor defende o fortalecimento dos mecanismos de solução pacífica como um dos pilares na construção de um Direito Internacional para a humanidade.

A Parte IV da obra intitula-se “As Convergências e Expansão dos Regimes Jurídicos de Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana”. Em um texto preparado para a comemoração dos 20 anos da Declaração de Cartagena sobre refugiados, o autor reafirma a superação da visão compartimentalizada do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional Humanitário, em benefício da interação entre estas três vertentes de forma a responder às novas necessidades de proteção dos seres humanos em quaisquer circunstâncias e da consolidação das obrigações *erga omnes* de proteção por meio do dever de “respeitar” e de “fazer respeitar”. Ao considerar as convergências institucionais e jurisprudenciais entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Européia de Direitos Humanos, ressalta a contribuição da interpretação uniforme do *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos para a universalidade do mesmo, a partir de uma ótica necessariamente antropocêntrica.

Finalmente, a Parte V, intitulada “Rumo ao Novo *Jus Gentium*, o Direito Internacional da Humanidade”, conclui a obra oferecendo ao leitor

uma visão positiva do potencial evolutivo da disciplina no século XXI. Apesar das tentativas de desconstrução do Direito Internacional por alguns Estados, o desenvolvimento da matéria no seio da comunidade internacional demonstra a crescente preocupação em situar o ser humano, bem como as considerações relativas a direitos humanos, no centro da agenda internacional contemporânea. Para o autor, esta realidade corresponde ao novo *ethos* hodierno. As atrocidades e os abusos vivenciados pelos seres humanos nas últimas décadas têm despertado a *consciência universal da humanidade* para o reconhecimento de certos valores fundamentais à existência, o que contribui para a formação da *communis opinio juris*, se contrapondo ao voluntarismo positivista do início do século, e

resgatando os ensinamentos dos fundadores da disciplina. Tal movimento, segundo o autor, é parte da construção de um novo *jus gentium*, mais amplo em sua dimensão espacial, que não se limita aos Estados territoriais, e em sua dimensão temporal, que considera a humanidade compreendendo não apenas a geração presente, como também as futuras.

A presente obra, além de extremamente rica em referências históricas essenciais à compreensão do Direito Internacional contemporâneo, congrega a visão extremamente consolidada de um dos mais reconhecidos e respeitados juristas da atualidade que de fato participa de forma ativa da construção desse verdadeiro *direito universal da humanidade*.

DIREITOS HUMANOS: O SIGNIFICADO HISTÓRICO DE UMA HOMENAGEM

Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos; Ensaio em Homenagem a Antônio Augusto Cançado Trindade. *Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, 6 t.*

RICARDO ANTONIO LUCAS CAMARGO

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela UFMG.

Quantos tenham de palmilhar o território do Direito Internacional Público, seja na condição de residentes, seja na condição de visitantes, não podem ficar indiferentes à obra do Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Com efeito, é a partir de seu pensamento e de sua atuação como diplomata nato e como juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos – órgão jurisdicional da Organização dos Estados Americanos – que se pode dizer que todos os dogmas estabelecidos encontram a sua negação a partir de si mesmos, encontrando o momento da síntese dialética no desenvolvimento da doutrina do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Com efeito, enquanto a atitude dos jusinternacionalistas em geral, não fugindo, em verdade, ao comportamento comum do Bacharel em Direito, está cingida à perpetuação de dogmas e conceitos datados que estão muito longe da autoproclamada neutralidade ideológica, o Professor da Universidade de Brasília e PhD pela Universidade de Cambridge procurou rastrear-lhes as raízes levando às últimas conseqüências o conselho de Descartes, repetido no século XX por Karl R. Popper: duvidar das proposições, submetendo-as continuamente a testes.

Daí se explica, em muito, o porquê de cento e quatro autores de todas as partes do Mundo e das mais diversas atividades, escrevendo em português, inglês, francês, espanhol e italiano, haverem elaborado estudos para serem reunidos nestes seis volumes que o editor gaúcho Sergio Antonio Fabris entrega ao mercado. O presente texto não é uma resenha, mas tão-somente um roteiro para a compreensão do conjunto da obra.

Neste início de século XXI, ainda se torna necessário trazer a fundamentação acerca dos direitos humanos como destinados a todo o gênero humano, assumindo, pois, dimensão universal, vez que muito presentes ainda aqueles que se julgam no direito de distinguir os seres humanos entre eleitos e réprobos. E, justamente por isto, considerando que não se pode falar em direitos humanos sem se tomar em

consideração a própria humanidade, que é, em última análise, a dimensão universal do homem, que a obra abre debatendo o conceito de universalidade no pensamento do homenageado. E, com efeito, é tendo presente esta premissa que tal conceito será o ponto de partida para que se procure fazer uma reflexão sobre o “interesse geral da humanidade”, para a precisão do conteúdo do direito à paz, para a realização da suma de toda a produção intelectual do homenageado e da contribuição por ele ofertada enquanto juiz na Corte Interamericana de Direitos Humanos, passando assim da teoria à prática no sentido de tornar factível a humanização do Direito Internacional.

Quando, com efeito, se reconhece que o Direito é produto cultural e, por conseqüência, humano, não se pode conceber que qualquer uma de suas manifestações prescindia da idéia de humanidade. Seria o mesmo que admitir que a obra poderia nascer sem criador ou de ela se tornar absolutamente indiferentemente em face dele, o que, entretanto, não ocorre. Se o Direito é impensável sem a humanidade, o Direito Internacional Público, enquanto subconjunto do Direito, estaria descaracterizado se ainda se insistisse no enfoque tradicional, que o reduz à condição de Direito entre Estados e, portanto, criaria uma dificuldade adicional acerca da indagação de sua própria finalidade, quando não à sua própria negação enquanto disciplina jurídica. Se é verdade que Hans Kelsen asseriu que tudo o que seja objeto da imputação de conseqüências normativas mediante ato jurídico deve ser tido como dotado de valor jurídico, independentemente de se concordar ou não com o respectivo mérito, segue-se a inaceitabilidade do posicionamento do seu discípulo no sentido de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos seria portadora apenas de valor moral, porquanto o valor jurídico a ela passou a ser reconhecido ao longo dos anos de sua vigência.

Na seqüência, firmada a premissa segundo a qual o Direito Internacional dos Direitos Humanos

nada significa sem a Humanidade, vem-se a debater precisamente a questão da impossibilidade lógica de se falar em uma eficaz tutela dos direitos humanos em se mantendo o dogma segundo o qual o ser humano, o indivíduo, não seria sujeito de Direito Internacional, com o que se narram tanto os esforços do homenageado em possibilitar o acesso do indivíduo diretamente às Cortes Internacionais em se tratando das violações de direitos humanos, quanto a própria necessidade de humanização do Direito Internacional, superando a concepção vigente desde o seu nascimento de se tratar de um Direito de relações entre Estados soberanos, vindo ainda um relato acerca da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, as discussões que se têm verificado na Corte Internacional de Justiça acerca da possibilidade de acesso do indivíduo, em alguns casos, na condição de sujeito de direito internacional e os problemas da delimitação da respectiva capacidade neste e chegando à evolução do conceito de vítima na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com efeito, a denegação de personalidade internacional ao indivíduo decorre muito mais de uma opção ideológica do que propriamente de uma impossibilidade prática de se aplicarem todas as conseqüências daí decorrentes ou de uma impossibilidade de se sustentar, com argumentos teoricamente consistentes tal personalidade: trata-se de uma opção que tem seu nascedouro na idéia do ser humano, juridicamente, só ser concebível como pessoa enquanto vinculado a um Estado – visão emersa da Paz de Westfália em 1648, muito cara a Hegel e que foi desenvolvida por Jellinek no início do século XX. Tal visão, que privilegia, necessariamente, a totalidade, fazendo com que as partes – os indivíduos – nela terminem por se dissolver, quando aplicada no seio dos ordenamentos internos veio a desembocar nas experiências totalitárias que desencadearam a II Grande Guerra. Mesmo que não se defenda que a coletividade deva sucumbir diante do indivíduo – o que implicaria a nulificação da liberdade de cada indivíduo em prol daquele cuja sombra se projete sobre todos os demais –, a dissolução do indivíduo em meio à coletividade acaba por conferir àquele que fale em nome desta à eliminação caprichosa de quem quer que dela faça parte, porque cada um vale uma gota que, subtraída ao oceano, não compromete a este.

Uma vez estabelecido o questionamento do dogma concernente à suposta ausência de personalidade do indivíduo no Direito Internacional Público e demonstrada a aplicação prática de tal questionamento, surgem as questões concernentes à própria necessidade de adaptação dos sistemas de

proteção aos direitos humanos à realidade das regras de convivência entre os povos, de sorte que possam lograr maior eficácia, principalmente à vista da sempre falada globalização, como interconexão entre os povos, que aumentaria a eficiência das ações tanto para o “bem” quanto para o “mal”. A comparação entre as possibilidades e limites da proteção diplomática em face da proteção dos direitos humanos, sobretudo tendo em vista problemas como os dos refugiados e dos apátridas, bem como a regra do esgotamento dos recursos do direito interno é seguida pelo balanço da contribuição do homenageado à maior efetividade processual da tutela internacional dos direitos humanos no manuseio das medidas cautelares, denominadas “provisionais”, o exame do sistema de monitoramento da proteção dos direitos humanos no Comitê de Ministros do Conselho da Europa e sua eventual adequação para a Organização dos Estados Americanos, o exame da progressiva implementação dos direitos humanos em cada um dos países mediante a elaboração de estatísticas e a comparação das semelhanças e diferenças entre os sistemas Interamericano e Europeu encerram o primeiro tomo desta obra.

Note-se que, quando se fala na necessidade de adaptação dos sistemas de proteção à realidade, a preocupação se coloca, precisamente, no âmbito do que os juristas costumam tratar como o problema de garantir a maior eficácia às previsões normativas a eles concernentes. A identificação de semelhanças e diferenças entre os sistemas de proteção, longe de infirmar a premissa da universalidade dos Direitos Humanos, pelo contrário, apenas aponta para o dado de que, apesar de diferenças pontuais, essencialmente, existem pontos de convergência que permitem trazer o dado de unidade que poderia abrir ensanchas a, pela generalização, das particularidades entre eles vir a se partir para o geral. Razão por que, se o esforço em torno da fundamentação passa a ser menor do que o esforço em torno da efetivação dos Direitos Humanos, longe se está do tempo em que estes serão considerados como um axioma, dado que, como alertado já no início deste texto, ainda encontram eco discursos que apelam não à razão, mas a uma poderosa emoção – o medo – para os combater ou, pelo menos, reduzir-lhes a abrangência, o que, em última análise, implicaria negar – como o fizeram os autores da Restauração, que combatiam a Revolução Francesa – o próprio conceito de humanidade.

O segundo tomo abre-se com a investigação dos fundamentos jusfilosóficos dos direitos humanos, com a demonstração de que as teses e a atuação do homenageado não seriam indiferentes a quem busque uma adequada fundamentação

para explicitar a projeção internacional da dignidade do ser humano enquanto fim em si mesmo, a identificação da formação consuetudinária da proteção internacional dos direitos humanos, qualificando o ser humano enquanto cidadão do mundo na condição de destinatário de tal proteção, a perquirição dos fundamentos invocados, ao longo da história, para a conceituação dos direitos humanos, bem como a influência do pensamento religioso – sobretudo judaico e cristão – na sua compreensão, brandida, entretanto, como argumento por adversários da tese universalista, que passam ao largo de uma questão de fato relevante, qual seja, a de que países cuja cultura não é tributária do acervo judaico-cristão têm, cada vez mais, aderido a tratados informados pela visão universalista, principalmente após a II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993. E é dito que passam ao largo porque se tem em vista partidários da tese oposta ao universalismo que consideram o pacta sunt servanda autêntica regra de ouro, porque, em última análise, é a base racional da segurança dos negócios privados.

Aqui se tem um exemplo vivo de que, se a tarefa de fundamentar os direitos humanos se mostra, hoje, menos ingente do que no passado, nem por isto se mostra despicienda. Com efeito, a investigação dos fundamentos filosóficos dos Direitos Humanos se coloca, aqui, como uma tentativa de verificar a presença de uma concepção que ronda ainda, pretendendo ressurreição, porque sem sombra de dúvida fortalece em muito a autoridade do poder político sobre os súditos, e que é a visão da plena discricionariedade dos Estados em disporem acerca dos que se lhe submetam, desalojada, como o reconhece mesmo doutrina de raiz normativista, pela concepção esposada pela Carta das Nações Unidas, que toma os direitos humanos como questão fundamentalmente internacional. Por outro lado, tal visão supõe que a individualidade de cada cultura torne uma impermeável à outra, cabendo apenas, no encontro delas, conceber o estabelecimento de uma relação de combate em que o vencedor destrua, ao final, completamente o perdedor, ignorando por completo a identificação feita pela antropologia do fenômeno do melting pot.

Discutidos os fundamentos jusfilosóficos dos direitos humanos, segue-se o debate acerca do papel desempenhado pelas Cortes Internacionais voltadas à sua proteção, enfatizando-se episódio recente em que país latino-americano, sob regime de força, tentara, sem sucesso, se subtrair à jurisdição da Corte Interamericana, conduta que não deixa de guardar similitude com as leis de auto-anistia,

aprovadas em prol dos que, no exercício de posições de poder, perpetraram violações a direitos humanos durante períodos de exceção.

Atitudes como estas que ora se comentam estariam plenamente justificadas no contexto de um pensamento de matriz hegeliana, que tomaria o Estado como autorizado a disciplinar, a seu bel prazer, as relações com seus súditos, nada restando a estes senão os limites que o próprio Estado houvesse para si estabelecido. Uma vez adotada a visão dos Direitos Humanos como tutela da própria projeção universal do ser humano, elas passam a não ter como se justificarem, valendo, antes, como o equivalente à tentativa de evasão do delinquente que esteja a sofrer processo regular para reparar a lesão a determinado bem juridicamente tutelado. Embora seja bem verdade que a percepção do que se entenda por violação de Direitos Humanos por parte de um Estado passe, por vezes, por um filtro de altíssima subjetividade, especialmente considerados os pressupostos ideológicos do regime político adotado, não se pode negar que, diante de um parâmetro exterior objetivo, em face do qual dados ontológicos avaliáveis apenas de acordo com a opinião pessoal de cada um simplesmente se tornem irrelevantes, o tema passa a ter várias de suas dificuldades desbastadas.

O tomo terceiro inicia-se tratando, individualizadamente, os mais questionados dentre os direitos humanos, principiando pelos direitos à vida e integridade pessoal, recordando as situações em que são sotopostos mesmo por autoridades públicas, passando pelas tentativas de se tornar mais rigoroso o sistema penal e de se legitimar a adoção da pena de morte. Em seguida, é versada a proteção processual dos direitos humanos, desde as ações típicas destinadas a tanto, como o amparo nos países de língua espanhola e o mandado de segurança no Brasil, passando pela disciplina do procedimento probatório no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, até a experiência em alguns países da adoção do Ombudsman especificamente para as questões concernentes a direitos humanos. Segue-se o tratamento dos direitos de liberdade de expressão e liberdade de associação no âmbito do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, apontando para as tensões que se estabelecem quando não se os compreende como meios destinados à plenificação do funcionamento de uma sociedade democrática, bem como o exame das questões relacionadas à liberdade de expressão no sistema interamericano, versando especificamente temas como a amplitude em que é garantida tal liberdade, o problema da monopolização e oligopolização da mídia como incompatíveis com a

concreção de tal direito, os conflitos aparentes com o direito à honra e a formação moral da infância e da adolescência, a liberdade de opinião e o dever de veracidade, a compatibilidade das leis voltadas a coibir o desacato a autoridades públicas com a tutela proporcionada pelos tratados internacionais à liberdade de expressão, o direito da população ao acesso à informação. Passa-se ao debate dos direitos econômicos, sociais e culturais, em que se principia pela dificuldade encontrada em certo setor da doutrina para os configurar como autênticos direitos humanos, trazendo-se, logo em seguida, posicionamento no sentido da relação de complementariedade entre esta categoria de direitos e os direitos clássicos de liberdade no âmbito do Estado social, justamente em virtude da necessidade de não se excluir nenhum integrante do gênero humano do acesso à ordem jurídica, inventariando-se, em seguida, os limites e possibilidades da proteção judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais no contexto do sistema interamericano, o desenvolvimento da compreensão desta categoria de direitos a partir da relação entre Economia e Direito, enfatizando-se a imbricação entre as medidas de política econômica e as situações jurídicas em que envolvidas questões concernentes a direitos humanos, desembocando no desenvolvimento da lex mercatoria e seus efeitos no que tange à exclusão social e, por isto mesmo, na exclusão de determinadas categorias do acesso aos direitos assegurados nacional e internacionalmente. Feitas as reflexões gerais acerca dos direitos econômicos, sociais e culturais, passa-se a tratar pormenorizadamente os direitos ao trabalho e à liberdade de associação, principiando-se pelas percussões dos direitos fundamentais no seio das relações laborais, como a proibição de discriminação, a liberdade de convicção ideológica e religiosa, o direito à intimidade e à integridade física e psicológica e as liberdades de expressão e informação, terminando pelo exame do delicado equilíbrio entre a liberdade de definir objetivos para as associações e a inaceitabilidade jurídica de tais objetivos. Seguem-se reflexões sobre o direito de auto-determinação dos povos, amplamente invocado quando das descolonizações, principalmente após a II Grande Guerra, tomando-se em consideração problemas como o da globalização, que teria como efeito a diluição do próprio conceito de soberania, e o das minorias étnicas, religiosas e lingüísticas, bem como o de povos autóctones.

Poder-se-ia pensar que o caráter polêmico dos direitos humanos tratados no parágrafo anterior justificariam a proposição segundo a qual somente

mereceriam tutela aqueles que não fossem controvertíveis. Entretanto, não se sustenta tal proposição, quer porque mesmo os direitos aparentemente insuscetíveis de contestação podem, eventualmente, sê-lo – a liberdade de manifestação do pensamento, por exemplo, foi considerada monstruosa pelo Papa Pio VI, contemporâneo da Revolução Francesa –, quer por conta da complementariedade que os direitos apresentam entre si. E este parágrafo, entretanto, não traduz qualquer contradição com a idéia de universalidade que está sendo sustentada neste texto, porque se a idéia deste, em si mesma, se faz presente em toda a humanidade, e se esta é a projeção universal do indivíduo, o contínuo diálogo entre os universos culturais há de construir uma pauta de valores universais, mercê da qual se afirme a dignidade humana, sem exclusão de nenhum dos integrantes da humanidade. E, por óbvio, quando se fala em afirmar a dignidade humana, não se há de confundir com a mera ubicação do ser humano como fornecedor ou consumidor, capitalista ou trabalhador, empregado ou desempregado. E, não obstante, correspondendo tais posições aos papéis desempenhados por cada ser humano em um dos aspectos da vida social – o voltado à busca dos meios para a satisfação das próprias necessidades, isto é, o econômico –, não se pode falar em uma efetiva proteção dos Direitos Humanos que os negligencie. E não pode justamente em virtude do fato de cada ser humano constituir uma totalidade, merecendo cada uma de suas partes ou desdobramentos tratamento a elas adequado, sem se descuidar da sua inserção no todo. Afinal, “quem no Todo se embrenha, deixa de ser fanático e supersticioso...”

Uma vez individualizados os mais polêmicos dentre os direitos humanos, passa-se ao exame das construções jurisprudenciais em torno da sua proteção. Inicia-se esta parte por um estudo concernente à evolução da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem acerca do controle jurisdicional da atuação administrativa, com o esmaecimento da dicotomia público/privado. As construções feitas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no exercício de atribuições consultivas para prevenir violações por parte dos Estados, não se prestando, por isto mesmo, ao prejudgamento de casos concretos, no exame da responsabilidade internacional por atos legislativos, seja na modalidade da omissão da edição de leis aptas a viabilizar a consecução de direitos humanos, seja na de edição de leis violatórias a estes mesmos direitos, o papel histórico desempenhado pela sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Barrios Altos na reversão

são tratados minuciosamente nos estudos voltados a esta temática.

Com efeito, o problema dos refugiados e dos migrantes está colocado como o da denegação da condição, mais do que de sujeito, de ser humano a quem se encontre nestas situações, considerando a origem heideggeriana das teses de Hannah Arendt, no sentido de que o ser é sempre ser no mundo, isto é, só se pode reconhecer o ser a partir de sua relação com o mundo, do seu próprio modo de ser, logo, de sua existência. Um ser excluído do mundo deixa, pois, de ser tomado em consideração enquanto tal. E não deixa de ser o que ocorre, na medida em que, de cada meio em que se pretendam inserir, migrantes e refugiados são rechaçados ao argumento de que a ele não pertencem. São, em suma, mais que expulsos de um lugar físico, expulsos, praticamente, do gênero humano. Daí, também, o porquê de não se mostrar adequada a manutenção do dogma sempre repetido pela tradicional doutrina internacionalista no sentido de que os indivíduos, no âmbito internacional, devem ser considerados como objetos e não como sujeitos.

No que tange à relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Ambiental, o debate principia pelo estudo de casos em que os Direitos Humanos, a saúde e o meio ambiente foram tratados como intimamente relacionados entre si, passando pela investigação do papel das Cortes Internacionais de Direitos Humanos no que tange à repercussão da exploração de recursos naturais na matéria da competência delas, pelos direitos humanos concernentes à alimentação e a atuação da FAO na sua concreção, terminando pelo exame do meio ambiente como elemento catalisador da humanização do Direito Internacional contemporâneo.

Com efeito, já se tornou lugar comum, principalmente no âmbito do Direito interno, que a tutela do meio ambiente diz, principalmente, com a possibilidade de as gerações futuras poderem ter um mundo onde possam desenvolver, cada um dos seus integrantes, a própria personalidade. No âmbito internacional, por outro lado, a necessidade da tutela do meio ambiente emerge tendo em vista a possibilidade de o comprometimento das futuras gerações poder ultrapassar as fronteiras de determinado território sobre o qual algum Estado projete sua soberania. Reconhece-se o caráter escasso dos recursos naturais, bem como a praticamente ilimitada capacidade humana de criar necessidades além daquelas decorrentes da própria natureza, e ainda a própria relação da destruição ambiental com a periclitadação das populações

tradicionais, bem como a utilização do meio ambiente como pretexto, outrossim, para intervenções. Veja-se que estas devem ser consideradas como remédios excepcionais, aplicáveis somente em situações-limite, e que um dos mais sérios sintomas da falta de seriedade do pretexto que se invoque consiste justamente na ocorrência da violação de Direitos Humanos por parte de quem põe em prática a medida. Tal se pode dizer, por exemplo, da incongruência de discursos voltados à internacionalização da Amazônia que convivam com a recusa da assinatura do Protocolo de Kioto, referente ao aquecimento global, ao fundamento de perfurar a soberania dos países que produzem as emanações. Importa aqui salientar que a questão ambiental está posta em franca imbricação com a própria idéia de um direito ao desenvolvimento, voltado a possibilitar o diálogo em pé de igualdade entre Nações que se achem em posições econômicas desiguais, arredando, assim, a lógica de uma se auto-projetando sobre a outra.

No que toca à relação do Direito Internacional dos Direitos Humanos com os temas gerais do Direito Internacional Público, adianta-se a questão da impossibilidade da concreção do ideal kantiano da paz perpétua sem a centralização do Direito Internacional na proteção dos direitos humanos, buscando bloquear o ingresso das relações internacionais na seara do arbítrio, dos princípios do Direito dos Tratados aplicáveis à proteção dos direitos humanos no sistema europeu, os temas que relacionam o Direito do Mar e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, como o direito à vida e à segurança, o direito de comunicação, o direito à liberdade, o direito à nutrição e ao meio ambiente, bem como a necessidade de se reformular e reforçar o ensino do Direito Internacional Público, superando a clássica visão que o limitava à relação entre Estados soberanos e à relação dos tratados com o direito interno para se chegar à atribuição ao ser humano do lugar que efetivamente lhe cabe como sujeito de direito nas relações internacionais.

Note-se que a relação entre Estados soberanos não deixa de constituir objeto de estudo do Direito Internacional Público, mas deixa, isto sim, de ser o centro das preocupações daquele ramo do Direito, do mesmo modo que a ontologia não deixou de ser estudada pelo simples fato de a filosofia, a partir de Kant, haver deslocado o eixo de suas preocupações para a ética. Com efeito, as questões concernentes ao nascimento e à extinção dos Estados, a coexistência entre eles, a caracterização dos respectivos domínios, as hipóteses de responsabilização, a capacidade para a celebração de

Cabe ressaltar que os Estados, quando firmam tratados em que constem cláusulas que prevejam a imediata execução de sentença de Tribunais internacionais por eles instituídos, fazem-no no exercício do seu poder de autodeterminação, com o que não se pode falar em nulificação da soberania quando o ato, em si mesmo, é manifestação da soberania. Porém, é de se observar que os meios de se prover à execução de tais sentenças devem ser estabelecidos pela legislação processual de cada Estado, especialmente quando o conteúdo da sentença não puder lograr atendimento pelas vias executórias existentes no Direito interno. Note-se que não há qualquer contradição com a tese segundo a qual a autodeterminação, em se tratando de Direitos Humanos, sofreria uma mitigação, porquanto mais não se tem aqui do que a demonstração de que o exercício desta prerrogativa pode ser, inclusive, meio para sua operacionalização.

Em seguida, as preocupações se voltam para o problema do tratamento da igualdade e, ipso facto, da não-discriminação no Direito Internacional dos Direitos Humanos, abrindo-se com um exame da situação da mulher no sistema interamericano, tanto nos pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos como nos da Corte Interamericana. Segue-se exame das bases para a formação de uma “jurisprudência da igualdade” em relação às questões de gênero e, em seguida, trabalham-se os problemas concernentes à discriminação racial, especialmente na configuração da condição de vítima de lesões a direitos humanos, e as soluções avançadas a partir da Conferência de Durban de 2001, o papel desempenhado pela diplomacia brasileira na luta internacional contra o racismo, passando pela discriminação em geral dos grupos particularmente vulneráveis por motivos arbitrários, a relação entre a deficiência física, psíquica ou sensorial do indivíduo e a temática concernente aos direitos humanos, e, encerrando o tomo 5, comenta-se a primeira decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a adoção de políticas indigenistas tendentes ao extermínio dos autóctones adotadas na Nicarágua.

A relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito interno nada mais é que a representação mental do dado de realidade quanto a haver mister, na concreção dos instrumentos àquele pertinentes, obter o concurso dos órgãos internos dos Estados soberanos. Isto é: longe de demandar o enfraquecimento ou o desaparecimento dos Estados soberanos, a proteção dos Direitos Humanos exige, antes, que eles se fortaleçam, providos dos meios para os efetivar. Algo

que conduz à constatação aparentemente óbvia de que a sustentação em prol do Estado mínimo implica, em última instância, a manutenção dos Direitos Humanos no plano da utopia irrealizável, com a valorização do direito enquanto mero instrumento para dirimir conflitos entre particulares e para assegurar o castigo aos integrantes da abjecta plebecula, protegendo os poucos eleitos contra a multidão dos amaldiçoados. Quando se tem em questão a proteção dos Direitos Humanos, percebe-se que é um falso problema a preocupação com o gigantismo ou a modéstia do Estado. O que se põe realmente em questão é quais as necessidades que quem desempenha a atividade se propõe a satisfazer, se elas são essenciais ou suntuárias, se a atividade apta a satisfazê-la pode ser lançada em terreno em que quem se propõe a prestá-la teria discricionariedade plena para escolher a quem e quando prestá-la ou não, se o pressuposto para a fruição do benefício decorrente da prestação da atividade deveria, necessariamente, estar vinculado ao poder aquisitivo do virtual consumidor ou ao papel desempenhado no teatro social ou à própria condição humana.

O sexto e último tomo abre-se com um exame concernente à evolução, na jurisprudência da Corte Interamericana, dos conceitos de vítima, danos reparáveis e legitimação para o pleito. Segue-se investigação sobre o tratamento das reparações em espécie na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e individualizam-se os estudos dos danos ao projeto de vida e em decorrência de tortura.

Note-se que se está em busca, mais uma vez, da superação dos dogmas do Direito Internacional Público clássico. O conceito de vítima, no âmbito internacional, evolui da acepção que o restringe ao indivíduo que efetivamente vem a sofrer o dano para abranger quantos se venham a encontrar na mesma situação apta a ensejar a violação aos direitos tutelados. Tocante ao dano ao projeto de vida, trata-se de conceito que não deve causar espécie a juristas acostumados a lidar com categorias como os lucros cessantes e os juros compensatórios, baseados, justamente, no conceito de “potencialidade”. Com relação à tortura, com efeito, para o enfoque clássico, só se teria um ilícito internacional quando ela fosse realizada contra súditos de outro Estado, justamente pela concepção de que os indivíduos estariam, ali, na condição de objeto e a lesão a eles mais não seria do que o equivalente, no âmbito do Direito Civil, a uma lesão ao patrimônio alheio, enquanto, realizada sobre os próprios nacionais, mais não seria do que um ato cuja valoração jurídica estaria exaurida no âmbito do Direito interno, com

necessariamente, a que se arrede a necessidade do ordenamento, com o que a reação à base do arbítrio não deixa de dar razão a quem age, apenas e tão-somente, obedecendo aos próprios impulsos, com total desprezo pelo ordenamento jurídico. Em nome do combate ao Demônio, as pessoas de bem, mais tarde, poderiam sucumbir, qual ocorreu, como é notório, à época da Inquisição. No que diz respeito ao mascaramento de intenções no que tange às intervenções e à assistência, trata-se de matéria cujo deslinde depende do regular desenvolvimento do contraditório. Mas, de qualquer sorte, os aparentes argumentos de fato embasam-se em situações excepcionais, embora não raras – tão excepcionais que chamam a atenção a cada vez que são noticiadas –, para as tentar tornar dados aptos a descaracterizar como regra o que merece, efetivamente, tal qualificação, isto é, o que corresponde ao que normalmente acontece. Quando se toca no problema da segurança como um direito humano, por outro lado, coloca-se a tensão entre a necessidade do alargamento dos espaços públicos – isto é, acessíveis a todos –, com a possibilidade de uma atribuição, ao Poder Público, dos meios aptos a propiciarem uma mais efetiva tutela dos Direitos Humanos, e a necessidade de se evitar que a diminuição da possibilidade de opor obstáculos venha a ressuscitar práticas próprias do Absolutismo. Esta tensão está colocada principalmente diante de episódios ensejadores do estabelecimento de situações-limite, episódios dos quais não se podem extrair – insiste-se – quaisquer possibilidades de generalização. Daí por que se pode considerar que estes obstáculos estariam colocados, antes, como dados que exigem a paciente perscrutação das características particulares dos fatores que os constituem para a construção de soluções a eles adequadas, sem prejuízo das que apresentem traços comuns entre si. Noutras palavras: os obstáculos, aqui, são superados pelo abandono da perspectiva puramente dedutivista que

impregna o pensamento jurídico tradicional, impondo-se, por si, o método indutivo. No que tange às duas principais experiências integracionistas de que participa o Brasil, o obstáculo que se coloca não é nem no plano fáctico nem no plano metodológico, mas sim no enfoque predominantemente economicista que preside a sua compreensão, colocando o ser humano entre parêntesis. O enfoque economicista, também, está na raiz da censura ao estabelecimento de laços respeitáveis com povos considerados à margem da modernidade – literalmente, a expressão da mentalidade colônia-lista, segundo a qual existem seres humanos, povos e raças superiores aos outros, sendo que a uns compete fazer a história, a outros padecê-la ou, quando muito, assistir ao seu desenrolar -. O padrão de desenvolvimento econômico importado da metrópole passa a ser o determinante para a avaliação das companhias ou parcerias a serem buscadas pelo país.

Duas idéiasforça, pois, perpassam os seis volumes cuja temática foi apenas roçada por estas breves notas, sobre as quais é impossível a indiferença: o caráter universal dos Direitos Humanos como fundamento do próprio conceito de Humanidade e a progressiva conversão do Direito Internacional Público de um Direito entre Estados para um Direito da Humanidade como contribuições da teoria e da prática do autor homenageado. De tais idéias decorre, necessariamente, a comunicação da premissa kantiana de que o homem nunca pode ser considerado como um simples meio, mas sempre como um fim em si mesmo – tradução filosófica da dignidade humana – e, conseqüentemente, tanto o afastamento da concepção do indivíduo como propriedade do Estado no âmbito internacional quanto da concepção economicista, que reduz o ser humano ao papel desempenhado no ciclo econômico, o que aponta para a necessidade de se buscarem outros fundamentos para a realização da integração entre os povos, transcendendo o aspecto puramente mercadológico.

CONSELHO EDITORIAL

- **Antônio Augusto Cançado Trindade (Presidente de Honra)**

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

- **César Oliveira de Barros Leal (Presidente)**

Mestre em Direito; Procurador do Estado do Ceará; Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará; Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; Membro da Assembléia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 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; Doutorando em Direito (Universidade Nacional Autônoma do México – UNAM).

- **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.

- **Alexsandra de Lima**

Graduada em Letras; Professora de Francês do Núcleo de Línguas da Universidade Estadual do Ceará – UECE; Estudante de Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR; Estagiária da Procuradoria Geral do Estado do Ceará e da Procuradoria da República; Secretária da Creche Amadeu Barros Leal.

- **Antônio Álvares da Silva**

Professor Titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais; Juiz Togado do Tribunal Regional do Trabalho – TRT – da 3ª Região.

- **Antônio Celso Alves Pereira**

Ex-Reitor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro; Professor de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro; Professor de Política Internacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

- **Antônio Otávio Sá Ricarte**

Professor Assistente do Instituto Rio Branco; ex-Delegado no Brasil ante o Escritório das Nações Unidas em Genebra.

- **Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros**

Consultor Jurídico do Ministério das Relações Exteriores do Brasil; Professor de Direito Internacional da Universidade de Brasília, da Universidade Católica do Rio Grande do Sul e da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

- **Arnaldo Oliveira**

Diretor-Presidente da Editora Del Rey; Especialista em Publicações na Área Jurídica.

- **Carlos Weis**

Defensor Público do Estado de São Paulo; Professor de Direitos Humanos da Academia de Polícia do Estado de São Paulo; Membro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

- **Emilia Segares**

Secretária Adjunta da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

- **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.

- **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; ex-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.

- **Juan Carlos Murillo**

Representante do ACNUR para a América Central.

- **Manuel E. Ventura Robles**

Secretário da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Membro Associado do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional; Membro da Assembléia Geral do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

- **Margarida Genevois**

Membro da Comissão de Justiça e Paz do Estado de São Paulo; Coordenadora da Rede Brasileira de Educação em Direitos Humanos.

- **Maria Glaucíria 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.

- **Néstor 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; Representante do ACNUR no Brasil; Pesquisador Associado na Universidade de Brasília; Professor da UniCEUB em Brasília.

- **Roberto Cuéllar**

Diretor Executivo do Instituto Interamericano de Direitos Humanos; ex-Diretor de Investigação e Desenvolvimento do Instituto Interamericano de Direitos Humanos.

- **Ruperto Patiño Manffer**

Doutor em Direito pela Universidade Nacional Autônoma do México, com especialidade em Direito Constitucional e Administrativo; Chefe da Divisão de Estudos de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México (UNAM).

- **Sílvia Maria da Silveira Loureiro**

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília; Advogada do Centro de Direitos Humanos de Manaus (Amazonas).